

TENSIONES ENTRE FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD EN LOS MECANISMOS CONVENCIONALES DE DISPONIBILIDAD HORARIA¹

Nora María Martínez Yáñez*
Universidade de Vigo

Resumen

Las más recientes reformas del tiempo de trabajo se han dirigido a dotar a esta condición laboral de mayor flexibilidad, casi siempre en beneficio del empresario. Sin embargo, para que esta regulación se ajuste a la reciente noción de “flexiseguridad” acuñada por la Comisión Europea, tal y como ha sido interpretada por el Consejo Económico y Social Europeo en su Dictamen de 30 de mayo de 2007, es necesario que los elementos de flexibilización tengan también en cuenta los intereses y derechos en juego de los trabajadores afectados. Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo es comprobar hasta qué punto las cláusulas convencionales de disponibilidad horaria cumplen con las expectativas del CESE, así como proponer medidas a través de las cuales podría mejorarse la reversibilidad de dichas cláusulas.

Palabras clave: tiempo de trabajo, horarios, negociación colectiva, flexiseguridad, Derecho comunitario.

Abstract

The most recent reforms of working time have been directed to provide to this work condition of great flexibility, almost always in profit of the employer. However, so that this regulation conforms to the recent notion of “flexicurity” coined by the European Commission, just as the European Economic and Social Committee have interpreted it in its Opinion of 30 May 2007, the elements of flexibility must have also in account interests and rights of the workers involved. Starting from it, the objective of this work is to check up if conventional clauses comply with expectations of the EESC, as well as to propose measures in order to improve these clauses’ reversibility.

Keywords: Working time, timescales, collective bargaining, flexicurity, labour law, European Community law.

Recibido: 24/05/10. Aceptado: 26/05/10

¹ El texto de este artículo se basa en la comunicación que con el mismo título fue presentada en el XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, “El futuro de los mercados laborales”, celebrado en La Rioja el 28 y 29 de mayo de 2009.

* Profesora Contratada Doctora interina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

SUMARIO

I. La tendencia a la flexibilización del tiempo de trabajo en el marco comunitario. El reto de la flexiseguridad, II. Las cláusulas convencionales de disponibilidad horaria entre flexibilidad y seguridad, A. Justificación del uso de la disponibilidad, B. Una mayor previsibilidad: preaviso y acotación temporal de los tiempos sujetos a disponibilidad, C. Límites a la duración y distribución de los tiempos de disponibilidad, D. Fijación de los periodos de descanso compensatorio: reversibilidad de las cláusulas de disponibilidad, E. Retribución de la disponibilidad, F. Intervención de los representantes de los trabajadores

I. La tendencia a la flexibilización del tiempo de trabajo en el marco comunitario. El reto de la flexiseguridad

Una de las piezas clave del actual debate sobre la flexiseguridad en Europa es el tiempo de trabajo. Sin embargo, el deseo de hacer más flexible la regulación jurídica de jornada laboral y descansos para servir mejor los intereses empresariales no es nuevo en el marco comunitario. La primera muestra de esta orientación está sin duda en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo —nacida diez años antes como Directiva 1993/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre—. Esta norma, aunque fundada en el antiguo artículo 118 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, e integrante por tanto del acervo comunitario en materia de seguridad y salud en el trabajo, muestra ya la aspiración inequívoca de que el tiempo de trabajo se convierta en una herramienta moldeable al servicio de la productividad. Las amplias posibilidades que se conceden a la distribución irregular de jornada y descansos así lo demuestran, pero a ello aún hay que añadir el extenso listado de excepciones que ensanchan los márgenes de la flexibilización, hasta llegar a la célebre cláusula de *opting out*, que permite que un acuerdo individual suprima los límites generales a la duración de la jornada apuntados en la primera parte de la Directiva. Ante este panorama no es extraño que se planteasen dudas sobre la verdadera finalidad perseguida por dicha norma².

² Es clásico ya el artículo de ALONSO OLEA, M., “¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada laboral? (Antes y después de Ámsterdam)”, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Juan*

Otro ámbito en el que se viene reclamando desde hace años la flexibilización de la normativa reguladora del tiempo de trabajo es la Estrategia Europea de Empleo, hoy Estrategia para el Crecimiento y el Empleo. En efecto, desde las primeras Directrices en materia de empleo, las instituciones comunitarias, abanderadas por la Comisión, solicitan insistentemente de los Estados miembros la adaptabilidad —o flexibilización— de las condiciones de trabajo en general, y del tiempo de trabajo en particular³. A través de este llamamiento no sólo se pretende evitar la destrucción de empleo y el empleo precario aparejado a necesidades estacionales, sino que también se trata de fomentar la competitividad de las empresas y, a medio plazo, de crear nuevos puestos de trabajo. Las actuales Directrices integradas para el Crecimiento y el Empleo se reafirman en este objetivo, proyectándolo hacia el año 2010, momento en que la Estrategia iniciada en Lisboa en el año 2000 habrá de rendir cuentas⁴.

Es evidente, por tanto, la firme exigencia que las instituciones comunitarias dirigen a los Estados miembros respecto a la flexibilización de las condiciones de regulación del tiempo de trabajo. Probablemente, debido a ello la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre ordenación del tiempo de trabajo no siempre ha sido bien acogida por tales instituciones. En especial, han sido polémicas ciertas sentencias que, pese a hacer una interpretación literal de las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE, ponen de relieve los escasos límites que aún conserva esta norma y que hasta ahora han impedido que se produzca una desregulación en materia de tiempo de

Antonio Sagardoy Bengoechea, vol. I, Facultad de Derecho-Universidad Complutense, Madrid (1999) 189-202.

³ Como muestra de todo ello, véase la Directriz número 15 contenida en la Decisión del Consejo de 13 de marzo de 2000, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2000, en la que se invita a los interlocutores sociales a “modernizar la organización del trabajo”, con el fin de aunar flexibilidad y seguridad, siendo el tiempo de trabajo uno de los puntos objeto de la reforma. Esta idea se hallaba ya formulada de distintas maneras en las Directrices anteriores.

⁴ En particular, la Directriz número 21 propone a los Estados y a los interlocutores sociales revisar la regulación del tiempo de trabajo poniéndola al servicio de la flexibilidad y la seguridad.

trabajo⁵. El impacto de esos pronunciamientos sobre las aspiraciones comunitarias y los intereses de los Estados ha sido de tal calado que ha puesto en marcha un proceso de reforma de la citada Directiva que, tras atravesar numerosos baches, parece estar ya cercano a su conclusión.

Partiendo de estos tres contextos comunitarios en los que se ha planteado con contundencia la flexibilización del tiempo de trabajo, no resulta sorprendente que uno de los puntos de mira del debate de la flexi-seguridad oficialmente inaugurado por el Libro Verde “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” sea, una vez más, el tiempo de trabajo. Si acaso, lo que puede sorprender es que la Comisión pretenda modificar las obligaciones mínimas en esta materia en aras de la flexibilidad, pero sin renunciar a la protección de la salud y de la seguridad, formulando un deseo cuya realización se antoja utópica.

II. Las cláusulas convencionales de disponibilidad horaria entre flexibilidad y seguridad

Las reflexiones precedentes sirven también para contextualizar la situación del tiempo de trabajo en el ordenamiento laboral español. Hace ya quince años que una reforma profunda, impulsada en buena parte por las corrientes comunitarias, optó por abrir nuevas posibilidades a las distribuciones irregulares de la jornada y por trasladar el grueso de la ordenación del tiempo de trabajo del plano legal al convencional.

Desde entonces la negociación colectiva se ha enriquecido con numerosas cláusulas en las que se crean complejos sistemas de ordenación del tiempo de trabajo a medida del sector o de la empresa. Buena parte de esas cláusulas contienen mecanismos de flexibilización que han dejado de estar confinados en ámbitos donde su implantación era tradicional —por ejemplo, los relacionados con la prestación de servicios públicos de carácter permanente—, para proyectarse en otros en los que no resultan necesarios pero sí convenientes desde la perspectiva de la optimización de los recursos empresariales.

⁵ Me refiero fundamentalmente a las sentencias de 3 de octubre de 2000 (asunto C-303/98), SIMAP, de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-151/02), Jaeger y de 1 de diciembre de 2005 (asunto C-14/04), Dellas.

Aunque estos mecanismos se mueven dentro de los márgenes permitidos por la legislación estatal, son una buena muestra de la recepción que en la práctica están teniendo los requerimientos de flexiseguridad formulados a nivel comunitario en torno al tiempo de trabajo, y que, no debe olvidarse, en ocasiones se dirigen expresamente a los interlocutores sociales. Así pues, al margen de los cambios sustanciales que pueda llevar a cabo en el futuro el legislador comunitario —y, siguiéndolo, el legislador interno— para dotar de mayor flexibilidad la ordenación del tiempo de trabajo, es la negociación colectiva el ámbito en el que verdaderamente puede arraigar y desarrollarse la filosofía de la flexiseguridad.

El éxito del vocablo flexiseguridad reside en que expresa gráficamente los dos polos que deben aunarse en las medidas tendentes a ejecutarla: por un lado, condiciones de trabajo dúctiles y maleables para el empresario en función de los intereses empresariales, pero, por otro lado, seguridad, certeza y ausencia de precariedad para el trabajador. La cuestión que interesa ahora comprobar es si los mecanismos convencionales de flexibilización del tiempo de trabajo conjugan de forma adecuada las concesiones a favor de la parte empresarial con la salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de los trabajadores⁶. Pero para ello, conviene centrarse en un tipo específico de cláusulas de flexibilización, si bien de amplio espectro, como son las cláusulas de disponibilidad horaria.

A efectos de este estudio se considerarán cláusulas de disponibilidad horaria todas aquéllas que atribuyen al trabajador la obligación de estar disponible frente a los requerimientos del empresario de prolongar su jornada laboral —aún a cambio de descansos compensatorios—, o incluso de ejecutar una prestación laboral de forma inmediata, fuera del horario de trabajo inicialmente fijado. Ejemplos típicos de tales cláusulas son las distribuciones irregulares de la jornada que persiguen una mejor organización de los recursos empresariales, las bolsas de horas —que a

⁶ Hace ya más de una década MERINO SENOVILLA, H. llamaba la atención acerca de la necesidad de que los convenios colectivos estableciesen reglas precisas para garantizar los derechos de los trabajadores frente al uso flexible del tiempo de trabajo por parte del empresario (*Distribución del tiempo de trabajo en la negociación colectiva. El papel de la regulación tradicional y los nuevos contenidos*, RDS, 2 (1998) 208, 209.

fin de cuentas son una muestra depurada del mecanismo anterior—, las horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial —aunque en este caso, al contar con una regulación legal pormenorizada, los márgenes de libertad de la negociación colectiva son menores—, y las guardias de localización o retenes.

Si hay algo que está claro en todas ellas es que son instrumentos de flexibilización que favorecen los intereses empresariales. Partiendo de esta constatación, el peso del presente análisis se desplaza al otro polo del binomio, esto es, la seguridad, que sin duda es el punto débil que habrá que reforzar si estas cláusulas quieren ser fiel reflejo de los designios comunitarios. Para ello se repasan a continuación algunos aspectos de su régimen jurídico cruciales para garantizar la seguridad de los trabajadores.

A. Justificación del uso de la disponibilidad

La mayor parte de las disposiciones legales que permiten el uso de fórmulas de disponibilidad horaria, como por ejemplo, las relativas a la distribución irregular de la jornada, la acumulación del descanso semanal, o las horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial, no supeditan la activación de estos sistemas a la concurrencia de ninguna causa en concreto⁷. Pese a todo, hay que entender que el recurso a los mecanismos de disponibilidad, sean legales o convencionales, debe fundarse en razones objetivas, pues, como ha afirmado el Tribunal Supremo, el empresario no puede hacer uso de esta facultad de forma arbitraria o caprichosa, so pena de incurrir en abuso de derecho, sino que siempre deberá concurrir una causa relacionada con las necesidades y el buen funcionamiento de la empresa⁸.

Aunque esta jurisprudencia no obliga a plasmar convencionalmente las causas que permiten utilizar los mecanismos de disponibilidad previstos, qué duda cabe de que una descripción expresa de las mismas contribuye a incrementar la seguridad jurídica, y facilita el control *a*

⁷ Sin embargo, algunos artículos del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, que regula las jornadas especiales de trabajo, especifican las causas que permiten aumentar la jornada o reducir los descansos, estando todas ellas naturaleza productiva u organizativa.

⁸ STS de 15 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10510).

posteriori de la legitimidad de la medida por parte de los representantes de los trabajadores o del juez.

Por fortuna, son numerosos los convenios que establecen referencias causales. Atendiendo a la estructura de la negociación colectiva, los convenios de sector son los más parcos, puesto que en muchas ocasiones no contemplan este aspecto, que se aborda sobre todo a nivel de empresa.

Las causas recogidas en los convenios que establecen mecanismos de distribución irregular de la jornada suelen referirse a circunstancias propias de la actividad empresarial, caracterizada por picos de producción o periodos de mayor actividad⁹. También son comunes las fórmulas generales como “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”¹⁰, o la necesidad de prestar una atención inmediata a los clientes¹¹.

Precisamente, la atención a los clientes también es invocada con frecuencia por los sistemas de disponibilidad basados en guardias de localización o retenes, junto a la posibilidad de que surjan emergencias o imprevistos de todo tipo —accidentes, averías, necesidades de mantenimiento, merma de la capacidad del personal, etc.—¹².

Una causa más genérica que se repite en distintos sistemas de disponibilidad apunta a las “necesidades del servicio”¹³. Y, finalmente, entre las

⁹ A título de ejemplo, y en el nivel sectorial, véase el artículo 21 del III Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales, B.O.E. de 25 de abril de 2008. A nivel de empresa puede citarse el Anexo 1, punto 1 del Convenio colectivo de Bellota Herramientas, S.A., B.O.E. de 17 de septiembre de 2008.

¹⁰ A nivel sectorial, se refiere a este conjunto de causas el artículo 31 del Convenio colectivo para las empresas mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, B.O.E. de 13 de agosto de 2008. En el marco empresarial, entre otros, el artículo 23 del Convenio colectivo de Sanyo España, S. A., Unipersonal, B.O.E. de 21 de julio de 2008.

¹¹ Se trata de una circunstancia que aparece con frecuencia en los convenios de empresa. Así, en el artículo 3 del Convenio colectivo de Inergy Automotive Systems, B.O.E. de 30 de septiembre de 2008, o en el artículo 28 del Convenio colectivo de Praxair España, S.L., Praxair Producción España, S.L., Praxair Soldadura, S.L. y Praxair Euroholding, S.L., B.O.E. de 21 de agosto de 2008.

¹² Entre otros, artículo 25 del XVII Convenio colectivo para el personal del Canal de Isabel II, B.O.E. de 2 de agosto de 2007, y artículo 20.I.2 del Convenio colectivo de Fertiberia, S.A., B.O.E. de 8 de octubre de 2007.

¹³ Artículos 15 y 16 del I Convenio colectivo de France Telecom España, S. A., B.O.E. de 31 de octubre de 2007, artículos 15, 16 y 20.3 del Anexo I del III Convenio colectivo de Retevisión I, S.A.U., B.O.E. de 5 de junio de 2008.

causas poco comunes hay que citar el hecho de que determinados días no se pueda trabajar el tiempo previsto debido a las condiciones atmosféricas, o el deseo de sortear baches pronunciados en la producción sin recurrir a expedientes de regulación de empleo¹⁴.

Como puede apreciarse, algunas de las causas apuntadas son muy abiertas, lo cual permite una más fácil justificación del recurso a la disponibilidad. Probablemente, debiera evitarse que la formulación fuese hasta tal punto genérica que hiciese imposible el control posterior de la legitimidad de la decisión. No obstante, salvando estos supuestos, resulta positivo el establecimiento de criterios, aunque sean de cierta amplitud, para evitar la discrecionalidad en el recurso a la disponibilidad.

Por último, en todos los supuestos consultados las causas invocadas persiguen la mejora del rendimiento de la empresa, sin que se hayan encontrado convenios en los que la disponibilidad se disponga en beneficio del trabajador. Hasta cierto punto es lógico, pues, como se ha apuntado, los mecanismos de disponibilidad son una herramienta de gestión flexible del tiempo de trabajo que el empresario usa para satisfacer sus intereses. Pero, partiendo de este dato, nada impide que estos mecanismos puedan dotarse de cierto carácter reversible. El ordenamiento contiene un buen ejemplo de que ello sería factible en el artículo 7 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, que regula las jornadas especiales de trabajo, referido al sector de la hostelería, en el que la posibilidad de flexibilizar el descanso semanal no sólo se hace depender de las necesidades estacionales, sino también del deseo del trabajador de disfrutar dicho descanso en su lugar de residencia, cuando éste se encuentre lejos del centro de trabajo. Disposiciones de este talante deberían estar presentes en la negociación colectiva, pues en ellas se hacen patentes las pretensiones de la flexiseguridad.

B. Una mayor previsibilidad: preaviso y acotación temporal de los tiempos sujetos a disponibilidad

El mayor inconveniente que la disponibilidad horaria presenta para el trabajador reside en la vinculación de los tiempos de no trabajo a las

¹⁴ Artículo 27 del II Convenio colectivo de Gestión y Aplicaciones Hidráulicas, S. A., B.O.E. de 1 de abril de 2005 y artículo 74.4 del XVII Convenio colectivo de SEAT, S.A., B.O.E. de 28 de marzo de 2006, respectivamente.

necesidades empresariales. Es decir, el trabajador sujeto a disponibilidad no puede identificar de antemano con certeza cuáles van a ser sus momentos de trabajo y de descanso, pues se ha obligado a responder durante el tiempo no comprometido en el contrato de trabajo ante una eventual petición empresarial. Obviamente, el nivel de incerteza es mayor en determinados tipos de disponibilidad, como las guardias de localización, que requieren una respuesta inmediata por parte del trabajador ante necesidades supuestamente perentorias. Y es menor en otros, como las bolsas de horas, con las que se suele atender a incrementos productivos que pueden ser previstos con cierta antelación.

Todo ello implica que buena parte del coste de la flexibilidad recaerá sobre el trabajador, que lo asume con un recorte en algunos de sus derechos esenciales, como el derecho al ocio y al tiempo libre, al descanso, a la conciliación de la vida laboral y familiar, a la formación, o al trabajo en sentido amplio, pues la disponibilidad puede suponer un obstáculo para llevar a cabo otras actividades laborales o profesionales.

Una forma de reducir ese coste que soporta el trabajador es la fijación por parte de la negociación colectiva de plazos de preaviso a los que tenga que ajustarse la decisión empresarial de hacer uso de la disponibilidad¹⁵.

El examen de los convenios que contienen cláusulas de disponibilidad horaria muestra que esta previsión es relativamente frecuente, aunque los plazos fijados son muy variables. Obviamente, cuanto más breve sea el preaviso, menor será el nivel de seguridad aportado a los trabajadores, y viceversa, por lo que para determinar qué duración es la correcta habrá que tener en cuenta el grado de flexibilidad al que está sujeto el trabajador y aplicar un criterio de proporcionalidad entre las condiciones de flexibilidad y de seguridad. Es decir, si el sistema de disponibilidad permite al empresario solicitar la realización de una jornada completa en un día no laborable según el calendario, el plazo de preaviso habrá de ser mayor que si la flexibilidad únicamente permite la prolongación de la jornada laboral en una hora.

¹⁵ También propone la adopción de esta cautela MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, CES, Madrid (2005) 176.

Ahora bien, no siempre se prevén plazos de preaviso. En unos casos los convenios se refieren a la necesidad de avisar al trabajador con la mayor brevedad¹⁶, y en otros simplemente no se aborda la cuestión. Esta omisión es más común en los convenios de sector que en el resto, y probablemente responda a la intención de los negociadores de que este tipo de detalles se negocien a nivel de empresa. No obstante, no siempre se dan en ese ámbito las condiciones oportunas para establecer un plazo que cubra las mínimas exigencias de seguridad para los trabajadores, o simplemente para establecer un preaviso, sea cual sea su duración. Por ello, sería conveniente establecer ya algún plazo mínimo a nivel de sector, a modo de garantía.

Por otro lado, hay sistemas de disponibilidad que, por su propia configuración, no admiten la fijación de plazos de preaviso. Así sucede, entre otros, con las guardias de localización. En ellas, la inminencia de la necesidad que debe atender el trabajador impide cualquier tipo de planificación previa al llamamiento, lo cual no significa que no se deba limitar su disponibilidad recurriendo a otro tipo de instrumentos. Particularmente útil en este contexto es la acotación temporal de los periodos sujetos a disponibilidad, que se consigue, por ejemplo, indicando que las guardias de disponibilidad se realizarán los fines de semana, o bien en unas fechas concretas, o estableciendo turnos o rotaciones, por lo general semanales, entre los trabajadores que conforman un retén.

Mecanismos como los propuestos son necesarios para garantizar los derechos de los trabajadores, e incluso para evitar discriminaciones indirectas por razón de sexo, pues el uso intensivo de cláusulas de disponibilidad que dificulten la conciliación de la vida laboral y familiar favorece a los trabajadores varones, que son quienes, por regla general, asumen menos responsabilidades familiares y domésticas, y, consecuentemente, están en condiciones más idóneas para desarrollar trabajos que implican disponibilidad horaria.

¹⁶ Cláusula 9 del Convenio colectivo Interprovincial de la empresa Thales Security Solutions & Services, B.O.E. de 9 de octubre de 2008.

C. Límites a la duración y distribución de los tiempos de disponibilidad

Otra cuestión que convendría dejar clara en las regulaciones convencionales de la disponibilidad horaria es la de cuántas horas de trabajo pueden ser objeto de la disponibilidad. Ahora bien, ello merece un tratamiento diferente en función del sistema de disponibilidad del que se trate.

Las bolsas de horas son el sistema que mejor garantiza el conocimiento previo del tiempo de trabajo que puede ser objeto de una distribución flexible, pues el número de horas de la bolsa es una de las cuestiones que siempre se fija en estos sistemas. Pese a todo, se advierten en la negociación colectiva algunos casos excepcionales que permiten la ampliación de las horas comprometidas previo acuerdo con el trabajador o sus representantes¹⁷.

El resto de las fórmulas de distribución irregular por regla general no contienen referencias respecto a qué proporción de la jornada puede flexibilizarse. En tales casos, el único medio de acotar la flexibilidad y proporcionar una mayor seguridad a los trabajadores es el establecimiento de unos márgenes temporales más allá de los que no se pueden colocar las horas flexibles.

El margen diario tiene especial trascendencia cuando los negociadores, haciendo uso de la posibilidad que les brinda el artículo 34.2 ET, hayan decidido eliminar el tope de jornada máxima diaria de nueve horas que mantiene el Estatuto para los casos de distribución regular. A fin de evitar prolongaciones excesivas —que de todos modos no podrán superar las doce horas por respeto al descanso mínimo legal entre jornadas—, el convenio puede establecer un tope superior¹⁸, o bien determinar el número de horas flexibles que pueden ser utilizadas en este marco temporal.

Por su reducido tamaño, el módulo diario es el que aporta mayor seguridad para el trabajador, pero a su vez es el más rígido para el

¹⁷ Artículo 10 del III Convenio colectivo de Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio, B.O.E. de 5 de noviembre de 2008.

¹⁸ Por ejemplo, de diez horas en el Convenio colectivo para el personal de las sociedades del Grupo CIATESA, B.O.E. de 18 de marzo de 2008.

empresario, al evitar la posibilidad de trasvases de las horas flexibles de un día para otro. Por ello, se puede optar también por un módulo mayor, como el semanal, estableciendo el número de horas flexibles que pueden ser utilizadas a lo largo de este periodo¹⁹. De este modo se incrementan las posibilidades de distribución irregular, pero se mantiene la acotación indirecta de la cantidad de jornada que puede ser objeto de este tratamiento²⁰. Por otro lado, también es importante aclarar si las horas irregulares se pueden colocar en días no laborables o no²¹. Si se opta por lo primero, habrá que tener presente el necesario respeto del día y medio ininterrumpido de descanso semanal, aunque en último término también éste podría acumularse en un periodo de catorce días²².

Por último, es posible establecer un periodo de acotación de la disponibilidad más amplio, como por ejemplo, determinados meses al año durante los que se sabe de antemano que tienen lugar los incrementos productivos. En todo caso, el recurso a uno de estos módulos no excluye su combinación con otro u otros, lo cual contribuye a una mejor delimitación de la cantidad de horas que pueden ser objeto de la distribución irregular, aunque sea de manera indirecta.

Pero, como ya se ha advertido, este sistema no resulta efectivo respecto a todos los tipos de disponibilidad. En concreto, no resulta efectivo frente a la disponibilidad derivada de las guardias de localización o retenes, al menos por dos razones. Una, por los motivos de urgencia o emergencia que suelen estar tras el uso de este tipo de disponibilidad, que impiden que el tiempo de intervención efectiva se limite del modo

¹⁹ Véase el artículo 36.2 del IV Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18 de octubre de 2007.

²⁰ A favor de estos sistemas, MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, cit., 176.

²¹ Sobre la posibilidad de calificar como extraordinarias las horas irregulares trabajadas en días no laborables sin autorización convencional expresa, véase MONREAL BRINGSVAERD, E., *Autonomía colectiva, días semanales hábiles para trabajar y horas extraordinarias (Comentario a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de marzo 1999, AS 1999/1517)*, AS (1999), BIB 1999/978.

²² En torno a la relación entre la acumulación del descanso y la distribución irregular de la jornada, véase MATEOS BEATO, A., “Descanso semanal y vacaciones”, *La reforma del mercado laboral*, Valdés Dal-Ré (dir.), Lex Nova, Valladolid (1994) 326-330.

que se acaba de exponer. Y dos, porque no se trata de una forma de distribución irregular de la jornada, de manera que las horas de trabajo efectivo derivadas de una eventual llamada no son parte de la jornada ordinaria, sino que merecerán otra calificación con la consiguiente aplicación de otro régimen jurídico.

En el sector sanitario, donde es frecuente el recurso a estas guardias, el trabajo desarrollado en ellas suele integrar el concepto de jornada complementaria, conformado también, y de forma predominante, por las guardias de presencia física. El artículo 48.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Sanitario de los Servicios de Salud excluye expresamente el carácter extraordinario de dicha jornada. Pero esto no quiere decir que no esté sujeta a límites, pues la misma disposición establece un tope máximo de la jornada total —esto es, la ordinaria más la complementaria—, de cuarenta y ocho horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio se establezca otro cómputo²³. Sin embargo, esta regla, que limita el tiempo de disponibilidad, puede ser excluida cuando la jornada del personal sanitario sea insuficiente para garantizar la adecuada atención continuada y permanente, y siempre que existan razones organizativas o asistenciales que lo justifiquen. En tales circunstancias, el centro sanitario podría ofrecer para su libre aceptación, la realización de una “jornada especial” de ciento cincuenta horas al año que se superpondría a las jornadas ordinaria y complementaria, y que tendría el mismo carácter de esta última²⁴. En definitiva, también en este ámbito hay límites a la disponibilidad, aunque la determinación

²³ A tenor del artículo 46.1 de la misma norma, estos límites tienen carácter de mínimos, y por lo tanto son susceptibles de ser mejorados por la normativa propia de las Comunidades Autónomas y por la negociación colectiva de ámbito estatutario.

²⁴ De este modo se traspone en el artículo 48 del Estatuto Marco del Personal Sanitario de los Servicios de Salud la cláusula conocida como *opting out* —artículo 22.1 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre—, que permite no aplicar el tope máximo de trabajo semanal cuando medie el consentimiento individual del trabajador y se cumplan otros requisitos, como la indemnidad de los trabajadores que no estén dispuestos a prestar su consentimiento, o la llevanza de registros relativos a quienes están sujetos a esta dilatación de la jornada semanal.

de las horas que pueden integrar la jornada complementaria resulta más compleja²⁵.

Dejando de lado el ámbito sanitario, el tiempo de intervención efectiva derivado de la localización debería tener la calificación de horas extraordinarias, pues se entiende que se trata de horas que se exigen a mayores de la jornada ordinaria pactada²⁶. En consecuencia, la flexibilidad no podría superar el tope de ochenta horas anuales establecido en el artículo 35.2 ET. De todos modos, ese límite es muy relativo, pues el mismo precepto permite que no se computen a tales efectos las horas extraordinarias compensadas con descansos en los cuatro meses siguientes a su realización, por lo que el número de horas de trabajo efectivo que se podrían utilizar mediante el recurso a la localización del trabajador disponible se amplía considerablemente²⁷.

Ahora bien, este razonamiento se complica con una serie de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo a partir del año 2006, en las que sostiene que sólo son horas extraordinarias las que superan la jornada máxima legal²⁸. Así pues, si la jornada convencionalmente pactada es menor que la jornada máxima legal, la diferencia entre ellas constituye “jornada complementaria”, y no está sujeta al régimen de las horas extras. El hecho de que la mayor parte de las sentencias que conforman esta jurisprudencia haya sido dictada para resolver controversias planteadas por el personal laboral del sector sanitario ha inducido a algunos

²⁵ En virtud de la Disposición Adicional 2ª del Estatuto Marco del Personal Sanitario de los Servicios de Salud, las disposiciones que han sido señaladas resultan aplicables al personal laboral de los centros vinculados o concertados con el Sistema Nacional de Salud cuando tales centros estén formalmente incorporados a una red sanitaria de utilización pública, y siempre que el convenio colectivo aplicable no regule esta materia, o que el régimen del Estatuto Marco sea más beneficioso que el convencional.

²⁶ Esta postura se refleja en la STS de 31 de octubre de 2001 (RJ 2002/833).

²⁷ A juicio de TRILLO PÁRRAGA, F. J., ello muestra una deficiente conciliación entre flexibilidad y seguridad laboral (*Régimen jurídico de las horas extraordinarias*, Bormarzo, Albacete (2008) 50).

²⁸ Esta jurisprudencia se inaugura con las sentencias de 21 de febrero de 2006 (RJ 2006/4818, RJ 2006/4817 y RJ 2006/2299), y continúa con muchas otras dictadas a lo largo de los meses siguientes. Las últimas en dictarse fueron las de 5 de julio de 2007 (RJ 2007/5485), 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007/8491), y 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008/1544).

autores a considerar que sus conclusiones sólo son válidas para este sector²⁹. Pero lo cierto es que la interpretación del Alto Tribunal acerca del sentido de la remisión del artículo 35.1 ET al artículo 34 del mismo texto legal no se hace depender en ningún momento de las particularidades del sector sanitario, y además ya hay alguna sentencia en la que se aplica esta doctrina a otro ámbito³⁰. Todo ello apunta a que esa interpretación podría tener efectos generales.

Si esto es así, entonces el tiempo de trabajo derivado de la activación de las guardias de localización no siempre sería constitutivo de horas extraordinarias, pudiendo quedar sujeto a un tratamiento específico, determinado a nivel convencional, en tanto no alcanzase el tope máximo legal de jornada. Por consiguiente, una de las consecuencias prácticas de esta línea jurisprudencial sería la ampliación de la cantidad de horas flexibles con las que podría contar el empresario a través de mecanismos como el de localización en aquellos casos en los que la jornada convencional sea inferior a la jornada máxima legal.

D. Fijación de los periodos de descanso compensatorio: reversibilidad de las cláusulas de disponibilidad

Buena parte de los mecanismos de disponibilidad creados por la negociación colectiva establecen, como contrapartida a las prolongaciones de jornada o a la realización de trabajo en días inicialmente calificados como no laborables, el descanso compensatorio de una cantidad de tiempo al menos igual al tiempo trabajado en exceso. Esta regla es ineludible en las fórmulas de distribución irregular de la jornada, pero también puede seguirse cuando la disponibilidad se apoye en el recurso a horas extraordinarias, pues el artículo 35 ET ofrece al convenio colectivo, o en su defecto al pacto individual, la posibilidad de optar por abonar la horas extraordinarias o compensarlas con tiempos equivalentes de descanso retribuido, entendiéndose, si no se dice nada, que se prefiere esta segunda alternativa, y que además el descanso compensatorio se dará dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

²⁹ EZQUERRA ESCUDERO, L., *Horas extraordinarias y horas complementarias: cuestiones cruciales*, AS, 4 (2007), BIB 2007/546.

³⁰ STS de 20 de febrero de 2007 (RJ 2007/3168), sobre conductores al servicio de la Generalidad de Cataluña.

La determinación de cuándo y cómo han de tener lugar los descansos compensatorios es una cuestión de extraordinaria relevancia tanto para el empresario, que evidentemente deseará que se sitúen en momentos de baja productividad, con el fin de que no produzcan consecuencias negativas sobre la marcha de la empresa; como para el trabajador, para quien estos descansos pueden ofrecer la oportunidad de ejercitar ciertos derechos relativos al descanso, al disfrute del ocio y el tiempo libre o a la conciliación de la vida laboral y familiar, que los mecanismos de disponibilidad habitualmente restringen.

De hecho, los descansos compensatorios son un aspecto clave de las fórmulas de disponibilidad desde el punto de vista de la flexiseguridad, pues una correcta regulación de los mismos puede hacer que estas fórmulas sean tan atractivas para el trabajador como para el empresario³¹.

Para que los descansos compensatorios satisfagan los intereses de ambas partes, materializando el deseable equilibrio entre flexibilidad y seguridad, es necesario que los convenios que regulan los mecanismos de disponibilidad horaria presten atención a dos cuestiones. En primer lugar, a quién corresponde determinar las fechas de los descansos, pues si el poder de decisión recae en exclusiva sobre el empresario difícilmente se garantiza la satisfacción de los intereses de los trabajadores. Por lo tanto, sería conveniente que la fecha de los descansos compensatorios se consensuase entre el empresario y los trabajadores afectados, o bien entre el empresario y los representantes de los trabajadores, que actuarían como portavoces de las preferencias de aquéllos. En segundo lugar, también es importante determinar cómo se lleva a cabo el disfrute de las horas de descanso a las que se tiene derecho. Con independencia de que las horas de trabajo hayan sido prestadas en diferentes jornadas, el tiempo de descanso a que dan lugar debería poder disfrutarse en jornadas completas, o al menos, en medias jornadas, si ésta es la alternativa preferida por los trabajadores, pues la excesiva fragmentación de los tiempos de descanso

³¹ Así lo entiende también HUERTAS BARTOLOMÉ, T., “Tiempo de trabajo, hacia un instrumento de flexibilidad de dos direcciones”, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Escudero Rodríguez, R. (coord.), Tirant Lo Blanch-CCOO, Valencia (2004) 541.

limita considerablemente las posibilidades del trabajador de ejercitar en ellos los derechos que antes han sido mencionados.

Un buen ejemplo de cómo los mecanismos de disponibilidad horaria pueden favorecer también a los trabajadores mediante una adecuada regulación de los descansos compensatorios está en el artículo 45.*bis* del XV Convenio colectivo de la Industria Química —B.O.E. de 29 de agosto de 2007—, que establece que las horas de descanso que correspondan por el uso de diferentes mecanismos de disponibilidad previstos en el convenio se integrarán en una bolsa individual de tiempo disponible a favor de cada trabajador. La finalidad de esta bolsa es satisfacer las necesidades de carácter personal o familiar, para lo cual se establece que las horas se acumularán en jornadas de descanso completas cuya fecha será determinada mediante acuerdo entre la empresa y el trabajador. Ahora bien, en caso de no llegar a un acuerdo, el convenio prima la elección del trabajador, con la única salvedad de que esos descansos no se podrán acumular a puentes o vacaciones³².

Por último, los convenios también deberían prever qué sucede cuando determinadas circunstancias impiden el disfrute de los descansos compensatorios a los que el trabajador ya tiene derecho por haber prolongado previamente su jornada en uso de los mecanismos de disponibilidad horaria. Si el impedimento proviene de la finalización del contrato habría que tener en cuenta los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se opta por el abono de esas horas como horas extraordinarias por superar la parte proporcional de la jornada ordinaria que les correspondería desarrollar en función del periodo trabajado³³. Especialmente controvertidas son las situaciones en las que la imposibilidad de disfrutar del descanso proviene del ejercicio del derecho de

³² Disposiciones similares se encuentran en el artículo 10 del Convenio colectivo del sector de hostelería de Valencia, BO. Valencia 1 septiembre 2008. También se abre, aunque más tímidamente, a la participación del trabajador el artículo 10 del III Convenio colectivo de Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio, B.O.E. de 5 de noviembre de 2008.

³³ SSTs de 25 de febrero de 2008 (RJ 2008/2604) y de 12 de mayo de 2008 (RJ 2008\5081). Estas sentencias ponen fin a la diversidad de juicio entre los Tribunales Superiores de Justicia sobre si el exceso de horas debía retribuirse como horas ordinarias o extraordinarias.

huelga³⁴, o de una situación de incapacidad temporal, por lo que la previsión expresa de una solución para estos casos es más acuciente.

E. Retribución de la disponibilidad

Como se ha visto hasta ahora, la introducción de mecanismos de disponibilidad horaria favorece de forma prioritaria, y casi siempre única, los intereses del empresario, mientras que entraña una limitación en el ejercicio de algunos derechos del trabajador. Ante ello, cabe preguntarse si el empresario está obligado a compensar económicamente la mera posibilidad de recurrir a la gestión flexible del tiempo de trabajo.

Un examen de la legislación vigente y de la jurisprudencia arroja una respuesta negativa. Para empezar, en el plano legal, ni el artículo 34 ET, que se refiere a la distribución irregular de la jornada, ni los artículos 26 y siguientes, sobre salario, abordan el tema de la retribución en estas fórmulas de gestión del tiempo de trabajo, por lo que hay que entender que su regulación se traslada, con total libertad, al ámbito de la autonomía colectiva y, en su defecto, a la autonomía individual, siguiendo el orden de fuentes recogido en el artículo 26.3. Pero además, si se centra la atención sobre otras fórmulas de disponibilidad reguladas legalmente, como las horas extraordinarias o las horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial, se comprueba que el legislador no pone especial interés en que la disponibilidad sea retribuida, ya que, por una parte, permite que la realización de horas extraordinarias se compense íntegramente con descansos, y por otra parte, advierte que las horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial se han de retribuir como ordinarias —12.5.f) ET—, pero no prevé ninguna compensación específica por la simple posibilidad que tiene el empresario de hacer uso de las mismas.

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha admitido la legalidad de sistemas que no remuneran la mera disponibilidad, si bien ha recomendado el establecimiento de fórmulas que compensen el mayor esfuerzo del trabajador y su vinculación al empresario fuera del horario laboral. Estas sentencias versan sobre guardias de localización, pero

³⁴ A este respecto, sólo hay una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de noviembre de 2001 (JUR 2002\53704), que no obliga a la empresa a fijar una fecha de descanso alternativa.

sus conclusiones son extensibles al resto de los mecanismos de disponibilidad horaria que están siendo analizados. Descendiendo a un plano más concreto, el Supremo sostiene en ellas que el derecho a percibir una retribución procede de la realización por parte del trabajador de una prestación laboral, lo cual no sucede en las guardias de localización, que no constituyen en sí mismas tiempo de trabajo efectivo. Sin embargo, ello no impide reconocer que el trabajador sujeto a este tipo de guardias asume una especial carga obligacional que, aunque no es propiamente una prestación de servicios, sin duda limita el ejercicio de algunos de sus derechos por razón de la prestación laboral. Por ello, es plenamente admisible que por vía legal o a través de pactos colectivos o individuales, se establezca una remuneración específica para la disponibilidad. Ahora bien, si no se ha fijado ninguna retribución por las vías señaladas, entonces la mera disponibilidad no tiene carácter retribuido³⁵.

Dejando al margen el plano judicial, y centrando la mirada en la negociación colectiva, se constata que los convenios suelen establecer dos tipos de previsiones en torno a la retribución. Una, que la retribución percibida por el trabajador con carácter general —y también sus cotizaciones— no se verá alterada por la distribución irregular de la jornada; esto es, que el trabajador seguirá percibiendo todos los meses el mismo salario, con independencia de que la cantidad jornada realizada varíe en las distintas mensualidades³⁶. A este respecto, únicamente habrá que tener cuidado con las extinciones contractuales que tengan lugar antes de

³⁵ Esta jurisprudencia es ya bastante añeja. Entre las primeras sentencias se puede citar la de 3 de marzo de 1993 (RJ 1993\1700), y entre las más recientes, la de 10 de marzo de 2005 (RJ 2005/3695). Igualmente, se advierte esta postura en la STS de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008\4667), y en todas las que sobre esta misma cuestión ha dictado recientemente el Tribunal Supremo. Pese a la clara posición mantenida por el Supremo, hay tres sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en las que se considera abuso de derecho el establecimiento de sistemas de disponibilidad que no van acompañados de una retribución específica para compensar el mayor esfuerzo prestado por el trabajador. Las tres tienen de fecha de 14 de febrero de 2005, y se corresponden con los siguientes marginales: JUR 2005\62144, JUR 2005/62178 y JUR 2005/62184.

³⁶ En el marco sectorial, véanse, entre otros, el artículo 36.2 del IV Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento, B.O.E. de 18 de octubre de 2007, y el artículo 18 del Convenio Colectivo Estatal de Estaciones de Servicio, B.O.E. de 26 de

que se haya procedido a la regularización de la jornada concediendo al trabajador los correspondientes descansos. Como ya se ha visto, en tales casos el Tribunal Supremo entiende que las horas trabajadas en exceso tienen que ser pagadas como horas extraordinarias.

La otra previsión que contienen con frecuencia los convenios se refiere al pago de la disponibilidad. En este ámbito las soluciones son muy diversas³⁷. Si bien hay convenios que no retribuyen propiamente la disponibilidad de los trabajadores, sino tan sólo, en su caso, las horas de trabajo a mayores que puedan ejecutarse en uso de los mecanismos de flexibilidad, muchos otros incluyen en la estructura salarial complementos específicos destinados a retribuir la sujeción del trabajador a un régimen de disponibilidad horaria. Son los complementos o pluses de disponibilidad horaria, que adquieren en la negociación colectiva distintas denominaciones — de localización, de jornada irregular, de prolongación de jornada, etc.—, y que la jurisprudencia ha identificado como complementos de puesto de trabajo no consolidables³⁸.

El correcto equilibrio entre los derechos e intereses de las partes de la relación laboral exige que los negociadores tomen conciencia de la importancia de retribuir la mera disponibilidad del trabajador para evitar que él solo cargue con los costes de un sistema beneficioso para la empresa. La adaptación de los sistemas de disponibilidad horaria a la flexiseguridad propugnada por las instituciones comunitarias requiere estar atentos para que también en materia de retribución se cumplan unos criterios mínimos a favor del trabajador que hagan de estas fórmulas mecanismos más seguros y equitativos.

marzo del 2007. En el ámbito empresarial sirva, a título de ejemplo, la cláusula 10ª II Convenio Colectivo de la empresa Alcatel Integración y Servicios, S.A., B.O.E. de 21 de julio de 2005.

³⁷ Sobre las distintas opciones que se pueden encontrar en la negociación colectiva, véase ALAMEDA CASTILLO, M. T., “Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios de la disponibilidad del trabajador”, *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Escudero Rodríguez, R. (coord.), Tirant Lo Blanch-CCOO, Valencia (2006) 431-436.

³⁸ SSTs de 24 julio 2006 (RJ 2006\8873) y de 17 junio 2003 (RJ 2003\7691), esta última con cita de anteriores sentencias del Alto Tribunal en las que ya se aclaraba la naturaleza del complemento de disponibilidad horaria.

F. Intervención de los representantes de los trabajadores

Por último, un aspecto que no ha sido objeto del suficiente desarrollo en la negociación colectiva, pero que debe ser potenciado a fin de que los sistemas de flexibilidad horaria puedan concebirse como verdaderos mecanismos de flexiseguridad es la intervención de los representantes de los trabajadores en su aplicación³⁹.

Puesto que los representantes de los trabajadores están presentes en la negociación que decide abrir la puerta a estos mecanismos en la relación laboral, también es lógico que ellos mismos, u otros, sigan compartiendo con el empresario la labor de gestión de las fórmulas de disponibilidad, siendo ello compatible con el poder de dirección y organización que detenta el empresario.

A este respecto, las funciones asumidas por los representantes deberían ser determinadas por el propio convenio, puesto que pueden ser muy variadas. En efecto, pueden consistir en la supervisión del cumplimiento de las condiciones pactadas a nivel convencional, la canalización de las peticiones o reclamaciones de los trabajadores, la intermediación para dirimir desacuerdos entre empresario y trabajadores sobre el uso del sistema, la interpretación de los aspectos de las cláusulas que arrojen dudas, e incluso la negociación con el empresario en las materias en que así se haya dispuesto, como la determinación de las fechas de descanso compensatorio. Para ello, los representantes tendrán derecho a ser informados y/o consultados por el empresario en relación con las decisiones que se adopten, siendo deseable que todos estos extremos hayan sido también previamente regulados por vía convencional. De este modo, su presencia contribuye a dotar de una mayor seguridad el recurso a esas fórmulas y facilita la percepción de las mismas como un instrumento que favorece al empresario, pero también al trabajador.

Esta tarea puede ser llevada a cabo por los representantes de los trabajadores en la empresa. Pero, siendo válida esta alternativa, resulta incluso más interesante que asuman esta función otras plataformas directamente ligadas con el convenio en el que se pactaron las cláusulas

³⁹ HUERTAS BARTOLOMÉ, T., “La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión flexible del tiempo de trabajo”, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Escudero Rodríguez, R. (coord.), cit., 528-546.

de disponibilidad, como por ejemplo, la comisión paritaria del mismo, o una comisión de seguimiento creada expresamente con la finalidad de supervisar la ejecución de los mecanismos de disponibilidad⁴⁰. De hecho, ya hay varios ejemplos en la negociación colectiva en los que se opta por la creación de instrumentos de participación específicos. Además, estas fórmulas ofrecen la ventaja de permitir la gestión participativa en la aplicación de los mecanismos de disponibilidad en las empresas que carecen de representación legal de los trabajadores.

De la aplicación de todas estas medidas depende que los mecanismos de disponibilidad horaria puedan entenderse como fórmulas de flexiseguridad o, por el contrario, como manifestaciones de una flexibilidad sin paliativos al servicio del interés empresarial.

⁴⁰ Ejemplos de ello se encuentran en el Anexo I.11 del Convenio colectivo de Bellota Herramientas, S.A., B.O.E. de 17 de septiembre de 2008 y en los artículos 9 y 10 del II Convenio Colectivo de la empresa Alcatel Integración y Servicios, S.A., B.O.E. de 21 de julio de 2005.