

## PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba

### PODER DE DIRECCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA JORNADA

*Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019*

*A la memoria de mi abuela*

*Carmen Gordillo Vega*

M<sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES\*

**SUPUESTO DE HECHO:** El demandante presta servicios en régimen de jornada a turnos de 24 horas para Aena Aeropuertos S.A. a través de contrato de trabajo de carácter indefinido, siéndole de aplicación el I Convenio Colectivo del Grupo de Empresas Aena. Su categoría profesional es la de jefe de dotación de bomberos y se encuentra integrado en el Servicio de Salvamento y Extinción de Incendios del Aeropuerto de Palma de Mallorca. Todos los trabajadores de dicho Servicio de Salvamento comienzan y finalizan su prestación de servicios en el Parque SSEI Norte y en el Parque SSEI Sur, ambos situados en el Lado Aire del Aeropuerto, donde permanecen, además, cuando no están realizando actuación o intervención en el recinto portuario. En ningún caso se realiza el relevo en el Bloque Técnico del Aeropuerto. Los trabajadores a turnos de 24 horas, tienen la obligación de realizar el relevo de conformidad con la Instrucción Técnica IT-00065, y se hace necesariamente en las dependencias del Parque SSEI Norte y del Parque SSEI Sur, donde se comprueba que ha llegado el relevo correspondiente a cada trabajador y se dan las novedades sobre el material, equipos y vehículos. También el convenio colectivo regula las condiciones del relevo y su incidencia en la duración y cómputo de la jornada, así como la compensación de los excesos respecto de aquélla en sus arts. 59.7, 61.2 y 128. De los referidos preceptos se extrae que los trabajadores sujetos a régimen de turnicidad no podrán abandonar sus puestos de trabajo en tanto no hayan sido relevados y hasta transcurridas un máximo de dos horas después de finalizada su jornada laboral. Estas horas tendrán carácter de extraordinarias y se abonarán (incrementado el valor de la hora ordinaria en un 75%) o compensarán con tiempo de descanso equivalente, a elección del trabajador (art. 59.7). Por otra parte, la duración del turno se incrementa en concepto de tiempo de relevo en 15 minutos por relevo, de manera que se distribuye en 7.5 minutos para cada trabajador que entra y 7.5 minutos para cada trabajador que sale (art. 61.2). En relación a la definición y abono o compensación de las horas extraordinarias, el art. 128 del Convenio Colectivo de la empresa establece que, en el caso de la jornada anual programable, que es la que corresponde al actor, se considerarán horas extraordinarias aquellas horas o medias horas completas realizadas sobre la jornada anual programable, computándose las fracciones de tiempo comprendidas entre una y media hora y las inferiores a media hora como una o media hora respectivamente. Finalmente, la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Conciliación y Arbitraje y Solución Arbitral de Conflictos (CIVCA) consideró que una vez finalizada la jornada laboral y superados los 7.5 minutos de solape, el tiempo de exceso tiene la consideración de horas extraordinarias, y deberán compensarse como tales. El demandante considera que también son horas extras los tiempos que exceden del relevo, entendiéndose que debe computarse la jornada desde la llegada del trabajador al recinto aeroportuario, zona de fichaje, hasta la llegada del trabajador a su concreto puesto de trabajo donde realiza el relevo, así como el tiempo que media desde que es relevado y sale de dicha zona de fichaje en las instalaciones aeroportuarias.

**RESUMEN:** Es pertinente el recurso de suplicación en aplicación del art. 191.3.b) LRJS, dado que queda demostrado que un número significativo de trabajadores cuestiona el carácter del tiempo que transcurre entre el fichaje y la incorporación al puesto de trabajo, de manera que la afectación múltiple del conflicto ha trascendido del plano potencial al real. En relación a la cuestión de fondo, tal y como la sentencia de contraste expone (STSJ. núm. 97/2015 de Madrid 30-1-2015, rec. 501/2014), no es computable el tiempo anterior a la llegada al SSEI o después de abandonado el mismo, pues es allí donde se toma y deja el relevo en las condiciones contempladas en el convenio colectivo; son las incidencias en este trámite del relevo las que sí pueden dar lugar a que deba contabilizarse como tiempo de trabajo un lapso mayor del habitual.

\*Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

## ÍNDICE

1. EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. EL CÓMPUTO DE LA JORNADA: TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO, TIEMPO DE DISPONIBILIDAD Y TIEMPO DE PRESENCIA
3. EL CÓMPUTO DE LA JORNADA: TIEMPOS PRECEDENTES Y POSTERIORES A LA PRESENCIA EN EL PUESTO DE TRABAJO

### **1. EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

En términos elementales, la relación laboral dependiente y por cuenta ajena, supone la venta del tiempo de trabajo. Esta formulación supone la implicación de la persona trabajadora en su integridad, luego, tiene que ser atendida desde una dimensión constitucional del derecho a la salud. En este sentido, no puede dejar de mencionarse, en lo que a nosotros ahora nos atañe, tanto el art. 15 CE (derecho a la vida e integridad física y moral), como muy en especial al art. 40.2 CE, por el que se encomienda a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo, así como garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas<sup>1</sup>.

El tiempo de trabajo se encuentra regulado en el Estatuto de los Trabajadores en la sección 5<sup>a</sup> del Capítulo II (contenido del contrato de trabajo), del Título primero (De la relación individual de trabajo). Se trata, por consiguiente, de los arts. 34 a 38 ET. Claro está, el tiempo de trabajo es un elemento esencial del contrato de trabajo, y su determinación en el mismo condicionará la validez de aquél. Así deriva del art. 1261 CCiv. que exige para la existencia de contrato que concurren los requisitos de consentimiento, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.

El art. 34 ET es el precepto central en el régimen jurídico de la jornada en el Estatuto de los Trabajadores. Además, otros artículos se ocuparán monográficamente de abordar otras cuestiones de este elemento esencial del contrato de trabajo: horas extraordinarias (art. 35 ET), trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo (art. 36 ET), descanso semanal, fiestas y permisos (art. 37 ET) y vacaciones anuales (art. 38 ET). El régimen heterónimo básico se completa, de

<sup>1</sup> Respecto de la normativa internacional, véase, por ejemplo: Martín Rodríguez, Olaya, “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”, Revista Española de Derecho del Trabajo num.194/2017 parte Estudios, versión Westlaw.

momento, con el RD. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Pese a la necesaria atención que merece la jornada para la regulación heterónoma, es la autónoma la protagonista de su determinación. Como hemos advertido, el contrato de trabajo requiere de un objeto cierto y legítimo, y ese objeto entraña forzosamente la concreción de la jornada de trabajo. Por consiguiente, su determinación última corresponderá al contrato de trabajo, siempre con respeto a los límites previstos por la regulación legal y la negociación colectiva. También a esta última le corresponde un papel esencial. Si bien se mira, el art. 34 ET no ofrece sino un esquema de mínimos a concretar y desarrollar por la negociación colectiva. Así, el art. 34.1 ET comienza estableciendo claramente que la jornada de trabajo es la que se fije en el convenio colectivo aplicable o, siempre en respeto de éste, en el contrato de trabajo. El Estatuto en dicho precepto lo que establece es una jornada ordinaria máxima, es decir, el límite cuantitativo que no puede trasvasarse ni por uno ni por otro: cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Por consiguiente, será el convenio colectivo el máximo protagonista del desarrollo de sus potencialidades.

Como puede observarse, aquí ya se está dando paso a diversas problemáticas relacionadas con la jornada, cuales son su distribución, la diferenciación entre una jornada ordinaria y otra extraordinaria, el cómputo de la misma y la diferenciación entre tiempo de trabajo efectivo y de descanso, y, en relación a esto último, el tratamiento particular del tiempo de disponibilidad, de presencia, así como de los tiempos dedicados a trabajos preparatorios o de cierre. Pero, ¿qué nivel de negociación será el competente para determinar tales extremos?

La dimensión colectiva de la jornada tiene un específico tratamiento en la regulación de la estructura de la negociación colectiva (arts. 83.2 y 84 ET), como en los supuestos de descuelgue de convenio (art. 82.3 ET) y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), por lo que será muy útil la distinción terminológica entre jornada, distribución y horario. Tradicionalmente la distinción entre tales conceptos se resuelve de la siguiente forma:

**Jornada:** responde a la cuantificación de la misma en un módulo temporal determinado por el Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, por el convenio colectivo.

**Distribución:** es el modo en que se reparte el tiempo de trabajo en ese módulo temporal de cuantificación como en otros menores.

**Horario:** es la distribución diaria de la jornada de trabajo.

Como decíamos más arriba, la distinción entre tales conceptos y muy en particular entre “Jornada” y “distribución de la jornada” es fundamental desde la

perspectiva de la estructura de la negociación colectiva. Así, en principio, y salvo que otra cosa se establezca a través de los AI estatales ó de los convenios colectivos sectoriales estatales (art. 83.2 ET), los convenios evasivos sectoriales de Comunidad Autónoma no podrán regular, entre otros, la «*jornada máxima anual de trabajo*». Tampoco la preferencia aplicativa de los convenios de empresa y de grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, podrá afectar a la “Jornada” fijada por los convenios colectivos superiores y anteriores en el tiempo (art. 82.3 a) cfr art. 84.2 ET), como puedan ser los sectoriales provinciales, o de Comunidad Autónoma o Estatales. Tales “prioridades” aplicativas se refieren, exclusivamente, al *horario y a la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones*. Sin embargo, sí cabe la modificación de la “jornada”, ya sea a través de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), como, si se trata de una modificación de convenio colectivo, a través del procedimiento de inaplicación del mismo (art. 82.3 ET).

Como señala la STS núm. 940/2016 de 10 noviembre, rec. 290/2015, «*la determinación de la jornada anual no se halla entre las materias del listado del art. 84.2 ET, por lo que, respecto de ella, no existiría en ningún caso prioridad aplicativa del convenio de empresa mientras la vigencia del convenio sectorial provocara la concurrencia de ambos convenios.*». Por otra parte, insiste el Tribunal Supremo en su sentencia (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>) de 1 abril 2016, rec. 147/2015, en que la prioridad aplicativa del convenio de empresa se limita a las materias tasadas en el art. 84.2 del ET, sin poder hacer compensación alguna y sin que a ello sea obstáculo la aplicación del resto de materias si la regulación es más favorable que la del sectorial (como expresamente lo admite en el caso el convenio de sector). Conforme a aquél pronunciamiento, entre otras, no están incluidas en esa preferencia aplicativa<sup>2</sup>: la determinación de la jornada máxima anual, que no puede confundirse con las normas sobre su distribución (horario); tampoco lo están la duración de las vacaciones, que por consiguiente tampoco pueden calificarse de distribución ni confundirse con la «*planificación anual*» de las mismas<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Tampoco considera incluidas: las mejoras prestacionales de la Seguridad Social, sin que quepa hacer, una compensación de materias; ni tampoco puede el convenio de empresa tener prioridad aplicativa para suprimir el pago de conceptos salariales regulados en el convenio sectorial, con lo que no pueden confundirse con «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa» (art. 84.2 ET).

<sup>3</sup> En materia de vacaciones cfr. la STS 7 de marzo de 2018, rec. 267/2016); también la STS 1 de abril de 2016, rec. 147/2015.

Esta ordenación de los contenidos de la estructura de la negociación colectiva no supone la imposibilidad de que cualquier convenio colectivo, sea del ámbito que sea, pueda regular la jornada máxima en la empresa o sector, por ejemplo, provincial o de Comunidad Autónoma. En este sentido, no debe interpretarse el art. 84 ET, ni en su 2º apartado (prioridad aplicativa del convenio de empresa<sup>4</sup>) ni, pese a su literalidad, en su apartado 4 (salvo que otra cosa se establezca mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal, *se considerarán materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma...*), como una prohibición absoluta de regulación de la jornada. Por el contrario, debe entenderse en el marco de las reglas específicas y excepcionales de la concurrencia de convenios colectivos, de manera que lo que no podrán es regular la jornada en contra de lo que establezca el convenio sectorial (respectivamente, de cualquier nivel, o estatal en el segundo caso), pudiendo establecer perfectamente condiciones más ventajosas<sup>5</sup>. Es más, la regla general de aplicación del convenio *ante tempus* sigue siendo plenamente aplicable en este campo, luego si el primero en el tiempo ha sido el convenio de empresa o el de sector inferior al estatal, es claro que deben aplicarse las cláusulas de aquél también en esta materia de jornada. El art. 83.2 ET y el art. 84.3 y 4 ET, en una nueva tendencia centralizadora sectorial, sí erigen al acuerdo o al convenio estatal como el negociador preferente –frente al de CCAA o provincial- de la estructura de la negociación colectiva, sin que ello suponga vulneración de la libertad sindical ni del derecho a la negociación colectiva<sup>6</sup>.

Más dudas pueden suscitarse si una vez ultraactivo el sectorial superior, se trata de negociar un convenio de empresa o de sector inferior. En este caso, la ultraactividad, conforme a la doctrina tradicional, abriría la posibilidad de una regulación autónoma en las unidades inferiores a aquél, con lo que ya no estaríamos hablando de una prioridad aplicativa del convenio de empresa, ni

<sup>4</sup> La prioridad aplicativa se predica del convenio de empresa, no de otros pactos, ni del convenio extraestatutario ni, tampoco, del convenio estatutario de centro de trabajo o de ámbito inferior a la empresa: SSTS. (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 404/2017 de 9 mayo, rec. 115/2016, núm. 773/2016 de 22 septiembre, rec. 248/2015.

<sup>5</sup> De conformidad con la STS. núm. 940/2016 de 10 noviembre, rec. 290/2015, « *la jornada anual de los trabajadores afectados sólo se determinará por el convenio de empresa en aquellos casos en que no exista convenio de ámbito superior que señale un número inferior de horas.*».

Tampoco esa prioridad aplicativa del convenio de empresa (o del evasivo –vid. art. 84.4 ET) puede alcanzar a la clasificación profesional, introduciendo, por ejemplo, una categoría nueva no prevista en el convenio sectorial –en su caso, estatal- (vid. STS. núm. 773/2016 de 22 septiembre, rec. 248/2015 –"vigilante novel"-). Sin embargo, el descuelgue de convenio y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sí pueden suponer una alteración de las funciones más allá de los límites de la movilidad funcional del art. 39 ET.

<sup>6</sup> STS. (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 269/2018 de 13 marzo, rec. 54/2017.

estaríamos en el supuesto del convenio posterior evasivo del art. 84.3 y 4 ET. Teóricamente, conforme a las tesis tradicionales, estaríamos ante la posibilidad de regulación eficaz completa en el ámbito inferior sin limitación alguna, con la salvedad –a lo sumo y por razones de gobernabilidad de las relaciones laborales- de las cláusulas de estructura de la negociación colectiva de los acuerdos o convenios estatales o autonómicos. Por el contrario, la ultraactividad del convenio inferior blindaría la unidad de negociación en tanto perdurasen las negociaciones del renovado convenio.

¿Sigue vigente tal doctrina?. ¿Sigue siendo predicable la doctrina asimétrica aún hoy en que la preferencia aplicativa del convenio de empresa la hace innecesaria en gran medida?. Hay quien defiende que ahora debe hacerse tabla rasa al respecto y adoptar soluciones homogéneas a uno y otros niveles. No obstante, considero que no hay evidencia alguna de que se haya abandonado tales postulados, como tampoco razones suficientes para negar la recuperación de un espacio de negociación pleno ante la ultraactividad del superior o, visto desde otra perspectiva, afirmar la pérdida –en caso de ser un convenio de empresa, parcial- de las unidades inferiores cuando entren en vigencia ultraactiva<sup>7</sup>.

<sup>7</sup>No es claro que resuelva esta cuestión la STS. (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>), núm. 404/2017 de 9 mayo, rec. 115/2016, en un supuesto de concurrencia del convenio de centro de trabajo (no de empresa), pues, cuando se refiere a la cláusula de la vigencia temporal del convenio estatal previo a aquél, ésta prevé su prórroga hasta su sustitución por otro, una vez concluida la vigencia inicial. Por tanto, y por decisión de los negociadores del convenio nacional, se trata de una situación de prórroga indefinida que, en principio, es diferente de la ultraactividad. No obstante, la interpretación de dicha cláusula es una cuestión que tampoco se plantea en dicho caso. También, respecto del mismo convenio nacional de empresas de seguridad, la STS. núm. 773/2016 de 22 septiembre, rec. 248/2015 vuelve a referirse a esa prórroga tras la vigencia pactada hasta sustitución por otro convenio. Como puede observarse, ésta fórmula indica una vía que podrían utilizar los negociadores para la elusión de la ultraactividad mediante prórrogas indefinidas, más que una equiparación total de la ultraactividad a la vigencia a efectos de apertura de unidades de negociación inferiores.

Por la doctrina, considera Cruz Villalón que no está clara la posición de nuestro Tribunal Supremo al respecto, existiendo pronunciamientos no demasiado claros a favor de una u otra postura (Cruz Villalón, J, “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, en AAVV –dir. Cruz Villalón, J-, La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio, Cinca, Madrid, 2017, pág. 31). Por el contrario, no parece albergar duda al respecto Barrios Baudor, GL, “Prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa: cuestiones prácticas”, Aranzadi Doctrinal num.6/2018 parte Jurisprudencia. Fichas de Jurisprudencia, BIB 2018/9312 (versión westlaw). En su opinión, la prioridad aplicativa del convenio de empresa exige, en puridad, la vigencia del convenio superior, considerándose por aquélla tanto la inicial como la prorrogada e, incluso, la ultraactiva. Por su parte, Gómez Gordillo, R, “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012, en AAVV –dir. Cruz Villalón, J-, La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio, Cinca, Madrid, 2017, pág. 62, se pronuncia a favor de la tutela del convenio de

De hecho, sí está en principio claro que caso de negociarse un convenio sectorial estatal superior, no podría establecer la eficacia inmediata e imperativa de sus reglas sobre los inferiores *ante tempus* ni aún en su vigencia ultraactiva<sup>8</sup>. Claro está, una vez concluida la vigencia de cuales quiera de los convenios concurrentes, «*el que reste vigente ocupará el completo ámbito aplicativo y pasará a ser el único convenio de aplicación.*» (STS. 1-4-2016, rec. 147/2015).

Entonces, caso de que exista ese convenio superior plenamente vigente, ¿cuáles serían los efectos de la regulación concurrente?. Es claro que para el convenio de empresa sería tan sólo la su ineficacia parcial transitoria (STS.

empresa durante su ultraactividad frente al sectorial. No obstante, queda en el aire si el convenio sectorial ultraactivo puede novedosamente impedir, ante las facilidades conferidas por la preferencia applicativa, la apertura de nuevas unidades de negociación o la completa eficacia de los preceptos del convenio de empresa concurrente.

Tampoco puede considerarse que descarte la aplicación de la doctrina tradicional, sino –al menos parcialmente- todo lo contrario, los siguientes pronunciamientos. En primer lugar, la STS. (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 631/2017 de 13 julio, rec. 246/2016, ante la pretensión de aplicación de la jornada máxima anual prevista en el convenio sectorial nacional, rechaza con contundencia la aplicación del convenio sectorial estatal y su estructura en tanto el convenio de empresa es anterior a aquél y aun cuando se encuentra en situación de ultraactividad. Lo cierto es que este convenio de empresa ultraactivo está plenamente vigente y es anterior al estatal, sin que pueda pretenderse tampoco la aplicación retroactiva e inmediata de sus cláusulas y estructura, toda vez que dicho efecto no está previsto en el art. 83.2 ET y contravendría al art. 84.1 ET. Por consiguiente, y puesto que el convenio de empresa no ha perdido su vigencia, no cabe invocar la aplicabilidad del sectorial cuando continúan las negociaciones para su renovación y no se ha alcanzado ningún pacto en tal sentido. Por el contrario, el convenio estatal podrá condicionar, en todo caso, la negociación futurible de los convenios inferiores, pero no afectar a los ya vigentes. Por lo demás, el convenio sectorial nacional que se pretende aplicar en detrimento de la mayor jornada prevista en el de empresa se encuentra igualmente denunciado y en situación de ultraactividad.

En segundo lugar, la STSJ Andalucía, Málaga, núm. 778/2018, de 9 mayo, rec. 2286/2017. No contradice la tesis tradicional porque en la misma se resuelve sobre un supuesto de prórroga tácita del convenio provincial anterior frente al autonómico, para afirmar la aplicación del primero. Además, aun partiendo de una situación de ultraactividad indefinida prevista por el convenio tras su denuncia y en tanto no sea sustituido por otro, lo cierto es que afirmando su pervivencia frente al superior estaríamos, precisamente, aplicando esa tutela asimétrica durante la ultraactividad a favor de las unidades inferiores.

<sup>8</sup>No es el caso de la STS. núm. 698/2017 de 21 septiembre, rec. 205/2016, en que se pasa de aplicar el convenio provincial al estatal por adscripción de la empresa de ámbito nacional; la aplicación de las condiciones derivadas del provincial anterior se justifican por la propia aplicación del convenio estatal que se autocalifica como de mínimos y respetuoso con las condiciones de trabajo más favorables que viniesen disfrutando los trabajadores con anterioridad a su entrada en vigor. Lo cuestionable de tal sentencia estriba, en mi opinión, en la falta de atención a su Disp. Transit., en la que, precisamente, parece afirmar la regla general de sucesión de convenios de los arts. 82.4 y 86.4 ET.

Por la doctrina, véase: Cabeza Pereiro, J, “Vigencia y ultraactividad de los convenios”, en AAVV –dir. Cruz Villalón, J-, La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio, Cinca, Madrid, 2017.

1-4-2016, rec. 147/2015), hasta –en mi opinión- el momento en que el/los convenios sectoriales aplicables entrasen en ultraactividad, salvadas –en principio- las reglas derivadas de la estructura de la negociación colectiva. También la regulación convencional sectorial, aun cuando suponga una vulneración de la estructura de la negociación colectiva, ya sea la prevista en el AI ó Acuerdo marco estatal, como en el art. 84.2, 3 y 4 ET, es tan sólo ineficaz, habiéndose rechazado la declaración de nulidad de las mismas como si de un supuesto más de concurrencia se tratase. Es el caso, por ejemplo, del Acuerdo sectorial de Comunidad Autónoma posterior al estatal y que contraviene claramente a éste anterior y que goza, por consiguiente, de una indudable prioridad temporal<sup>9</sup>.

Pues bien, si retomamos la delimitación de la jornada frente a la distribución de la misma en el marco de la estructura de la negociación colectiva, por jornada debe entenderse su cuantificación, de manera que de la jornada máxima anual no se encontraría prevista en el listado del artículo 84.2 ET, con lo que no resultaría de aplicación al respecto la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa [vid. las SSTs 1 de abril de 2016, rec. 147/2015 y 10 de noviembre de 2016, rec. 290/2015, antes reseñadas]<sup>10</sup>. ¿Equivaldrían entonces, a estos efectos, “jornada” y “jornada máxima anual”? . En mi opinión, a efectos competenciales, así es.

Los estudios sobre la negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo reflejan una clara tendencia a la anualización de la misma. Anualización propiciada desde la reforma de 1994, en que la jornada máxima de 40 horas semanales ya se fijó en promedio, admitiéndose su distribución irregular a lo largo del año mediante acuerdo o convenio colectivo. Con la reforma de la Ley 3/2012, de 10-2, el porcentaje del 5% de distribución irregular<sup>11</sup>, se incrementa en defecto de pacto, a un 10% de la misma. De la conjunción de ambos elementos, un importante sector doctrinal ha concluido, y como digo con más seguridad ya en este último tramo de la regulación legal, que ha desaparecido la jornada máxima semanal legal, sólo superable antes mediante pacto colectivo o convenio colectivo, para servirse de aquélla tan sólo en un promedio anual<sup>12</sup>. No obstante,

<sup>9</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>), núm. 332/2019 de 25 abril, rec. 40/2018, que confirma la STSJ. País Vasco, 2085/2017, de 26 de octubre, autos n<sup>o</sup> 19/2017.

<sup>10</sup> Tampoco lo están la duración de las vacaciones, que por consiguiente tampoco pueden calificarse de distribución ni confundirse con la «*planificación anual*» de las mismas (véase, STS 7 de marzo de 2018 (rec. 267/2016); también la STS 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015).

<sup>11</sup> Será del 5%, salvo pacto en contrario, previsto en el art. 85.3.i).1 ET como contenido mínimo de los convenios, con su modificación a partir de la L. 7/2011. Se integra por el RDL 372012 en el art. 34 ET.

<sup>12</sup> Véase: Igartúa Miró, M<sup>a</sup> Teresa, “Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 78 y ss y 107. En contra, considera que hay un límite semanal de 40 horas/semana, que no se puede superar salvo que se pacte la distribución irregular



también un importante sector doctrinal ha denunciado que desde la perspectiva del Derecho de la UE esa pretendida desaparición de la jornada máxima semanal es más que cuestionable y aun más que pueda superar el año la regularización de la misma<sup>13</sup>. En cualquier caso, como hemos visto, el art. 84.4 ET se refiere a la jornada máxima anual<sup>14</sup>.

A efectos de estructura de la negociación colectiva, ¿significa eso que por jornada tenemos que entenderla limitada a la anual, y catalogar las posibles regulaciones hechas eventualmente por los convenios colectivos, que supongan cuantificaciones en módulos inferiores, como límites a la distribución y no como jornada a efectos competenciales?. Pues bien, aun cuando el grueso de autores admite, como evidencia el art. 84 ET, que cabe pacto en contrario y el establecimiento por la negociación colectiva de unos módulos de cuantificación inferiores al anual, lo cierto es que la tendencia legal indicada parece limitar el concepto de jornada a la anual, y reconducir sus posibles límites inferiores al concepto de distribución, aun cuando puedan tener repercusión sobre aquella y aun cuando puedan ocasionalmente integrarse y justificarse como normas mínimas de prevención de riesgos laborales en el art. 84.4 ET.

Para concluir el tratamiento del tiempo de trabajo en la estructura de la negociación colectiva, será conveniente hacer referencia a la regulación convencional de los mecanismos de su control. Como bien se sabe<sup>15</sup>, tras un breve pero

y su anualización por acuerdo o convenio colectivo: Gorelli Hernández, J, “El tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”. Ponencia a las XXIX Jornadas de estudio sobre negociación colectiva de la CCNCC, Madrid, 10/11/2016, págs. 39 y 40.

<sup>13</sup> En este sentido: Gorelli Hernández, J, cit.. También SÁEZ LARA señala que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el consentimiento del trabajador para la superación de las 48 horas en 7 días de promedio en 4 meses (art. 22) no puede ser sustituida por el acuerdo o convenio colectivo, sino que debe ser individual, expreso, y libremente manifestado (SÁEZ LARA, Carmen, “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 130/2015, págs. 265 y ss).

En relación al período de referencia para la duración máxima de la jornada semanal de 48 horas, incluidas las extraordinarias, procede recordar este se remite a un máximo de cuatro meses en el régimen común, ampliable excepcionalmente a seis, y que también en virtud del artículo 19, párrafo segundo, de la Directiva 2003/88, cuando un Estado miembro desee ampliar el período de referencia a más de seis meses, será necesario a tal efecto un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales (STJUE Caso *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure* contra varios. Sentencia de 11 abril 2019, C-254/18). También respecto del descanso mínimo semanal, véase: STJUE de 9 noviembre 2017, António Fernando Maio Marques da Rosa contra Varzim Sol, C-306/16.

<sup>14</sup> En cualquier caso, la mayoría de los convenios anualizan la jornada y lo hacen, además, por debajo de la máxima. Puede decirse que la jornada máxima anual está calculada en 1826 horas y 27 minutos.

<sup>15</sup> Véase una exposición de los antecedentes en: López Álvarez, M<sup>a</sup>J, *Jornada laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, págs. 12 y ss.

intenso periplo de posturas contrarias entre la Audiencia Nacional y la Inspección de Trabajo<sup>16</sup> por un lado, y el Tribunal Supremo por otro<sup>17</sup>, las obligaciones de registro han sido reformadas por el RDL. 8/2019, de 8 de marzo, afectando sus arts. 10 y 11 al art. 34 ET, (aplicable a partir del 12 de mayo, según Disp. Final 6): se añade un nuevo apartado 9; se modifica el art.34.7 ET, para facultar al Gobierno para regular especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran; y se altera también el art. 7.5 LISOS, para calificar como infracción grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, la transgresión de normas y límites legales o pactados en materia de registro de jornada. Por otra parte, la necesidad de esa obligación de registro ha sido posteriormente confirmada por la STJUE 14 de mayo de 2019<sup>18</sup>, que rectifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes referida.

El segundo párr. del art. 34.9 ET, encomienda a la negociación colectiva la “organización y documentación” del registro de la jornada. Ello se llevará a efecto mediante convenio colectivo, o acuerdo de empresa. El ET no identifica el ámbito del convenio, luego podrá ser de cualquier nivel, tanto de empresa, como de centro, como supraempresarial. Repárese que el control de jornada no es una materia en la que el convenio de empresa tenga preferencia aplicativa<sup>19</sup>, como tampoco parece que conste entre las materias posibles de descuelgue (art. 82.3 ET).

Pero, a la luz de art. 34.9 ET, el papel de la negociación colectiva no es absolutamente determinante. Por el contrario, el empresario está obligado, y debe cumplir su obligación con independencia de que haya o no acuerdo con los representantes de los trabajadores<sup>20</sup>. Lo que sí exige el art. 34.9 ET, en defecto de negociación colectiva en estricto, es que se haga por decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores (caso de que

<sup>16</sup> Véase Instrucción 3/2016, y SSAN 4-12-2015 y 19-2-2016.

<sup>17</sup> SSTS de 23-3-2017 y 20-4-2017. Estas sentencias, una vez rectificadas la doctrina de la Audiencia Nacional, dan pie a una nueva instrucción de la ITSS, complementaria de la anterior, la Circular 5/2017.

<sup>18</sup> Caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra varios, C-55/18.

<sup>19</sup> López Álvarez, M<sup>a</sup>J, Jornada laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación, Francis Lefebvre, cit., pág. 40.

<sup>20</sup> Por consiguiente, el empresario tendrá que negociar o al menos consultar con los representantes de los trabajadores. Ante la lectura del precepto es dudoso que pueda afirmarse un deber de negociación que vaya más allá del deber de consulta y el derecho de los representantes a emitir informe en el plazo máximo de 15 días. El legislador parece hacer prevalecer la obligación de establecer el registro sobre la potenciación del acuerdo. Por ello a fecha de 12-5-2019 debería haber sistema de registro, mediando o no acuerdo (Véase: Guía sobre el registro de jornada, MTAS, pág. 7). En contra, LÓPEZ ÁLVAREZ, M<sup>a</sup>J, cit, pág. 39, que afirma que basta iniciar las negociaciones para justificar que en ese momento no haya sistema de registro.

los haya), delegados sindicales (art. 10.3 LOLS) y delegados de prevención (art. 18.2 LPRL, puesto que tiene implicaciones en la seguridad y salud laborales)<sup>21</sup>. También el art. 64 ET se refiere a la consulta previa a los representantes de los trabajadores para el establecimiento de los sistemas de control del trabajo. La negociación colectiva, por consiguiente, podrá entre otras cosas, definir qué períodos tienen la consideración de trabajo efectivo y cómo se deja constancia de ellos en el registro<sup>22</sup>. Pero, como veremos seguidamente, sus posibilidades nunca pueden alcanzar a ser plenamente dispositivas.

## 2. EL CÓMPUTO DE LA JORNADA: TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO, TIEMPO DE DISPONIBILIDAD Y TIEMPO DE PRESENCIA

En puridad, cuando nos referimos a la fijación por el convenio colectivo de los criterios de cómputo de la jornada, no estamos regulando en estricto ésta, como tampoco de la distribución de la misma, ni del horario. Por el contrario, de lo que se trata es de la definición de sus márgenes, de la identificación de qué sea trabajo y qué no lo es. En consecuencia, en este ámbito no compete al convenio colectivo una labor puramente dispositiva, siendo su papel bien suplementario, bien de complementación aun con ciertas dosis de libertad contractual.

Es necesario señalar que en todo momento la jornada máxima o, en general, las previsiones legales sobre tiempo de trabajo se refieren al “trabajo efectivo”. Este es un concepto que no define el art. 34 ET. Tan sólo el art. 34.5 ET establece el modo de cómputo de la jornada, de manera que “*tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo*”. Entonces, podría deducirse como regla general, esos períodos previos o posteriores no computarán. Sin embargo hay muchas excepciones, como refleja la jurisprudencia, como también posibles particularidades plasmadas en regulaciones específicas según sea la tarea a realizar<sup>23</sup>. Por otra parte, también cabe,

<sup>21</sup> López Álvarez, M<sup>a</sup>J, cit, pág. 42.

<sup>22</sup> López Álvarez, M<sup>a</sup>J, cit, pág. 41.

<sup>23</sup> Así, deben computar como tiempo de trabajo efectivo aquellos que suponen el cumplimiento de cargas empresariales o realizadas a instancias del empresario, por ejemplo: los tiempos de formación de los trabajadores, ya sean de prevención de riesgos laborales ( art. 19.4 ET y art. 19.2 LPRL, y, respecto de los delegados de prevención, art. 37.2 LPRL), ya sea de adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo (art. 23 d) y 52 b)ET); ya sean los tiempos destinados a las labores de representación de los trabajadores, ya sea como consecuencia del uso del crédito horario (art. 68.e) ET), como a aquéllas otras que no puedan imputarse a dicha bolsa de horas por ser, por ejemplo, horas de negociación de convenio colectivo (vid. art. 9.2 LOLS), o bien tareas o reuniones realizadas a instancia del empresario o de asistencia al Comité de Seguridad y Salud, o el tiempo empleado en acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo y a los Inspectores de Trabajo en sus visitas o en personarse en el lugar donde se han producido los daños

sencillamente, el pacto más favorable al respecto, de manera que por acuerdo -colectivo o individual- compute como tiempo de trabajo efectivo aquello que en puridad no lo es (ej.art. 34.4 ET, respecto del descanso de un mínimo de 15 minutos cuando la jornada diaria continuada exceda de seis horas). También cabe en relación a estos tiempos “críticos” en la delimitación de la jornada, que el convenio clarifique cuándo se trata de tiempo de trabajo efectivo en el comienzo y en la finalización de la misma. E igualmente es posible, dada la amplia dispositividad del marco legal regulador del tiempo de trabajo, prever tiempos de disponibilidad y tiempos de presencia.

Por tanto la negociación colectiva puede jugar un papel trascendente en la delimitación del tiempo computable como tiempo de trabajo efectivo, bien para recoger tales posturas jurisprudenciales y así dar seguridad jurídica a las partes, bien para aclarar las situaciones límite, bien para acordar lo que sencillamente serían “mejoras”.

En relación a los tiempos de disponibilidad o localización, la negociación colectiva puede regular estos períodos, a veces designados como de retén o guardia<sup>24</sup>. La indudable ventaja que tiene para el empresario este tipo de pactos sobre jornada es la de maximizar el tiempo de trabajo, reduciendo al mínimo los costes frente a la alternativa de un servicio de mantenimiento o de atención a usuarios de presencia permanente. Y, efectivamente, el papel de la negociación colectiva al respecto puede ser muy importante, tanto más cuanto la regulación legal de la jornada no se refiere a tales conceptos, aun cuando desde luego no alcance a legitimar regulaciones abusivas por desproporcionadas, como tampoco, aquéllas que no garanticen los preceptivos descansos inter o intrajornadas o el descanso semanal<sup>25</sup>.

El TJUE ha afirmado en reiteradas ocasiones que la Directiva 2003/88 distingue sólo entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso (art. 2.1) y 2.2), sin que admita un *tertium genus* cual es el tiempo de disponibilidad, que tendrá que integrarse en uno y otro concepto mutuamente excluyentes<sup>26</sup>. Esta dualidad es indisponible para los Estados miembros, que deben atenerse a tales conceptos

(art. 37.1 LPRL); el tiempo destinado a la votación en las elecciones a delegados de personal y comités de empresa (art. 75.1ET); los registros en la persona del trabajador o en sus taquillas y efectos personales, que sólo podrán realizarse dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo (art. 18 ET).

<sup>24</sup> Gorelli Hernández, Juan, “Tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”, XXIX Jornada de estudio sobre negociación colectiva de la CNCC, Madrid 10-11-2016 pág. 60.

<sup>25</sup> Gorelli Hernández, Juan, cit, pág. 62.

<sup>26</sup> Por todas: SSTJUE de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98 y 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14, EU:C:2015:578, asunto TYCO.

comunitarios. De hecho la regulación de aquéllos como la interpretación que se haga del Ordenamiento interno, no puede prescindir de dicha dualidad conceptual, ni aun para introducir regulaciones más favorables. Debe tenerse presente que las disposiciones del capítulo 1 de dicha Directiva, que comprende los artículos 1 y 2 de ésta, establecen las definiciones necesarias para delimitar el objeto de la Directiva 2003/88 y su ámbito de aplicación. Por consiguiente, y puesto que la Directiva tiene por objeto garantizar en los ámbitos comprendidos en su ámbito de aplicación, una protección mínima aplicable a todos los trabajadores de la Unión, las definiciones que proporciona su artículo 2 no pueden recibir una interpretación variable en función de los Derechos nacionales, sino que tienen un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión, como también el concepto de trabajador tiene que tener esa dimensión comunitaria<sup>27</sup>. Por otra parte, y pese a que la Directiva admite en su art. 17 excepciones a determinados preceptos de su regulación, no tiene prevista excepción alguna respecto de los conceptos integrados en su art. 2.1) y 2), con lo que tales excepciones no se extienden a los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso para ninguna de las actividades que se encuentren en su ámbito de aplicación<sup>28</sup>.

Partiendo ya de esa unidad conceptual, es necesario tomar en consideración que los diversos pronunciamientos del TJUE respecto de los tiempos de disponibilidad y similares, han descartado que la delimitación entre uno y otro dependa de la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni del rendimiento de éste<sup>29</sup>.

Por el contrario, el criterio delimitador es el de la valoración de las restricciones que durante la guardia sufre el trabajador para dedicarse a sus intereses personales y sociales, siempre teniendo en consideración el sistema y a la finalidad de la Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. El descanso no sólo tiene que ser efectivo sino adecuado, permitiendo al trabajador apartarse del entorno laboral y distraerse<sup>30</sup>. Por consiguiente, es determinante la valoración de la autonomía del trabajador en la gestión interna de dichos tiempos, de lo que

<sup>27</sup> STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak. asunto C-518/15. En similar sentido, también: SJCE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02.

<sup>28</sup> STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak. asunto C-518/15.

<sup>29</sup> STJUE 21 de febrero de 2018, SSTJCE de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, C-14/04, de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02.

<sup>30</sup> Sáez Lara, Carmen, "Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo", *Temas Laborales*, nº 130/2015, págs. 261 y 262. Véase también: Martín Rodríguez, Olaya, cit.

es guía principal la libertad o, por el contrario, la restricción del trabajador en la elección de su lugar de guardia<sup>31</sup>.

Conforme a tales apreciaciones, en la actualidad es pacífico que los tiempos de presencia, de manera similar a como se hace en determinados sectores (sanidad, hogar familiar RD. 1620/2011, y transporte –incluido el mar- vid. RD. 1561/1995)<sup>32</sup>, deben calificarse indubitadamente como de trabajo efectivo, tanto conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>33</sup> como del TJCE<sup>34</sup>; excluir tales tiempos pondría en peligro la finalidad de la Directiva. Verdaderamente, la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo durante el período de guardia a los efectos de prestar sus servicios profesionales, debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones, aun cuando la actividad efectivamente desempeñada varíe según las circunstancias. Por consiguiente, estas obligaciones que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus tareas.

También es doctrina sentada que los tiempos de mera disponibilidad, como son las guardias localizadas no presenciales, no son calificables como “tiempo de trabajo efectivo”, limitándose su consideración como tal, una vez localizados, a la prestación efectiva de servicios<sup>35</sup>. En tal caso, la compensación económica de esa especial disponibilidad, normalmente establecida por los convenios colectivos, procederá sin que medie esa prestación efectiva.. Sin embargo, al ser diferente la

<sup>31</sup> STJUE 21 de febrero de 2018. Véase también en este sentido: STJCE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02.

<sup>32</sup> El esquema que distingue entre tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia en estas relaciones especiales responden respectivamente al art.2 ET y no pueden extenderse a la relación laboral común (Gorelli Hernández, Juan, cit, pág. 70).

<sup>33</sup> Por todas: SSTS. de 21 de febrero de 2.006, rec 2831/2004 y 3338/2004, 29-5-2006, rec. 2842/04, 10-7-2006, rec.- 3938/04, 7-10-2014, rec. 2283/13, 11 y 17-11-2014, rec. 2246/13 y 711/14 y, núm. 582/2016 de 29 junio, rec 3113/2014. Véase también: Morales Vallez, Esther, “Sobre si el tiempo empleado para desplazarse desde determinadas instalaciones aeroportuarias hasta su puesto de trabajo debe computarse o no a efectos retributivos”, Revista Aranzadi Doctrinal num.2/2020 parte Jurisprudencia. Doctrina, versión Westlaw.

<sup>34</sup> Por todas: SSTJCE de 3 octubre 2000, Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública(-SIMAP) contra Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, C - 303 / 98 y de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02.

<sup>35</sup> STJCE de 3 octubre 2000, Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, C - 303 / 98. También el Tribunal Supremo: STS. 29 de noviembre de 1994, rec. 752/1994 –siempre con respeto de los límites legales y convencionales de descanso y horas extraordinarias-; STS. 23-4-1991 (*«tal disponibilidad, siempre que no afecte a la libertad de movimientos y de actividad del trabajador, y en tanto no se traduzca en reincorporación al servicio, no equivale a trabajo efectivo, y no cuenta por tanto para el cómputo de horas extraordinarias, sin perjuicio de las compensaciones económicas a que pueda dar lugar -sentencia de 11 de julio de 1990»*).

naturaleza del tiempo una vez que se produce la prestación de servicios, no sólo deberá computar como tal, sino también –con carácter general- ser retribuida al margen de ese complemento de disponibilidad, bien como trabajo ordinario o extraordinario, según corresponda o indique el convenio colectivo, siendo obvio que no podrá abonarse por debajo de la hora ordinaria<sup>36</sup>.

Ahora bien, una calificación diferente merecen los tiempos de disponibilidad en los que se impone al trabajador unas importantes restricciones que coartan su libertad de movimientos y su actividad. En este sentido, en una línea que ya anticipó un sector de la doctrina<sup>37</sup>, la STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak. asunto C-518/15, ha aportado, como se verá seguidamente, nuevos matices a una doctrina comunitaria que bascula, cada vez con mayor claridad, sobre la valoración del sometimiento real del trabajador, lo que es tanto como hablar del poder de dirección.

Así, aun sin obligación de estar en el lugar de trabajo, también será necesario valorar las circunstancias impuestas en la guardia que limiten en exceso y de manera objetiva esa autonomía del trabajador en la gestión de su tiempo de descanso. De tal manera, la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario, aunque este lugar impuesto sea el del domicilio del trabajador, y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador de dedicarse a sus intereses personales y sociales, con lo que dicha guardia debe calificarse como tiempo de trabajo, con independencia de los efectos retributivos que de ello se pueda derivar<sup>38</sup>.

Por otra parte, en relación al tema específico que nos concierne, en definitiva el inicio y fin del cómputo de la jornada, los estudios sobre negociación colectiva describen que en no pocas ocasiones los convenios prevén que una vez llamado el trabajador, comienza a computar el tiempo de trabajo efectivo, de manera que los desplazamientos se integran igualmente en dicho concepto. En mi opinión así debe ser en el común de los casos, en consonancia con lo que tendré la oportunidad de exponer en el siguiente epígrafe y en función de la libertad o,

<sup>36</sup> Vid: STS. 19-4-2002, rec. 2740/2001.

<sup>37</sup> En esta línea, con anterioridad un sector doctrinal calificó estas prácticas o similares como abusivas (Gorelli Hernández, Juan, cit., pág. 62).

<sup>38</sup> STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak. asunto C-518/15. Por el contrario, no concurren tales circunstancias y el tiempo de mera disponibilidad no computa a efectos de jornada: SAN. núm. 137/2018 de 20 septiembre, rec. 125/2018.

por el contrario, constricción que imponga el tiempo de incorporación y/o las facultades de dirección del empleador durante el trayecto.

### **3. EL CÁMPUTO DE LA JORNADA: TIEMPOS PRECEDENTES Y POSTERIORES A LA PRESENCIA EN EL PUESTO DE TRABAJO**

Como exponíamos en el primer epígrafe de este comentario, la regulación prevista en el convenio colectivo es importantísima a los efectos de delimitar qué sea jornada efectiva. Tanto que en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1994<sup>39</sup>, llegó a erigirse en el argumento transcendental para negar que fuese jornada el tiempo de desplazamiento desde el garaje donde se recogían los coches, al centro de trabajo. Se trataba de un conflicto suscitado en el Ente Público «Retevisión», cuya actividad consistía en atender la red de transmisiones de las bandas de televisión, estando ubicados sus centros de trabajo en zonas altas y alejadas de cascos urbanos. En tales condiciones, los empleados, normalmente en equipos de dos, antes de comenzar la jornada acudían a los almacenes y al garaje de la empresa situados en zonas urbanas donde tomaban las furgonetas-taller para acudir seguidamente al centro de trabajo y, en algunas ocasiones, dirigirse directamente al punto donde tuviesen que realizar una reparación. En ambos casos, la empresa computaba el comienzo de la jornada cuando llegaban al centro o, en su caso, al lugar de la reparación. A la inversa, daba por concluida la jornada cuando abandonaban el centro o el lugar de la reparación debiendo los interesados llevar los coches-taller a su garaje. Por su parte, el convenio colectivo establecía también una jornada inferior a la máxima legal y prescribía expresamente que la jornada diaria comenzaba y concluía en la sede de la unidad de explotación, es decir, en cada centro de trabajo. Pues bien, la citada sentencia del Tribunal Supremo declaró que, efectivamente, dicho tiempo no debe considerarse tiempo de trabajo efectivo ni computarse en la jornada del trabajador, dado que el artículo 34 del ET, al regular la jornada de trabajo, se remite a lo pactado en los convenios colectivos o contratos de trabajo. Por tanto es lo que disponga el Convenio Colectivo, en cada caso concreto, la primera norma que hay que tener en cuenta en todo lo referente a la organización de la jornada laboral. A tal pacto y a la calificación que hace de dichos períodos debe estarse, con independencia que por el convenio colectivo puedan dictarse normas más favorables para los trabajadores, retribuyendo en alguna forma el tiempo de desplazamiento.

Como puede intuirse después de lo expuesto en el epígrafe precedente, y según hemos anticipado, los postulados de la referida sentencia tendrían que revisarse a la luz de la doctrina del TJUE sobre delimitación del concepto de tiempo

<sup>39</sup> STS. 12 diciembre 1994, rec. 1320/1994.



de trabajo. Y por supuesto, habría que negar esa facultad exorbitada de delimitación para el convenio colectivo, en tanto queda al margen de las facultades de los negociadores designar como descanso lo que no lo es desde la perspectiva comunitaria, con independencia de los efectos que pueda tener sobre la retribución. La negociación colectiva puede complementar y puede mejorar, pero no puede privar de la calificación de tiempo de trabajo aquello que efectivamente lo es. Y el criterio para distinguir entre tiempo de trabajo y tiempo de no trabajo exige un análisis mucho más complejo que la mera referencia al pacto; no puede ser otro, nuevamente, que el de la libertad del trabajador *versus* poder de dirección del empresario, atendidas las condiciones particulares del caso, siempre a la luz de la finalidad de garantizar un auténtico descanso.

Así, considero que en la actualidad cabría oponer frontalmente a dicha resolución la doctrina recogida en la STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto TYCO<sup>40</sup>.

Tyco, dedicada a la actividad de instalación y mantenimiento de sistemas de detección de intrusión y sistemas antihurto en comercios, operaba en la mayor parte de las provincias españolas a través de sus oficinas provinciales. Los trabajadores técnicos de Tyco se dedicaban a la instalación y mantenimiento de los aparatos de seguridad en domicilios y establecimientos industriales y comerciales sitos en la totalidad o parte de la provincia —o, en ocasiones, a varias provincias— a la que estaban adscritos. En tales condiciones, la empresa calculaba la jornada de trabajo diaria de sus trabajadores desde su entrada en las referidas oficinas para retirar el vehículo puesto a su disposición, la lista de los clientes que debían visitarse y la hoja de ruta hasta el momento de su regreso a dichas oficinas por la tarde, para depositar allí ese vehículo. Los trabajadores fijaban el trayecto o itinerario, cuya duración en la mayoría de los casos no se podía reducir, pero la empresa sí fijaba el orden, hora y lugar del servicio, pudiendo modificarlo durante los desplazamientos.

En 2011 Tyco procedió al cierre de las oficinas provinciales, adscribiendo a todos los trabajadores orgánicamente a las oficinas centrales de Madrid. Como consecuencia de ello, cada uno de sus trabajadores, que tenían a su disposición un vehículo de la empresa, se desplazaban diariamente desde su domicilio a los centros donde tuviesen que realizar las tareas de instalación o mantenimiento de los aparatos de seguridad. También con dicho vehículo volvían a su domicilio al terminar su jornada. Y Tyco dejó de contabilizar como tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento del domicilio al primer y último cliente, considerándolo de este modo tiempo de descanso.

<sup>40</sup> STJUE 10-9-2015, C 266/14, asunto TYCO.

El TJUE en el asunto Tyco, resuelve recordando que el factor determinante –según analizamos en el precedente epígrafe- es el hecho de que el trabajador esté obligado a estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad.

Más concretamente, para que se pueda considerar que un trabajador está a disposición de su empresario, este trabajador debe hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste. Por el contrario, la posibilidad de que los trabajadores gestionen su tiempo con menos limitaciones reales y se dediquen a sus asuntos personales, es un elemento que permite afirmar que el período de tiempo examinado no constituye tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88. Y siempre, con independencia de la libertad de la empresa –al menos desde la perspectiva de la Directiva 2003/88- para determinar la retribución del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes.

Por consiguiente, partiendo de la definición de tiempo de trabajo del art. 2.1) de la Directiva, el tiempo dedicado al trayecto desde la casa del trabajador al primer cliente y desde el último cliente a su domicilio, debe considerarse tiempo de trabajo dado que cumple los tres elementos de dicha definición. Por un lado, el trabajador se encuentra en ejercicio de su actividad, puesto que es un tiempo instrumental a la prestación técnica del trabajo. Por otra parte, se encuentra a disposición del empresario pues debe considerarse tiempo de trabajo en la medida en que el trabajador carece de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo y gestionar sus asuntos personales, correspondiendo al empleador poner en práctica los instrumentos de control necesarios para prevenir posibles abusos. Y, por último, el trabajador permanece en el trabajo durante el trayecto, dado que éste es necesario y consustancial para quien carece de centro fijo o habitual. Repárese, por lo demás, que los trabajadores perdieron la posibilidad de determinar libremente la distancia que separa su domicilio del lugar habitual de inicio y fin de su jornada laboral, por lo que no pueden estar obligados a asumir el coste de la decisión de su empresario de suprimir las oficinas provinciales.

A pesar de lo expuesto, de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019, rec. 1249/2017, no se desprende que dicho Tribunal, tras una abundante exposición de la jurisprudencia del TJUE como de la suya propia, aprecie contradicción alguna entre su sentencia de 1994 y la STJU Tyco. Por el contrario, mantiene expresamente en sus consideraciones generales la doctrina de la referida STS 12 diciembre 1994, rec. 1320/1994, reafirmando como doctrina general aquélla que persiguió establecer con tal pronunciamiento. En definitiva, persiste el Tribunal Supremo en que *«el art. 34.5 ET pretende impedir que se tenga como tiempo de trabajo todo aquel conducente a tomarlo o dejarlo*

*materialmente: desplazamientos, actos preparatorios, cambio de indumentaria, actos de control mediante firma o fichaje, traslado dentro de la empresa desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso, o similares». Y advierte, fortaleciendo a la inversa tales consideraciones, que «Esta regla general, desde luego, admite excepciones como las referidas al tiempo invertido para recoger el uniforme en lugar distinto del centro de trabajo, o recoger el arma situada, igualmente, en lugar distinto al centro de trabajo (SSTS 18 septiembre 2000, rec. 1696/1999<sup>41</sup> y 24 septiembre 2009, rec. 2033/2008)».*

En ambas sentencias, recuérdese, el Tribunal Supremo calificó como tiempo de trabajo el invertido en tales actividades, *«porque tales desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajador, sino que están determinados por un deber impuesto por la empresa en atención a necesidades o conveniencias del servicio. Como ha señalado nuestra sentencia de 24 de junio de 1992, cuando «el horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar una actividad concreta en un determinado lugar» que no es el de trabajo el «tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de trabajo a distinto lugar» debe considerarse o computarse como «jornada de trabajo».*

*¿Cómo supera el Tribunal Supremo la contradicción entre el asunto Tyco y tales consideraciones?. La fórmula es la de reducir la STJU de 10 de septiembre de 2015 a una mera excepción condicionada por su particular casuística. En definitiva, circunscribe las razones de dicho pronunciamiento y, por consiguiente, la calificación como tiempo de trabajo de los desplazamientos entre el domicilio y el primer y último lugar de servicio, únicamente a los casos en que la empresa prescinde de su centro de trabajo físico preexistente y además, cabría deducir, en las condiciones concretas que se dieron en ese supuesto particular: la puesta a disposición de un vehículo de la empresa con el que se desplazan desde su domicilio, la enorme variabilidad de la distancia hasta el primer lugar de prestación de servicios, el hecho de que cuando se partía del centro logístico sí computaba desde la entrada en las referidas oficinas.... De hecho, con tal justificación ha descartado expresamente la aplicación de tal doctrina a los trabajadores de atención domiciliaria; es evidente que para el Tribunal Supremo adolece de carácter general para todos aquéllos trabajadores que carezcan de un centro fijo o habitual<sup>42</sup>.*

En mi opinión, tal interpretación se aleja de la doctrina del TJUE en tanto toma el caso por el todo, y pierde la perspectiva de una cuestión que es mucho más

<sup>41</sup> «... el tiempo invertido en los desplazamientos entre el depósito de armas y el centro donde presta sus servicios el vigilante de seguridad es tiempo de trabajo».

<sup>42</sup> SSTS. núm. 1008/2018, de 4 diciembre, rec. 188/2017 y de 1 de diciembre de 2015, rec. 284/2014. En cambio, la SAN núm. 127/2019, de 31 octubre, ECLI:ES:AN:2019:4025, si aplica

compleja. Aun siendo cierto que el TJUE se extiende en consideraciones relativas al contraste entre la situación anterior y posterior a la supresión del centro de trabajo, en absoluto, al menos en mi opinión, condiciona o vincula su doctrina a tales extremos, sino que lo hace, podríamos decir, «*a mayor abundamiento*» y como prueba de la irrazonabilidad de tal postura empresarial que va contra sus propios actos<sup>43</sup>. Por el contrario, el TJUE da unas pautas claras de carácter general coherentes con sus pronunciamientos tanto posteriores como precedentes, y que basculan sobre las ideas arriba expuestas, que son las que deben servir de referente para la solución de la diversa casuística posible en función de tales criterios objetivos. Elevar a esenciales elementos que son circunstanciales supone, como de hecho está sucediendo, negar la corrección de situaciones en que nunca se computó la jornada, cuando tuvo que hacerse, o en las que no hay desaparición del centro físico, o en las que la empresa no pone a disposición el vehículo para el desplazamiento –lo que fomentaría el ahorro de costes para la empresa, y un mayor deterioro de las condiciones de trabajo-, etc. Éstos no pueden ser sino elementos adicionales a tener en consideración, pero no erigirse en determinantes pues, en definitiva, tan sólo sancionan modificaciones sustanciales, pero no atienden a un concepto de jornada independiente de las opciones organizativas del empleador.

En mi opinión es evidente que es tiempo de trabajo el desplazamiento desde el taller donde por orden del empresario, se recoge el vehículo de la empresa hasta el centro de trabajo donde se prestan los servicios técnicos. Claro está, en principio y salvo que otros datos indiquen lo contrario, a tenor de la libertad real que goce el trabajador para disponer de su propio tiempo y gestionar sus asuntos privados, a la luz de la protección de su seguridad y salud.

la doctrina Tyco en un supuesto muy similar, en el que concurren las notas esenciales comunes, según destaca el propio Tribunal: históricamente se abonaban desde la salida del centro, para pasar después, sin que se computase en la jornada, a salir desde el domicilio de los trabajadores con el vehículo de la empresa, con una distancia también variable entre 15 y más 30 minutos, en la misma o diferentes provincias, y con contacto durante el trayecto con la empresa a través de móvil, y sin disponibilidad de tiempo propio. Además, hay un mayor control que en Tyco (cuentan con GPS), facturan a los clientes por un desplazamiento que no pagan a los trabajadores (enriquecimiento injusto), y no hay justificación para que se pague la salida –y no la entrada- y, además, de los trabajadores del distrito centro y no, en cambio, al resto. Concluye la sentencia que es tiempo de trabajo el empleado en el desplazamiento de inicio y fin, desde y hasta el domicilio, aun cuando por coherencia con el *petitum*, lo limita al momento en que se enciende el GPS.

<sup>43</sup> En este sentido, no descarta que en el futuro el TJUE desautorice la interpretación restrictiva de la doctrina Tyco: Pérez De Los Cobos Orihuel, Francisco, “El concepto de tiempo de trabajo”, Revista de Derecho vLex - Núm. 185, Octubre 2019, Link: <http://vlex.com/vid/concepto-tiempo-trabajo-818996677>.

Por otra parte, desde la valoración del respeto a la finalidad de la Directiva, como desde la perspectiva el abuso del derecho, quizá podría admitirse que no se computen tales trayectos para los trabajadores de ayuda a domicilio, en atención, en el caso particular de que se trate, de la ausencia de perjuicio. Así, la STSJ. de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2746/2017 de 23 mayo, rec. 1135/2017, niega la calificación de tales trayectos de inicio y fin como tiempo de trabajo en la ayuda a domicilio, en tanto no se ha probado, sino más bien todo lo contrario, que existan distancias significativas entre el domicilio de los trabajadores y los domicilios de los usuarios como tampoco la necesidad de utilizar algún medio de transporte. También, como reza en aquélla, podría utilizarse como argumento de apoyo que así se acordó por la propia regulación convencional, que sólo califica como trabajo efectivo los desplazamientos entre servicios consecutivos. También la STS. 1 de diciembre de 2015 niega, entre otros extremos, que se realicen desplazamientos –en kilómetros y diferentes provincias- similares a los de la sentencia Tyco. Quizá detrás de tales planteamientos, late el contraste entre estos trayectos iniciales y finales “a la orden”, y los comunes de desplazamiento al centro de trabajo; si éstos últimos no computan, tiene que concurrir una razón muy particular para que lo hagan aquéllos. En definitiva, un perjuicio claro que perturbe desproporcionadamente el descanso del trabajador.

Sin embargo, ante tales consideraciones se pierde de vista que en que en todos estos casos, el trabajador carece de la posibilidad de elección de su domicilio en función de la ubicación de su trabajo y, sobre todo, que se desplaza a un determinado lugar obedeciendo órdenes del empleador. Tampoco se valora la injerencia que pueda apreciarse en su vida privada en atención a los instrumentos de organización y control de su actividad laboral (ej. hora de la comunicación de los servicios, cronología de los mismos, posibles alteraciones en el trayecto, control y comunicación durante el mismo, tiempo de incorporación, la variabilidad de la zona de prestación de servicios...). Carecer de centro de trabajo puede ser una estrategia de ahorro de costes, pero no de traslado de éstos a cargo del subordinado. Por otra parte, aun de aceptar tal interpretación del convenio sectorial aplicable a los trabajadores de atención domiciliaria, pues ni siquiera es el convenio de empresa, tendría que valorarse en su justa medida, dado que no puede descartar que en la dinámica de la empresa o en la concreta actividad del trabajador, los trayectos sean efectivamente tiempo de trabajo.

De nuevo, insisto y dicho sea con el debido respeto, la cuestión no puede bascular en la intensidad del esfuerzo, como tampoco necesariamente en la entidad del lapso temporal o en el hecho de que el desplazamiento se haga en vehículo de la empresa. Por el contrario, el criterio determinante, debe ser el de encontrarse el trabajador bajo las órdenes y dirección de la empresa –que pueden ser más o menos constrictivas, pero que descartan la autonomía del trabajador-

en un marco de instrumentalidad y consustancialidad del trayecto, como es el supuesto de la prestación del servicio a domicilio. Y claro está, correspondería el abono de los gastos resarcibles ya cuantiosos, ya mínimos (art. 29.2 ET). Finalmente, repárese en que la calificación de los desplazamientos como jornada o no, tendrá consecuencias importantes en otros órdenes, como es en la aplicación o no, de la presunción de accidente de trabajo<sup>44</sup>.

Tampoco resulta tan evidente que el tiempo destinado al control de la jornada corra en todo caso a cuenta exclusiva del trabajador. En el común de los casos, la aplicación del art. 34.5 ET excluirá la calificación como tiempo de trabajo el lapso que transcurre desde que se ficha hasta la incorporación al puesto de trabajo. Pero no cabe descartar, por ejemplo, la concurrencia de situaciones abusivas que no pueden ser amparadas con tal fundamento. Tampoco se ampararía si en tal periodo el trabajador se encuentra bajo las órdenes de la empresa. Ni lo uno ni lo otro pueden descartarse por el hecho de que tales condiciones o parte de ellas hayan sido negociadas colectivamente. Es más, la inocuidad e independencia del trabajador que parece desprenderse de la STS. de 19 de noviembre de 2019 respecto del tiempo que transcurre desde que se ficha hasta que se incorpora efectivamente al puesto de trabajo –y a la inversa–, despierta como poco cierta incomodidad si se contrasta con los hechos probados de otra sentencia firme, respecto de la misma actividad y aeropuerto, cual es la STSJ. de Islas Baleares, (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>), núm. 133/2014 de 4 abril, rec. 47/2014, similar a la revocada –si bien ésta aplica además expresamente la doctrina TJUE– por la referida sentencia del Tribunal Supremo.

Esta sentencia del TSJ de Baleares describe con detalle cómo se desenvuelve el trabajador en tal lapso de tiempo, y es más que cuestionable que se encuentre en período de descanso conforme a la doctrina comunitaria. Los trabajadores deben fichar en el bloque técnico, sin que puedan desplazarse a pie hasta su puesto de trabajo ubicado en la llamada “Zona Aire”, bastante alejada del Bloque Técnico. Por el contrario, deben ser trasladados por vehículos autorizados para ello. Igualmente deben someterse a los controles de seguridad establecidos en el Aeropuerto, así como desplazarse por zona restringida de pistas y plataforma. Antes de incorporarse a su puesto de trabajo deben equiparse con sus correspondientes EPIS, así como la ropa de protección y prendas de vestuario. A continuación, se procede a la comunicación de incidencias y novedades entre los trabajadores del turno saliente y los del turno entrante. Hecho esto los trabajadores del turno saliente pueden abandonar su puesto de trabajo, tras quitarse sus correspondientes EPIS así como la ropa de protección y prendas de vestuario, debiendo esperar a

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo: SSTS. 22 diciembre 2010, rec. 719/2010 y 25 enero 2007, rec. 3641/2005.

que todos los trabajadores de su turno hayan sido relevados para abandonar la dependencia en grupo por medio de un vehículo autorizado a la zona de control de seguridad, llegar al Bloque Técnico de AENA y fichar a la salida.

En todo este periplo, en que en mi opinión parece evidente el trabajador carece de libertad, es tiempo de trabajo; se encuentra en el lugar señalado por el empleador, y ejecutando órdenes instrumentales a la prestación técnica de su trabajo, derivadas o no de necesidades de seguridad y prevención. Y si el lapso tiempo que se invierte en tales actividades es de media hora, como señala la sentencia de Baleares, y no los 7.5 minutos que asume el convenio colectivo, es razonable que se concluya, como hace la referida sentencia que *«El problema es que en el aeropuerto de Palma ese tiempo se sobrepasa y no encuentra la sala ninguna razón legal por la que el tiempo trabajado en exceso por encima de la jornada laboral no deba considerarse y retribuirse como hora extraordinaria. Antes al contrario, esto es lo que resulta de lo establecido en el artículo 128 del convenio colectivo cuya infracción se denuncia y el artículo 35.1ET»*.

Así razona también la sentencia revocada -STSJ. de Islas Baleares, núm. 9/2017, de 12 enero, rec. 319/2016-; el tiempo invertido en ese desplazamiento no depende ya de la voluntad del trabajador, sino de la actividad en la que se integra su trabajo. Es llamativo que la sentencia de suplicación revocada denuncie una irregularidad en el relato de los hechos probados cual es la ausencia –que considero tendría que ser elemental para la valoración- de a qué dedica el trabajador el tiempo que transcurre desde que ficha su llegada y hasta que llega al parque SSEI Norte o Sur, y que el TSJ conoce muy bien a cuenta del asunto precedente citado. ¿Ha podido permitir este déficit la decisión del Tribunal Supremo?

Finalmente, es claro que aquellos períodos previos necesarios de preparación indispensable para el desenvolvimiento del trabajo deben conceptuarse como jornada<sup>45</sup>. Sin embargo, la STS. de 19 de noviembre de 2019 descarta que

<sup>45</sup> Es el caso, por ejemplo y puesto que así lo establece la normativa específica, del tiempo dedicado al aseo personal de los trabajadores expuestos a riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos y cancerígenos durante el trabajo (arts. 7.2RD 664/1997 y 6.2 RD 665/1997 -«*Los trabajadores dispondrán, dentro de la jornada laboral, de diez minutos para su aseo personal antes de la comida y otros diez minutos antes de abandonar el trabajo.*»-). También el destinado a ponerse los equipos de protección individual: STS. de 4 octubre 2012, rec. 3402/2011 –se aplica la presunción de accidente de trabajo al producido tras fichar y mientras se provee del EPI obligado por convenio colectivo: «*TS haya considerado “tiempo de trabajo” determinados lapsos temporales en que el trabajador no se halla estrictamente en su puesto de trabajo pero sí realizando operaciones indispensables para incorporarse al mismo...- se trata del empleo de un cierto tiempo en el cumplimiento de una obligación que es ineludible para el trabajador, siendo ésta la razón por la que debe considerarse tiempo de trabajo a los efectos de su remuneración*»-; STSJ. Islas Baleares, núm. 133/2014, de 4 de abril de 2014, rec. 47/2014 (vid. Martín Rodríguez, Olaya, “Las directrices

lo sea, pese a las condiciones particulares que se dan y que no se analizan, el del trayecto desde el fichaje -como hemos visto-, e incluso el destinado a ponerse los EPIS.

En cambio, es tiempo de trabajo el correspondiente a los tiempos de solape en el cambio de turno y que son necesarios para la transmisión de la información entre los sucesivos trabajadores. Calificación que no se cuestiona en la STS. 19 noviembre de 2019, y que viene recogida en el propio convenio colectivo, pero que sí ha sido objeto también de aclaración por la STS. núm. 534/2017, de 20 junio, rec. 170/2016 en un supuesto en que el convenio colectivo no recoge ni tales tiempos y actividad, ni su calificación. Conforme a la meritada sentencia, atendiendo al concepto de jornada que se desprende del art. 34.1 y 5 ET, como de la doctrina comunitaria<sup>46</sup>, no cabe duda que los, aproximadamente, 15 ó 20 minutos, de tiempo de solape entre turnos de enfermería, dedicados a transmitirse información sobre los pacientes para garantizar la continuidad asistencial de los mismos, son necesariamente tiempo efectivo de trabajo, en tanto que se trata de obvia actividad profesional [transmitir información médico/sanitaria de los pacientes], de absoluta necesidad -que no ya mera conveniencia- para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados, y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el turno.

Por el contrario, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>) núm. 2128/2019, de 26 abril, rec. 6809/2018, a partir de la doctrina comunitaria, e identificando claramente jornada con los márgenes temporales de ejercicio del poder de dirección, ha rechazado que sean calificables como tiempo de trabajo, los 11 minutos de solape interturnos de los auxiliares de enfermería; no deriva de una exigencia de la empresa que se haga con antelación al fijado por ella para el inicio del turno, por lo que no tienen obligación a permanecer en el centro más allá de dicho turno ni, por consiguiente, a obedecer las órdenes de la empresa

de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español, Revista Española de Derecho del Trabajo num.194/2017 parte Estudios, versión Westlaw.

<sup>46</sup> Añade la sentencia que la Directiva tiene «directa eficacia» en este caso, por tratarse -la demandada- de una Agencia pública y ser las Directivas invocables -a consecuencia de su efecto directo- también contra los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares. Finalmente, también recuerda que, aunque se tratase de una persona privada, también tendría que tomarse en consideración tal doctrina comunitaria, pues si bien las Directivas carecen de eficacia en plano «horizontal», tanto la Directiva como su interpretación comunitaria han de tenerse en cuenta en el recto entendimiento de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva.



desde que fichan hasta que efectivamente comienza su turno<sup>47</sup>. Datos, por lo demás, que se corresponden con el hecho de que el traspaso de información entre auxiliares sea de escasa entidad, al ser los DUIS los competentes para recoger los partes de incidencias.

<sup>47</sup> «No están obligados estos auxiliares de enfermería a entrar al trabajo con antelación a la hora de inicio de su turno correspondiente y por tanto no existen desde el momento en que fichan o marcan tal entrada hasta que efectivamente comienza su turno de trabajo la que se define por la antes referida jurisprudencia como “hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste” con lo que difícilmente esa presencia en el centro de trabajo puede responder e integrarse en el concepto de tiempo de trabajo en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE».