



**«ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y
UNIÓN EUROPEA»**

**«WORKING TIME AND
EUROPEAN UNION»**

**Máster universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:
D. FRANCISCO DE JESÚS REYES RUEDA

Dirigido por:
Dr. JOSÉ MANUEL DEL VALLE VILLAR

Alcalá de Henares, a 30 de enero de 2020

Resumen

Este trabajo tiene como finalidad el análisis del Régimen Jurídico aplicable al tiempo de trabajo a través del estudio de la Directiva 2003/88 reguladora de la materia así como su transposición al ordenamiento jurídico Español. Para ello acudiremos a las disposiciones contenidas en la norma europea relativas a la duración máxima del tiempo de trabajo y a los períodos de descanso que pertenecen a los trabajadores así como a las excepciones que se recogen en cuanto a su aplicación. Además, para completar el trabajo de investigación se abordará el desarrollo jurisprudencial acerca de la materia el cual resuelve las dudas que han sido planteadas por los estados miembros en cuanto a la interpretación de las disposiciones recogidas en la Directiva.

Palabras clave

Directiva 2003/88, Derecho de la Unión Europea, Periodos de Descanso, Tiempo de Trabajo, Excepciones, Periodos de Referencia.

Abstract

The purpose of this document is to analyze the Legal System applicable to working time through the study of Directive 2003/88 as well as its transposition to the Spanish legal system. For this, we will refer to the provisions contained in the European Directive about the maximum duration of working time and rest periods that belong to workers as well as the exceptions to their application. Furthermore, to complete the research work we will explain the jurisprudential development on the matter, which resolves the questions that have been raised by member states regarding the interpretation of the provisions set out in the Directive.

Keywords

Directive 2003/88, European Union Law, Rest periods, working time, derogations, Reference Periods.

ÍNDICE

ÍNDICE	3
I. INTRODUCCIÓN	5
II. MARCO JURÍDICO DE LA DIRECTIVA 2003/88/CE	6
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA NORMA. DESDE LOS PRIMEROS ACTOS JURÍDICOS EN LA MATERIA HASTA LA DIRECTIVA 93/104.	6
2. OBJETO DE REGULACIÓN DE LA DIRECTIVA 2003/88	13
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN. PAÍSES DESTINATARIOS Y SECTORES AFECTADOS.	16
III. TIEMPO DE TRABAJO Y PERIODOS DE DESCANSO. CONCEPTOS INTERRELACIONADOS.	22
1. ESTUDIO DE LA NOCIÓN "TIEMPO DE TRABAJO"	22
2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL CONCEPTO.	24
3. ESTUDIO DE PERÍODOS ESPECÍFICOS CONFORME A LA DEFINICIÓN DE LA DIRECTIVA.	30
4. PERÍODOS DE DESCANSO	33
4.1. DESCANSO INTRA-JORNADA.....	33
4.2. DESCANSO INTER-JORNADAS.....	41
4.3 DESCANSO SEMANAL	47
4.4 VACACIONES ANUALES.....	53
IV. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE DETERMINADAS DISPOSICIONES DE LA DIRECTIVA 2003/88.....	56
1. INTRODUCCIÓN	56
2. TRABAJADORES AUTÓNOMOS: SUJETOS COMPRENDIDOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA Y A SU VEZ A LA POSIBILIDAD DE EXCEPCIÓN DE LA MISMA.	58
A) ALCANCE LA EXCEPCIÓN PARA LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS	59
B) CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN	61
3. EXCEPCIONES SUJETAS A CONDICIÓN: DESCANSO COMPENSATORIO EQUIVALENTE O PROTECCIÓN ADECUADA.....	61
A) EXCEPCIÓN QUE AFECTA A DETERMINADAS ACTIVIDADES	63
B) TRABAJO POR TURNOS Y ACTIVIDADES QUE SE CARACTERIZAN POR EL FRACCIONAMIENTO DE JORNADA.....	65
C) VÍA CONVENCIONAL COMO MEDIO PARA ESTABLECER EXCEPCIONES A LAS DISPOSICIONES DE LA DIRECTIVA.	66
D) EXCEPCIONES A LOS PERÍODOS DE REFERENCIA	68

4. EXCLUSIÓN VOLUNTARIA COMO VÍA DE EXCEPCIÓN.....	69
5. TRABAJADORES MÓVILES Y PLATAFORMAS OFF-SHORE	73
6. TRABAJADORES A BORDO DE BUQUES DE PESCA MARÍTIMA.....	74
7. NORMATIVA QUE CONTENGA DISPOSICIONES MÁS ESPECÍFICAS SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO.....	75
V. CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFIA	82

I. Introducción

Del análisis de la Directiva, podemos ver que una correcta ordenación del tiempo de trabajo guarda un estrecho vínculo con la protección de la seguridad y la salud en el ámbito laboral y que, no ha de considerarse como un mero interés económico¹. Por lo que la regulación podríamos enfocarla desde perspectivas: la del trabajador y la de la empresa. Elaborando un estudio para ver cómo puede influir una buena organización en lo que a tiempo de trabajo se refiere para que sea beneficioso para ambos.

En cuanto a lo que al empresario-empresa se refiere, una organización óptima del tiempo de trabajo puede conceder a éste un beneficio que se traduzca en un ahorro de capital en lo que a mano de obra se refiere. Por otra parte, las ventajas que puede generar este hecho para los asalariados, se verán reflejadas en aspectos de carácter social, como puede ser un estado de salud adecuado, o una correcta conciliación de su vida laboral con su entorno familiar.

En lo que a salud se refiere, una buena organización del tiempo de trabajo es importante desde, a nuestro parecer, dos perspectivas. La primera de ellas se refiere a una limitación de la duración de la jornada, tanto diaria como semanal, ya que un correcto periodo de descanso de las personas es importante para la salud como para su bienestar personal. La segunda, radica en una regulación del trabajo nocturno, ya que como es sabido por determinados estudios, el trabajo nocturno puede provocar graves alteraciones en la salud del trabajador² y ha de ser regulada por la presente Directiva.

Desde el punto de vista personal, una regulación adecuada es beneficiosa para el trabajador en cuanto a sus relaciones interpersonales, muestra de ello es el derecho a la conciliación del horario laboral con la actividad familiar que viene regulado en el Estatuto de los trabajadores³. Este precepto favorece al desarrollo de los trabajadores en sus relaciones con los demás ya que permite compaginar el desempeño de su labor con sus actividades de ocio, o bien con las relaciones familiares del empleado, a fin de evitar que el trabajo sea un obstáculo para ello.

¹Considerando 4 de la Directiva 2003/88

²Considerando 7 de la Directiva 2003/88

³Artículo 38.4.

⁴Considerando 617 de la Directiva 2003/88

⁵Artículo 38.2.b) del TFUE.

⁶Art. 3 del TUE.

⁷DO n° L 199/32 de 30.7.75.

⁸También conocido como Consejo de Ministros o como el Consejo.

II. Marco Jurídico de la Directiva 2003/88/CE

1. Antecedentes históricos de la norma. Desde los primeros Actos jurídicos en la materia hasta la Directiva 93/104

El tiempo de trabajo es uno de los aspectos que configuran una parte de la política social que se desarrolla en el ámbito de la Unión Europea⁴, siendo esto relevante a la hora de determinar las competencias que puede asumir la UE en este sentido. La social es una materia respecto de la cual la UE no tiene una exclusiva, al ser una compartida con los estados⁵. Al no disponer de una exclusiva, en virtud del principio de subsidiariedad, la UE legislará en la medida en la que los objetivos no puedan ser alcanzados por los estados miembros⁶.

Una vez expuesto el ámbito competencial en la materia, es necesario abordar el desarrollo legislativo que ha seguido a lo largo del tiempo. Para ello, empezaremos realizando un estudio de los primeros Actos Jurídicos emitidos por las instituciones de la UE sobre ordenación del tiempo de trabajo, y terminaremos analizando su codificación a nivel comunitario en forma de directiva.

Comenzaremos el análisis comentando tres actos relativos a tiempo de trabajo elaborados por diferentes instituciones de la Unión Europea. Para comenzar, nos referiremos a, La recomendación relativa al principio de la semana de cuarenta horas y el principio de cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas 75/457/CEE, de 22 de Julio de 1975⁷ publicada por el Consejo de las Comunidades Europeas⁸. Es importante recordar que las Recomendaciones son Actos no vinculantes para los Estados Miembros⁹.

En este texto, se recomendaba a sus destinatarios que adoptasen las medidas oportunas mediante legislación o estimulación de los interlocutores sociales para que concluyesen convenios colectivos en los cuales se logrará limitar la duración máxima de la jornada de trabajo ordinario a 40

⁴Arts. 151 a 161 del TFUE.

⁵Art. 2.2 y 4.2 b) del TFUE.

⁶Art. 3 del TUE.

⁷DO n° L 199/32 de 30.7.75.

⁸También conocido como Consejo de Ministros o como el Consejo.

⁹Art. 288 in fine del TFUE.

horas y se estableciese el principio de las 4 semanas de vacaciones retribuidas, aspectos que posteriormente fueron incluidos en la Directiva 93/104 a la que nos referiremos más adelante.

En segundo lugar, hay que destacar la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de marzo de 1989 sobre la dimensión social del mercado interior¹⁰. La referida ya se tuvo en cuenta en la propuesta de Directiva del Consejo que se presentó en el año 1990, que como ya veremos, serviría como base del texto de la Directiva 93/104. La Resolución del Parlamento contiene consideraciones encaminadas a una armonización entre el crecimiento económico europeo y el progreso social, para conseguir un mercado interior en el que convergiesen ambas realidades.

El apartado segundo de la resolución recoge la necesidad de armonización de la política social¹¹ para la consecución del objetivo expuesto en el párrafo anterior. En el mismo, se abordan los siguientes asuntos:

- El Parlamento estima que en base a los Tratados Constitutivos de la CE, la política social de la Comunidad Europea debe promover una mejora general y progresiva de las condiciones de vida y trabajo¹². Esta consideración es de vital importancia para nuestra investigación, puesto que nos permite afirmar lo siguiente: La preocupación por la mejora de las condiciones laborales, y con ello, la regulación del tiempo de trabajo, tiene su origen en los principios recogidos en los tratados constitutivos de la CE.
- El órgano legislativo europeo, pedía el reconocimiento de principios de referencia concretos, y que, en virtud del principio de subsidiariedad que rige en la política social, se estableciesen regulaciones marco. Esto nos muestra que el Parlamento, ya planteaba la necesidad de regulación a nivel comunitario del tiempo de trabajo.

En tercer lugar, y para terminar con el análisis de los Actos jurídicos previos a la Directiva 93/104, haremos referencia al Dictamen del Comité Económico y Social sobre los Derechos sociales fundamentales comunitarios aprobado en sesión plenaria el 22 de febrero de 1989¹³. En la citada, la Comisión recoge una serie de derechos sociales fundamentales que estima que han de ser respetados por todos los Estados Miembros. El órgano consultivo en dicho dictamen, recomendaba

¹⁰DO n° C 96 de 17.4.1989, p.61.

¹¹El tiempo de trabajo es uno de los aspectos que conforman la política social de la Unión Europea.

¹²DO n° C 96 de 17.4.1989, p.64.

¹³DO n° C126 de 23.5.1989 p.4.

a las instituciones comunitarias que adoptasen el procedimiento adecuado para que la interpretación de tales derechos se hiciese teniendo en cuenta las normas que ya habían sido reconocidas en otros instrumentos de Derecho Social Internacional. En lo que respecta a tiempo de trabajo, el comité recoge lo siguiente¹⁴:

- Se reconoce el derecho a vacaciones anuales en virtud del Convenio 132 de la OIT; del artículo 2, apartado 3 de la Carta Social del Consejo de Europa; y del artículo 7 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos Sociales y Culturales adoptado por la ONU en el año 1966.
- Se estipula el derecho al descanso semanal de los trabajadores con fundamento en los Convenios 14 y 106 de la OIT y en el artículo 2 apartado 5 de la Carta Social del Consejo de Europa.

Una vez analizados los Actos Jurídicos publicados por Comité, Parlamento Europeo y consejo; y, para continuar con el desarrollo procedimental de la codificación del tiempo de trabajo, realizaremos un estudio de la Directiva 93/104, que es la primera norma a nivel comunitario que rige en la materia y comentaremos brevemente las novedades que introdujo en este asunto la Directiva 2000/34.

La Directiva 93/104 entró en vigor el 13 de diciembre de 2003. El fundamento jurídico de la misma se encuentra en el artículo 118 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea¹⁵ el cual estipula lo siguiente:

“1. Los Estados miembros procurarán promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes en ese ámbito.

2. Para contribuir a la consecución del objetivo previsto en el apartado 1, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros.

Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

3. Las disposiciones establecidas en virtud del presente artículo no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo, compatibles con el presente Tratado”.

¹⁴DO n° C126 de 23.5.1989, Letra B, Capítulo III, p. 8.

¹⁵Artículo añadido al TCEE en virtud del artículo 21 del Acta Única Europea de 1987.

Este precepto determina que son los Estados Miembros los que han de promover la mejora del trabajo para así proteger la salud y seguridad de los trabajadores y que, para ayudar a la consecución de ese objetivo, será el consejo quien adopte, a través de Directivas, las disposiciones mínimas en la materia que deberán ser tenidas en cuenta por los Estados Miembros. Sin embargo, la preocupación por proteger a los trabajadores, no tiene como origen el precepto arriba transcrito, puesto que ya en la versión original del TCEE de 1957 se mencionaba en su artículo 118 que la Comisión tenía el deber de promover una estrecha colaboración con los Estados Miembros en materia social, y en particular en materia de empleo, derecho al trabajo y condiciones laborales¹⁶. No obstante, la necesidad de protección de los asalariados también se recoge en la Carta Comunitaria de Derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 2007.¹⁷

Pese a que la Directiva fue publicada en el año 1993, el procedimiento legislativo tuvo inicio en el año 1990, cuando la Comisión presentó al Consejo la “Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo”¹⁸. La Directiva, en virtud del artículo 118 A del Tratado de Roma, tenía que ser aprobada por mayoría cualificada, en cooperación¹⁹ con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social. Por esta razón, la finalmente publicada diferirá en determinados aspectos de la inicialmente propuesta por la Comisión, puesto que incluirá algunas de las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo²⁰, así como las recomendaciones emitidas por el Comité²¹.

¹⁶Traducido de la versión italiana del Tratado de Roma de 1957: “*Senza pregiudizio delle altre disposizioni del presente Trattato, e conformemente agli obiettivi generali di questo, la Commissione ha il compito di promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati membri nel campo sociale, in particolare per le materie riguardanti:*

- *l'occupazione,*
- *il diritto al lavoro e le condizioni di lavoro”.*

¹⁷Art. 31: “1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad. 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

¹⁸La versión publicada en 1993 habla de ordenación del tiempo de trabajo, y no distribución como se recoge en la propuesta inicial de la comisión”.

¹⁹El procedimiento de cooperación se encontraba regulado en el artículo 252 del TCE. No obstante, fue introducido por el Acta Única Europea. Sin embargo fue el Tratado de Maastricht el instrumento que amplió su campo de actuación a prácticamente todos los ámbitos legislativos en los que el Consejo decidía por mayoría. Este procedimiento obligaba al Consejo a tomar en consideración en la segunda lectura las enmiendas parlamentarias aprobadas por mayoría absoluta. Debido a ello el Parlamento comenzó a tener verdaderas competencias legislativas. A pesar de todo, en el año 2009 y con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el procedimiento de cooperación desapareció. https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.3.2.pdf. (Consultado el 23 de octubre de 2019).

²⁰Dictamen del Parlamento Europeo en 1ª lectura respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de una directiva sobre determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo (C3-0241/ 93 - SYN 295. y Dictamen

En efecto, la propuesta de Directiva presentada en el 1990, se diferencia mucho de la que finalmente fue publicada en el 93. Una vez comentados ambos documentos, analizaremos algunas de las modificaciones que se introdujeron:

- En su propuesta inicial, la comisión no establece un periodo de referencia para la semana laboral. En la directiva del 93, sí se recogen ambos aspectos. El artículo 6 establece un máximo de 48 horas, en un período de 7 días, incluyéndose las horas extraordinarias.
- Lo mismo ocurre con las vacaciones anuales. La propuesta inicial, pese a que establecía que serían los Estados Miembros los que debían de adoptar las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores disfrutasen un período mínimo de vacaciones anuales remuneradas, no establecía un período de referencia. Además, dejaba abierta la posibilidad a que éste pudiera ser determinado conforme a las prácticas nacionales²². La versión del 93, sí que recogió esta limitación al establecer en su artículo 7 que la duración mínima no podía ser inferior a 4 semanas anuales.
- La regulación de la pausa diaria era una cuestión que no se incluía en la redacción originaria de 1990, pero que sí que fue regulada en la publicada en 1993²³.

A pesar de que el borrador inicial presentado en el año 1990 era un documento elaborado, entendemos que el procedimiento de cooperación con el Parlamento Europeo, así como el Dictamen del Comité Económico y Social contribuyeron a que la redacción final publicada en el año 1993 fuese una versión beneficiosa para los trabajadores, que allanaría el camino a la Directiva finalmente publicada en el año 2003, la cual es objeto de estudio en nuestro trabajo

Para completar el comentario a la directiva 93/104, realizaremos un breve un análisis de la jurisprudencia dictada por el TJCE²⁴ sobre la norma. El órgano judicial supremo de la UE dictó

en 2ª lectura respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de una directiva sobre determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo (C3-0241/ 93 - SYN 295) de 27 de octubre de 1993.

²¹ Dictamen del Comité Económico y Social Sobre la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a Determinados Aspectos de la Distribución del Tiempo de Trabajo aprobado con 91 votos a favor, 42 en contra y 20 abstenciones. (DO n°C 60 de 8.3.1991).

²²Art. 5 in fine Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo (DO n° C 254 de 9.10.1990).

²³Art. 4 Directiva 93/104 de 23 de noviembre de 1993.

sentencias que se encargaron de interpretar la Directiva 93/104. De esta manera resolvió las controversias surgidas a raíz de la aplicación de la misma.

Una de ellas fue la que condenó a la República Italiana por no tener incorporada a su Derecho Interno la Directiva 93/104 en el plazo marcado²⁵. Otra de las Sentencias que ayudaron a interpretar su texto con el objetivo de llegar a su aplicación efectiva fue aquella que se dictó debido a una cuestión prejudicial planteada por la *“High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Crown Office)”* sobre la interpretación del artículo 7 de la Directiva 93/104. La respuesta del Tribunal sobre tal planteamiento fue que no puede condicionarse el derecho de vacaciones a la prestación de un período mínimo de empleo ininterrumpido con el mismo empresario²⁶.

Para terminar este apartado, recordamos que, aunque la Directiva 93/104 fue la primera que reguló la ordenación del tiempo de trabajo con carácter general, no fue la única que se publicó antes de la Directiva del 2003. Las Directivas 1999/63 Y 95/CE, la 2000/79 CE y la 2002/15/CE se encargaban de regular los aspectos relativos al tiempo de trabajo de la gente del mar; del personal del vuelo en la aviación civil y en actividades móviles del transporte por carretera, respectivamente. En conclusión, las directivas mencionadas también contienen disposiciones en materia de tiempo de trabajo; sin embargo, el ámbito de aplicación difiere de la del año 93, ya que sus destinatarios son un sector específico del trabajo.

Las mencionadas en el párrafo de arriba, también contienen disposiciones en materia de tiempo de trabajo, sin embargo, el ámbito de aplicación difiere de la del año 93, ya que tienen como destinatarios un sector específico del trabajo.

Las directivas 1999/63 y 95/CE tienen como destinatario específico a la gente de mar a bordo de buques que hagan escala en puertos de la Comunidad. La primera de las citadas, tiene como objetivo aplicar el Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar celebrado el 30 de septiembre de 1998 por las organizaciones representativas de los interlocutores

²⁴Denominación que recibía el Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

²⁵Sentencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo del 2000, Comisión/República Italiana, en el asunto C-386/98.

²⁶Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 2001, The Queen y Secretary of State for trade and Industry/ Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU), en el asunto C-173/99.

sociales del sector marítimo (ECSA y FST). Mientras que la segunda, está dedicada a establecer un sistema de actuación para verificar el cumplimiento de la directiva 1999/63²⁷.

Por otra parte, la Directiva 2000/79/CE es la aplicable al personal del vuelo en la aviación civil, ya que es uno de los sectores excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104 CE. El contenido de la misma tiene por objeto aplicar el Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado el 22 de marzo de 2000. El mismo fue alcanzado a través de las negociaciones llevadas a cabo por las organizaciones representativas de los interlocutores sociales del sector de la aviación civil, que son: *la Association of European Airlines (AEA)*; *la European Transport Workers' Federation (ETF)*; *la European Cockpit Association (ECA)*; *la European Regions Airline Association (ERA)* y, *la International Air Carrier Association (IACA)*.

Para finalizar, la Directiva 2002/15/CE se aplicará a los trabajadores móviles empleados por empresas establecidas en un Estado miembro y que participen en actividades de transporte por carretera incluidas en el Reglamento (CEE) n° 3820/85, o, en su defecto, en el Acuerdo europeo sobre trabajo de tripulaciones de vehículos que efectúen transportes internacionales por carretera (AETR).

El proceso regulatorio del tiempo de trabajo cambió cuando se publicó la Directiva 2000/34/CE con el fin de hacer aplicables las previsiones sobre el tiempo de trabajo también al personal mencionado en el apartado anterior. La razón que argumentaba la norma era que la salud y la seguridad de los trabajadores debía de ser protegida por el mero hecho de ser trabajador, y no por pertenecer a un sector o dedicarse a una actividad concreta²⁸. Razonamiento que se mantiene en la Directiva 2003/88 vigente a día de hoy.

²⁷Uno de estos mecanismos es el que contiene el artículo 3 de la Directiva 1999/95, que estipula lo siguiente:
“Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1, cuando un Estado miembro en uno de cuyos puertos haga voluntariamente escala un buque en el curso normal de su actividad o por razones operacionales, reciba una denuncia, que no considere manifiestamente infundada, u obtenga pruebas de que dicho buque incumple las disposiciones de la Directiva 1999/63/CE, elaborará un informe que enviará al Gobierno del Estado de matrícula del buque y, cuando la inspección efectuada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 aporte las pruebas correspondientes, adoptará las medidas necesarias para corregir cualesquiera condiciones a bordo que resulten claramente peligrosas para la salud o la seguridad de la tripulación. No deberá revelarse al capitán ni al armador del buque la identidad de la persona que ha formulado la denuncia”.

²⁸Considerando 5 de la Directiva 2000/34.

2. Objeto de Regulación de la Directiva 2003/88

Para poder saber cuáles son los aspectos regulados por la Directiva 2003/88, hemos de acudir al artículo 1 de la citada, concretamente, a sus apartados 1 y 2 . El primero de ellos recoge lo siguiente: *“La presente directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”*. El transcrito determina que los preceptos que contiene el acto jurídico europeo, tendrán la consideración de norma mínima en lo que a seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo se refiere. Por esta razón, los Estados Miembros a la hora de transponer la Directiva al Derecho nacional, deberán respetar las condiciones mínimas recogidas en la norma, no pudiendo establecer unas menos favorables para los trabajadores.

El segundo apartado se divide a su vez en dos secciones que contienen una lista de los aspectos del tiempo de trabajo a los que será aplicable la Directiva 2003/88. Las instituciones jurídicas reguladas en la primera de ellas son:

- El período mínimo de descanso²⁹ diario y semanal que pertenece a los trabajadores.
- Las pausas de trabajo que corresponden a los asalariados. La Directiva establece que los Estados Miembros serán los encargados de adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores, cuya jornada laboral supere las 6 horas, puedan disfrutar de un intervalo de descanso intra-jornada³⁰.
- La duración máxima del trabajo semanal que podrá ser realizado por parte de los operarios. Es importante destacar que el límite recogido en la legislación nacional, o en su defecto, en los convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales, ha de incluir las horas extraordinarias.

²⁹A efectos de la presente Directiva, hemos de entender por Descanso todo aquel período que no tenga la consideración de tiempo de trabajo. *Vid Art. 2.1. 2)* de la Directiva 2003/88

³⁰Las condiciones de la pausa de descanso quedan sometidas a los acuerdos establecidos por los interlocutores nacionales o bien a la transposición nacional de la norma. Debido a esta razón, la retribución y la duración del intervalo son aspectos que pueden variar, dependiendo del país en el que desempeñemos nuestra actividad laboral, o inclusive, de la empresa para la que prestemos nuestros servicios. *Vid Art. 4 in fine* de la Directiva 2003/88.

- Las vacaciones anuales a las que tendrá derecho el trabajador. En este sentido, la Directiva impone a los Estados Miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para que este asueto anual tenga una duración mínima de cuatro semanas, las cuales han de ser retribuidas a cargo de los empresarios.

Continuamos el estudio del objeto de la Directiva 2003/88 analizando las instituciones jurídicas reguladas en la segunda sección del artículo 1.2 de la Directiva Europea, que son las siguientes:

- El trabajo nocturno, que es aquel que se desempeña durante un periodo no inferior a 7 horas y en el que se debe incluir siempre el intervalo que comprende entre las 24:00 y las 5:00. El acto jurídico europeo dedica para este supuesto un régimen de protección específico. La Directiva obliga a los Estados Miembros a adoptar las medidas necesarias para que:
 1. La duración máxima de la jornada laboral de un trabajador nocturno³¹ no pueda ser superior a 8 horas diarias.
 2. Se garantice la protección de los asalariados que presten sus servicios bajo esta modalidad mediante evaluaciones de su salud. Las revisiones médicas tendrán que ser gratuitas para el operario, y tendrán que realizarse antes de su incorporación al trabajo y, posteriormente, a intervalos regulares.
 3. En el supuesto de un trabajador que presente problemas de salud derivados de su prestación de servicios nocturnos, se prevé que sea trasladado a un trabajo diurno, siempre y cuando esta opción sea posible.
 4. El empresario que recurra habitualmente a este tipo de asalariados, tendrá la obligación de informar de ello a las autoridades competentes.
- El trabajo por turnos, que es aquel se realiza con arreglo a un ritmo determinado, como puede ser el rotatorio. Ello supone que un asalariado podrá realizar la misma prestación, pero en distintas horas a lo largo de un período de días o semanas. Los Estados Miembros han de

³¹Según la normativa Europea, hay que entender por trabajador nocturno a todo aquel asalariado que realice durante período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo. No obstante, también tendrán la misma consideración aquellos operarios que desempeñen durante ese mismo espacio temporal parte de su tiempo de trabajo anual. Vid Art. 2 de la Directiva 2003/88.

garantizar, para este tipo de operarios, las mismas medidas de protección en materia de seguridad y salud que a los trabajadores nocturnos y diurnos.

Además, la Directiva tiene un carácter flexible, puesto que deja a los Estados Miembros margen de actuación, en lo que a ordenación del tiempo de trabajo se refiere. La norma referida, habilita en uno de sus artículos la posibilidad de que se apliquen disposiciones reglamentarias, legales o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, inclusive la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados con interlocutores sociales, pero con la condición de que sea más beneficioso que lo que establece la normativa Europea³². Podemos encontrar varios ejemplos de lo expuesto en el párrafo anterior acudiendo a la legislación nacional española. Uno de ellos viene recogido en el artículo 34.3 Estatuto de los Trabajadores, el cual prevé que: “Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán como mínimo doce horas.”. Como podemos ver, la disposición nacional contiene un período de asueto diferente al de la Directiva 2003/88, esto es posible debido a la flexibilidad que nos ofrece el Acto jurídico Supranacional.

No obstante, la tolerancia no es plena, ya que los Estados Miembros han de respetar las condiciones mínimas recogidas en la norma Europea. Muestra de este límite, viene consolidado en la Jurisprudencia emitida por el TJUE, cuando en la sentencia del año 2010 en el caso *Günter Fuß contra Stadt Halle*, estableció que dentro del límite de 48 horas semanales debían de estar incluidos los servicios de guardia prestados por cierto tipo de empleados públicos, siendo indiferente que el trabajador afectado preste su consentimiento o no, al encontrarnos ante un mínimo inderogable³³.

Por último hay que destacar que la Directiva en cuestión se limita a regular aspectos de duración temporal que no afectan a la retribución de los trabajadores. El motivo de esta afirmación es que la única mención relativa al salario, la encontramos cuando establece que las vacaciones anuales han de ser de 4 semanas y tienen que ser retribuidas, sin que quepa la posibilidad de que ese período pueda ser sustituido por una compensación financiera, salvo en el caso de que se haya producido la conclusión de la relación laboral, supuesto en el que si tiene cabida tal compensación³⁴

³²Art. 15 de la Directiva 2003/88.

³³Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2010, *Günter Fuß/Stadt Halle*, en el asunto C-243/09.

³⁴Art. 7 de la Directiva 2003/88.

3. **Ámbito de aplicación. Países destinatarios y sectores afectados**

La Directiva 2003/88 tiene como destinatarios dos sujetos: Los Estados Miembros³⁵, que tienen que adoptar las medidas para garantizar el justo cumplimiento de la Directiva; y, los trabajadores por cuenta ajena³⁶, que son los que están protegidos por la norma europea.

En primer lugar, podemos ver que las naciones que han de transponer la normativa en cuestión, son aquellas que forman la Unión Europea, y son las siguientes: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia, Suecia. Chequia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Bulgaria, Rumanía y Croacia. El plazo límite para ello fue el 2 de Agosto de 2004³⁷.

Hay que tener en cuenta que algunos de los arriba citados recibieron la consideración de Estados Miembros en una fecha posterior a la referenciada. Por esta razón, las naciones que se fueron incorporando, tuvieron que transponer la norma a sus ordenamientos jurídicos internos en un plazo distinto del referido antes para cumplir con el mandato supranacional³⁸.

En segundo lugar, hay que distinguir entre ámbito de aplicación personal y material. El primero de ellos establece a los “trabajadores” como sujetos a los que serán de aplicación las disposiciones recogidas en la normativa europea.

El concepto de “trabajador” no se encuentra recogido en ningún precepto de la norma del 2003. Inicialmente, en la Propuesta de Directiva de 1993 se sugirió que se tuviese en cuenta la definición dada por la Directiva 89/39 de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo³⁹. No obstante, este criterio no ha sido el seguido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; ya que, según la interpretación del órgano judicial, la propia Directiva de 2003 no contiene ninguna remisión a esa disposición, ni tampoco a la descripción contenida en las legislaciones y/o prácticas

³⁵Art. 29 Directiva 2003/88.

³⁶HURTADO MARTÍNEZ, J.A, *Ordenación de tiempo de trabajo y descansos en la Directiva Europea: una regulación pendiente en España*, 27.10.2011 http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Ordenacion-Directiva-Europea-regulacion-Espana_11_329305003.html (consultado el 31 de marzo de 2018).

³⁷*Vid* Art. 29 Directiva 2003/88/CE.

³⁸La fecha límite de transposición solo fue distinta para Rumanía, Bulgaria y Croacia. Los dos primeros, tuvieron como plazo límite el 1 de enero de 2007, mientras que el último hasta el 1 de julio de 2013. Información disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=CELEX:32003L0088> (consultado el 29 de octubre de 2019).

³⁹El Art. 3.1. a) de la citada dispone que es trabajador: “*cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar*”.

nacionales⁴⁰. Además, el concepto no ha de ser interpretado de manera restrictiva, ya que posee un alcance autónomo propio⁴¹.

Por lo tanto, la jurisprudencia europea estima que debe considerarse trabajador” a “*cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio*”; concluyendo, de la citada jurisprudencia del TJUE se deriva que la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución⁴².

Una vez que hemos delimitado cual es el ámbito de aplicación personal de la Directiva, es necesario realizar la misma tarea con el material. Para dar respuesta a ello, hemos de acudir a la primera parte del artículo 1.3 de la norma, que dispone lo siguiente:

“3. La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE” sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva.”

La disposición transcrita contiene una remisión al artículo 2 de la Directiva 89/391⁴³, que es la relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Debido a esta circunstancia, consideramos necesario hacer referencia a su contenido, que dice lo siguiente:

“1. La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.)

2. La presente Directiva no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil.

En este caso, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva”

Debido a tal remisión, el ámbito de aplicación, ha tenido que ser matizado por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. El órgano judicial entiende que, dado a que el objetivo

⁴⁰Sentencia del Tribunal de justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2010, Union Syndicale Solidaire Isère/Première Ministre y otros, en el asunto C-428/09, apartado 27.

⁴¹Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de abril de 2011, Dieter May contra AOK Rheinland/Hamburg — Die Gesundheitskasse, en el asunto C-519/09, apartado 21.

⁴²Véase, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de marzo de 2004, Brian Francis Collins/Secretary of State for Work and Pensions, en el asunto C-138/02, apartado 26, de 7 de septiembre de 2004; Trojani, en el asunto C-456/02, , apartado 15; Ender Balkaya, en el asunto C-229/14, apartado 34; Dita Danosa, en el asunto C-232/09, apartado 39 y Holterman Ferho Exploitatie BV en el asunto C-47/14, apartado 41.

⁴³*En el caso del ámbito de aplicación material sí se contiene una disposición de remisión a la Directiva 89/391, no como sucedía en el ámbito de aplicación personal en relación a la definición de trabajador.*

que persigue la Directiva 89/391/CEE, consiste en promover la mejora de la seguridad y de la salud de los asalariados en el trabajo, como a la transcripción literal de su artículo 2, el ámbito de aplicación de la directiva sobre el tiempo de trabajo debe entenderse de manera amplia⁴⁴.

No obstante, el inciso final del artículo 2 excluye a las fuerzas armadas, la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil. Llegados a este punto, el TJUE también ha tenido que interpretar este supuesto, llegando a la conclusión de que este fragmento del precepto ha de aplicarse de manera restrictiva⁴⁵. Por esta razón, el órgano judicial europeo entiende que esta exclusión tiene como único objetivo asegurar “*el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la salud y del orden públicos en circunstancias de excepcional gravedad y magnitud –por ejemplo, una catástrofe– que se caracterizan, en particular, por el hecho de que pueden exponer a los trabajadores a riesgos considerables en cuanto a su seguridad y/o a su salud y no se prestan, por naturaleza, a una planificación del tiempo de trabajo de los equipos de intervención y de socorro*”⁴⁶.

Sin embargo, aunque los servicios a los que estamos haciendo referencia tienen la obligación de hacer frente a acontecimientos que, por norma general no pueden ser previsibles, las actividades de las que se ocupan este tipo de asalariados en condiciones normales, pueden organizarse con antelación, incluidos los horarios de trabajo de su personal y la prevención de los riesgos para la seguridad y/o la salud⁴⁷.

De esta manera, podemos concluir que la exclusión recogida no depende de si los trabajadores pertenecen o no a uno de los sectores que se recogen en la Directiva 89/391, sino, más bien de la naturaleza propia de determinadas tareas que puedan ser realizadas por los empleados de los mismos. Por lo tanto, la Directiva 2003/88 será aplicable también a las fuerzas armadas, policía, y servicios de protección civil, así como a otras actividades específicas de la función pública, siempre y cuando se lleven a cabo en circunstancias normales.

⁴⁴Sentencia en el asunto C-428/09, op.Cit., apartado22; Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap)/Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, en el asunto C-303/98, apartado34.

⁴⁵Sentencia en el asunto C-303/98, op Cit, apartado 35; Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de julio de 2001, Confederación Intersindical Galega (CIG)/Servicio Galego de Saude (SERGAS), C-241/99, apartado 29

⁴⁶Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de octubre de 2004, Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith, Albert Süß, Michael Winter, Klaus Nestvogel, Roswitha Zeller y Matthias Döbele/Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, En los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, apartado 55; (16) Auto de 14 de julio de 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg/Leiter der Feuerwehr Hamburg, C-52/04, apartado 45.

⁴⁷ Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, op. Cit., apartado 57; Auto del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-52/04, op. Cit., apartado 46.

Según el Informe redactado por la Comisión, sobre la aplicación por los Estados Miembros de la Directiva 2003/88, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo⁴⁸, la mayoría de los países han transpuesto la norma tanto como para el sector público como al privado, a excepción de algunos en los que determinadas categorías de trabajadores están excluidos del ámbito de aplicación de la legislación. En el público, este suele ser el caso de las fuerzas armadas, la policía y otras fuerzas del orden y también de los servicios de protección civil, como el personal de instalaciones penitenciarias y el servicio público de bomberos⁴⁹. En cuanto al privado, varios de los Estados Miembros excluyen a los trabajadores domésticos⁵⁰.

Una vez que hemos matizado el ámbito de aplicación, tanto material como personal, es necesario remitirnos al artículo 1.3 *in fine* de la Directiva, que dice así: “... *sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva*”.

A la vista de lo que establece el precepto, la Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad públicos y privados, sin perjuicio de las excepciones que vienen recogidas en sus artículos 14, 17, 18 y 19. Llegados a éste punto creemos conveniente hacer un breve comentario de lo que disponen estos, puesto que las excepciones a la aplicación de la norma se comentarán de manera más detallada posteriormente.

El artículo 14, establece que la Directiva 2003/88 no será aplicable para el caso de que existan otros instrumentos comunitarios que contengan disposiciones más específicas en lo relativo a ordenación del tiempo de trabajo para determinadas actividades profesionales..

El artículo 17 viene a desarrollar las excepciones que se plantean a las normas generales que contiene la Directiva 2003/88/CE. Para comenzar en su apartado primero, establece que:

“1. Desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 3 a 6, 8 y 16 cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores, y en particular cuando se trate de:

a) ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo;

⁴⁸Informe de la Comisión de 26 de abril de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2003/88/CE, COM(2017) 254, y el informe detallado, SWD(2017) 204.

⁴⁹Irlanda (Ley sobre ordenación del tiempo de trabajo, capítulo 20, parte I, n.o 3, apartado 1) An Garda Síochána (policía, fuerzas armada); Chipre (The Working Time Law, de 2002, artículo 4 sobre las fuerzas armadas); Italia (Decreto Legislativo 66/2003.

⁵⁰Bélgica (Código del Trabajo, de 16 de marzo de 1971, artículo 3); Grecia (Decreto Presidencial n.o 88/1999, modificado por el Decreto Presidencial n.o 79/2005, artículo 1).

b) trabajadores en régimen familiar, o

c) Trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas”.

Comienza este primer apartado habilitando la posibilidad de que se establezcan excepciones en lo relativo a los descansos diarios, semanales y a la limitación de la jornada tanto diaria como semanal, para aquellos trabajos en los que la duración de la jornada de trabajo no tenga una media, bien por las características en las que se realiza el mismo o porque pueda ser establecida por los propios trabajadores.

Además, la propia norma habilita la posibilidad de que exista una diferenciación de trato para los empleados, en base a la función que desempeñan dentro del mismo centro. Es decir, se puede dar el caso de que para los supuestos anteriormente mencionados haya una diferencia de trato entre el ejecutivo dirigente y otro trabajador de diferente categoría, pese que ambos son trabajadores, por lo que ésta Directiva puede variar en cuanto a su aplicación en base al ámbito funcional del sujeto que desempeñe la actividad laboral.

Continúa el artículo 17 en su apartado segundo abriendo la posibilidad de que se establezcan excepciones en cuanto a los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva. Estas disposiciones son las que contienen los períodos mínimos de descanso de los que tienen que disfrutar los trabajadores. Estos períodos pueden verse exceptuados mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos además de mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales⁵¹, siempre que se concedan períodos de descanso equivalentes a los trabajadores o si esto no fuese posible debido a causas objetivas, se les conceda a los trabajadores una protección equivalente.

El artículo 17 en su apartado tercero enumera una serie de actividades en torno a las cuales pueden establecerse excepciones en materia de descansos semanales, diarios y limitación de la jornada laboral debido a las especiales características en las que se desarrollan estos trabajos. Algunas de estas actividades sujetas a excepción son:

- Actividades de guardia y vigilancia que exijan una presencia continua con el fin de garantizar la protección de bienes y personas, como pueden ser los conserjes o guardias de seguridad.
- Actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o la producción como pueden ser el trabajo que tiene que desempeñar el personal que trabaje en

⁵¹Vid artículo 18 de la Directiva 2003/88.

los aeropuertos, o el personal encargado de la recepción tratamiento y/o asistencia médica que se presta en hospitales.

- Actividades laborales caracterizadas por un alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador, como es el trabajo off-shore⁵², que es aquel que se realiza en las instalaciones situadas en el mar.

Para finalizar con el análisis del precepto que venimos desarrollando, habría que hacer referencia a sus apartados 4 y 5. El primer apartado de los mencionados, establece la excepción a los artículos 3 y 5 de la Directiva, relativos a los periodos de asueto mínimos diarios y semanales, para aquellos trabajadores que desempeñen un trabajo por turnos y que, debido al cambio del trabajador de equipo, no pueda disfrutar del período de descanso diario y/o semanal. Lo mismo también es aplicable a aquellas actividades que se caractericen por el fraccionamiento de la jornada de trabajo, dirigiéndose en particular al personal encargado de los servicios de limpieza. En su último apartado, el artículo 17 habla de las excepciones en cuanto al descanso semanal y los periodos de referencia aplicables a los médicos en formación.

El artículo 18, habilita a que se establezcan las excepciones mencionadas en el artículo 17 en virtud de la negociación colectiva, condicionando esas excepciones a que se conceda a los trabajadores periodos equivalentes de descanso compensatorio, o si esto no fuese posible por debido a motivos de carácter objetivo, reciban una protección adecuada.

El artículo 19 establece los límites a la hora de imponer excepciones en lo relativo a los periodos de referencia que vienen recogidos en el artículo 16, disponiendo que la constitución de las excepciones no podrá tener como consecuencia la determinación de un período de referencia superior a 6 meses; o bien a 12 meses siempre que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los asalariados.

Quedan fuera de la aplicación de ésta Directiva la gente de mar, tal como viene recogido en la Directiva 1999/63/CE. Ésta Directiva es de aplicación a la gente de mar que preste servicio a bordo de buques de navegación marítima, de propiedad pública o privada, registrados en el territorio de cualquier Estado miembro y que se dediquen normalmente a operaciones marítimas comerciales⁵³. Cuestión distinta es el denominado "trabajo off shore" y, el trabajo desempeñado por

⁵²Artículo 2 apartado 8 Directiva 2003/88.

⁵³Cláusula 1 del Acuerdo sobre la Ordenación del Tiempo de Trabajo de la gente del mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST) en virtud del cual se publica la Directiva 1999/63.

los asalariados a bordo de buques de pesca marítima ya que ambos, pese a que se desarrollan en el mar, no se regulan mediante la Directiva 1999/63/CE sino por la Directiva 2003/88/CE.

III. Tiempo de Trabajo y Periodos de descanso. Conceptos Interrelacionados

1. Estudio de la noción “Tiempo de trabajo”

Antes de referirnos al que viene recogido en la Directiva objeto de estudio del presente trabajo, es adecuado comentar brevemente lo que dispone la Organización Internacional del Trabajo en la materia.

El Convenio número 1 publicado por la OIT en el año 1919, relativo a las horas de trabajo en el ámbito de la industria, no se encargó de dedicar ninguno de sus preceptos a establecer qué era lo que se debía de entender por horas de trabajo. No obstante, para dar respuesta a este vacío conceptual, se presentó una propuesta en éste sentido en la Conferencia de Ministros del Trabajo que fue celebrada en Londres en el año 1926. En la citada, se acordó que por horas de trabajo se designara aquel tiempo durante el cual el personal estuviese a disposición del empleador; quedando excluidos los periodos de descanso⁵⁴. La consecuencia de la reunión en la capital Inglesa, supuso la incorporación de la definición de las horas de trabajo en el artículo 2 del Convenio 30 de la OIT, entendiéndolas como: *“el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador”*.⁵⁵

Dentro del ámbito de la UE, es la Directiva 2003/88 la que se encarga de definir lo que se ha de entender por tiempo de trabajo, estableciendo en su artículo 2 (1) lo siguiente:

⁵⁴. En este sentido, hay que comentar que la norma hace referencia a los periodos de descanso que fuesen enunciados según lo recogido en el artículo 8 del Convenio 1 de la OIT, a saber: *“cada empleador deberá:*

- *(a) dar a conocer, por medio de carteles colocados en un sitio visible de su establecimiento u otro lugar conveniente, o en cualquier otra forma aprobada por el gobierno, las horas en que comience y termine el trabajo, y si el trabajo se realiza por equipos, las horas en que comience y termine el trabajo de cada equipo. Las horas se fijarán de manera que no excedan de los límites señalados en el presente Convenio y, una vez notificadas, no podrán modificarse sino en el modo y con el aviso aprobados por el gobierno;*
- *(b) dar a conocer, en la misma forma, los descansos concedidos durante la jornada de trabajo que no se consideren comprendidos en las horas de trabajo”*.

⁵⁵ Conferencia Internacional del Trabajo 93.TM reunión, 2005, Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1) y al Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30).

“todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Llegados a este punto, parece conveniente hacer mención a la definición de “tiempo de descanso” que recoge el artículo 2 de la normativa Europea, el cual entiende como tal a: “todo período que no sea tiempo de trabajo”. Por lo tanto, es oportuno concluir que tiempo de trabajo y período de descanso son conceptos que están interrelacionados. Además, conforme a las resoluciones judiciales del tribunal de Luxemburgo, el primero se concibe en contraposición del segundo, ya que ambos se excluyen mutuamente⁵⁶ sin posibilidad de que la Directiva contemple una categoría que se sitúe entre ambos extremos⁵⁷.

Otro aspecto a tener en cuenta, es el relativo al margen de interpretación del que disponen los Estados Miembros sobre el concepto de “tiempo de trabajo”. El tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha encargado de dar respuesta a esta cuestión a través de resoluciones judiciales. Según la corte de Luxemburgo, la noción a la que nos referimos ha de ser definida conforme a criterios objetivos, para que de ésta forma, pueda cumplir con la finalidad que persigue la Directiva, que es el establecimiento de unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los asalariados.⁵⁸ Por lo tanto, una interpretación conforme a las disposiciones de las legislaciones de los Estados Miembros, iría en contra del sentido de la norma europea.

En contraposición con lo expuesto en el anterior párrafo, la interpretación del contenido de la Directiva goza de cierta *flexibilidad* en cuanto a la aplicación de determinadas disposiciones⁵⁹. Muestra de ello es el artículo 14, *períodos de referencia*, los cuales dan un cierto margen de libertad estableciendo una serie de periodos de tiempo a tener en cuenta a la hora de aplicar algunas

⁵⁶Sentencia en el asunto C-303/98, op. Cit., apartado 47; Sentencia de del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2003, Landeshauptstadt Kiel y Norbert Jaeger, en el asunto C-151/02, apartado 48; Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.)y Tyco Integrated Security, S.L., Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A. en el asunto C-266/14, apartado 25, entre otras.

⁵⁷Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de Enero de 2007, Jan Vorel y Nemocnice Český Krumlov, en el asunto C-437/05, apartado; Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2005, Abdelkader Dellas, Confédération générale du travail, Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, Fédération nationale de l'action sociale Force ouvrière, contra Premier ministre,Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, en el asunto c-14/04, apartado 43, entre otras.

⁵⁸Auto de 4 de marzo de 2011, Nicuşor Grigore contra Regia Naţională a Pădurilor Romsilva — Direcția Silvică Bucureşti, en el asunto C-258/10, apartado 44; Auto en el asunto C-437/05, *op. cit.*, apartado 26; Sentencia en el asunto C-151/02, op. cit., apartado 58, entre otras.

⁵⁹Considerando 15 Directiva 2003/88/CE. No obstante, este postulado, se refiere al contenido en general de la Directiva, no así al concepto de Tiempo de trabajo. Debido a esta razón no hay que pensar que esta flexibilidad es también aplicable a la noción que estamos analizando, sino más bien a determinadas partes de la norma.

disposiciones recogidas en la Directiva 2003/88. No obstante, esta regla no es aplicable a la noción que estamos estudiando en este apartado, puesto que el “tiempo de trabajo” es un concepto cuyo alcance no puede ser determinado de manera unilateral por los Estados Miembros⁶⁰, y buena prueba de ello, es que la Directiva, no permite establecer excepciones a su artículo 2⁶¹.

2. Elementos configuradores del concepto

La composición de esta noción, viene determinada por la jurisprudencia europea⁶², la información procedente de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea,⁶³ así como en la propia definición recogida en la Directiva 2003/88/CE. Tras un estudio de todas ellas en conjunto, podemos concluir que, para determinar si un periodo de tiempo ha de ser considerado de trabajo, ha de caracterizarse por ser:

- “*Todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo*”
- “*Todo período durante el cual el trabajador permanezca a disposición del empresario*”
- “*Todo período durante el cual el trabajador permanezca en ejercicio de su actividad o de sus funciones*”⁶⁴

Nos encontraríamos según esto ante 3 tipos de elementos: espacial, de autoridad, y profesional.

Antes de analizar cada uno ellos, es necesario saber si, para que un período de tiempo tenga la consideración de trabajo, ha de reunir todos los elementos a la vez, o bien; bastará con la existencia de uno de ellos para obtener tal característica.

Para comenzar, hay que matizar que la Directiva no deja claro si los mencionados tendrían que darse simultáneamente o, por el contrario no se requiere de dicha simultaneidad⁶⁵. Del análisis del concepto se ha encargado la jurisprudencia, la cual ha ofrecido las aclaraciones necesarias para su mejor entendimiento.

⁶⁰Sentencia en el asunto C-14/04,op.cit., apartado 45.

⁶¹Auto en el asunto C-258/10,op.cit.,apartado 45; Sentencia en el asunto C-266/14 ,op.cit., apartado28.

⁶²Sentencia en el asunto C-266/14,op.cit.,apartados30,35 y 43.

⁶³Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), p. 16 a p.18.

⁶⁴MENA ÁLVAREZ, A, *Estudio Jurídico del Concepto de Tiempo de trabajo efectivo*, p 9 y ss, Noviembre 2015, (en línea) <http://forelab.com/wp-content/uploads/premios/2015/ESTUDIO-JURIDICO-DEL-CONCEPTO-DE-TIEMPO-DE-TRABAJO-EFECTIVO-Alvaro-Mena-Alvarez.pdf> (Consulta 20 Abril de 2018).

⁶⁵USHAKOVA, T. “*Algunos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*” *Revue Européenne du droit social*, Vol. XXXIII, n° 4 (2.016), p.99.

Para dar respuesta a la cuestión de que los requisitos se den todos simultáneamente o no, se el tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó la conocida la Sentencia en el asunto SIMAP. La misma resuelve cinco cuestiones prejudiciales mediante auto de 10 de Julio de 1998 que son planteadas por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia sobre la interpretación de las Directivas 89/391 de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

La sentencia en el asunto SIMAP, analiza, entre otras cuestiones, los turnos de atención continuada que prestan los trabajadores médicos de Equipos de Atención Primaria de la Comunidad Valenciana mediante un sistema de localización y otro de presencia física en el centro de trabajo. La duda que se plantea ante el Tribunal de Luxemburgo es si el tiempo invertido por los médicos afectados que realizan turnos de atención continuada mediante sistema de localización, debe estimarse todo como tiempo de trabajo o sólo lo será aquel efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que sean llamados.

El TJUE estima como tiempo de trabajo en su totalidad el tiempo que haya sido dedicado a atención continuada de los médicos de Equipos de Atención Primara en régimen de presencia física en el centro. Por otro lado, la prestación de servicios en régimen de localización sólo puede definirse como tiempo de trabajo si se trata de la prestación efectiva de atención⁶⁶.

Para poder diferenciar ambos supuestos, el Tribunal Europeo acude a las conclusiones del Abogado General Saggioen, el cual determina que, pese a que en ambos casos el trabajador esta a disposición del empresario, ya que el sistema de localización lo que implica es que el médico sea localizable, en éste supuesto, los trabajadores pueden disponer de su tiempo con menos limitaciones y atender a sus asuntos personales⁶⁷.

⁶⁶Sentencia en el asunto C-303/98, *op. cit.*, apartado 52.

⁶⁷Punto 37 de las conclusiones del Abogado General, Sr. Antonio Saggio, presentadas el 16 de diciembre de 1999. SIMAP (Asunto C-303/98).

Tras el análisis de la Sentencia, parece entenderse que no basta con la simple existencia de uno de los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Directiva 2003/88, ya que, en el supuesto analizado es necesaria la concurrencia de al menos dos de los elementos para que se considere tiempo de trabajo. Debido a la evolución que están sufriendo las relaciones laborales no sería sensato pronunciarse de manera definitiva sobre la necesidad de concurrencia de todos o de tan solo dos, siendo más adecuado dejar dicho aspecto a la apreciación del juez que conozca sobre el caso en cuestión⁶⁸

Una vez resuelta la cuestión de la simultaneidad de los requisitos recogidos en la definición aportada en la Directiva, vamos a analizar en qué consiste cada uno de los elementos que configuran el "tiempo de trabajo".

a) **Criterio espacial: Todo período durante el cual el trabajador permanezca en su puesto de trabajo**

El primer requisito se corresponde con la presencia del asalariado en el lugar donde desempeña sus funciones laborales. En este punto, parece interesante hacer una comparación de la definición del tiempo de trabajo que se recoge en las versiones Inglesa, Española y Francesa de la Directiva 2003/88, ya que sufre una pequeña desviación en la primera de las tres citadas.

En la versión británica, podemos ver que la transcripción literal del precepto establece lo siguiente: "*working time means any period during which the worker is working*". No obstante, no se corresponde con la redacción hispana o gala, ya que, la primera entiende por "tiempo de trabajo" cuando "*el trabajador permanezca en el centro de trabajo*" y, la segunda cuando "*le travailleur est au travail*". Por ello, si nos ciñésemos a la versión anglosajona, la traducción al español cambiaría por "el trabajador trabaja", mientras que la francesa sería "le travailleur travaille"⁶⁹.

La corte de Luxemburgo, se ha encargado de resolver la situación de conflicto que se produce cuando existe divergencia en la redacción de las disposiciones de Derecho comunitario entre las lenguas oficiales de la Unión, entendiéndose que, para salvar esta problemática, la norma de

⁶⁸ USHAKOVA, T, op cit, p.100.

⁶⁹ Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), op. cit., p. 16.

que se trate, ha de ser interpretada en función de la estructura general y de la normativa en la que se integre⁷⁰. El Tribunal de Luxemburgo, ha extrapolado esta posición jurisprudencial al criterio espacial del tiempo de trabajo, entendiendo como tal la necesidad de que el asalariado esté en el puesto donde desempeña su actividad laboral, o bien en el lugar que determine el empresario⁷¹.

Además, y conforme manifestaremos más adelante, el sitio que determine el empresario no tiene por qué ser el de trabajo, ya que, en determinados casos, los periodos de desplazamiento también pueden ser considerados como tiempo de trabajo, puesto que para este tipo de trabajadores, podría no limitarse al invertido en los centros de su empleador o de los clientes, como en el caso de los trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo⁷².

Desde el punto de vista español, este supuesto también ha sido regulado por la jurisprudencia del Tribunal supremo, puesto que la legislación nacional entiende que: *“El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”*⁷³.

Tomando como punto de partida lo dispuesto en el precepto arriba transcrito, el factor decisivo para determinar qué debe ser considerado como tiempo de trabajo, es saber cual es el lugar que ha de ser considerado como *“el puesto de trabajo”* del asalariado⁷⁴. La doctrina jurisprudencial, ha puesto de manifiesto que, en determinadas ocasiones, pese a que el lugar de desempeño de la actividad laboral está perfectamente definido, el empleado no se encuentra físicamente en el mismo, y sin embargo ese intervalo en cuestión, recibe la consideración de tiempo de trabajo⁷⁵. No obstante, haremos referencia más adelante a este tipo de supuestos en los

⁷⁰Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007, UAB Profisa/Muitinés departamentas prie Lietuvos Respublikos finansu. ministerijos, en el asunto C-63/06, apartados 13 a 15. Pese a que esta resolución no guarda relación con el tiempo de trabajo, la misma ha de ser aplicada al caso que analizamos por analogía.

⁷¹Conclusiones del Abogado General Bot de 11 de junio de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.)/Tyco Integrated Security SL y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA, en el asunto C-266/14, apartados 31 y 48.

⁷². Sentencia en el asunto C-266/14, op.cit., apartados 43 a 46.

⁷³Artículo 34.5 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁷⁴Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013 (RJ 87/2012), FJ 3.

⁷⁵Un ejemplo claro de esto es el relativo a determinadas actividades preparatorias previas que en ocasiones son necesarias para poder desempeñar al servicio que se pretende realizar. Así lo comentó la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª de 18 de septiembre del 2000 resolviendo el recurso 1696/1999, al considerar como tiempo de trabajo: *“ el invertido en los desplazamientos entre el depósito de armas y el centro donde presta sus servicios el vigilante de seguridad es t de trabajo; y ello es así porque*

que no termina de quedar claro la forma en la que ha de aplicarse la definición de tiempo de trabajo contenida en la Directiva objeto de estudio.

b) Criterio de autoridad: Todo período durante el cual el trabajador permanezca en el centro de trabajo

El factor decisivo para poder afirmar que un período de tiempo cumple con las exigencias impuestas por este segundo criterio, es el grado de disponibilidad del empresario sobre el trabajador. Debido a este postulado, será decisivo que el asalariado se encuentre en plena capacidad para poder cumplir de manera inmediata las prestaciones que el empresario quiera encomendarle, sin poder dedicar su tiempo a otra cosa que no sea la de cumplir con las instrucciones encomendadas por parte del empleador⁷⁶.

Sin embargo, cuando un trabajador pueda disponer de su tiempo para realizar tareas relativas a su vida personal, pese a estar a disposición del empresario, nos lleva a concluir que dicho intervalo no puede ser considerado como tiempo de trabajo, puesto que el poder de decisión del asalariado sobre ese espacio temporal, es mayor que cuando se encuentra plenamente disponible para cumplir con los mandatos del empresario⁷⁷.

c) Criterio de profesionalidad: Todo período durante el cual el trabajador permanezca en ejercicio de su actividad o de sus funciones

Antes de analizar cuales es la postura adoptada por la corte de Luxemburgo en esta cuestión, es preciso comentar que, para la Comisión Europea, tanto la intensidad como cualquier

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”.

⁷⁶Sentencia en el asunto C-14/04, op.Cit., apartado 48; Auto en el asunto C-437/05, *op. Cit.*, apartado 28.

⁷⁷Sentencia en el asunto C-303/98,op.Cit.,apartado50; Sentencia en el asunto C-266/14, *op.Cit.*,apartados 36 y 37;

discontinuidad que pueda acaecer en las actividades desempeñadas, son irrelevantes a la hora de valorar si un periodo de tiempo cumple con este criterio⁷⁸.

Puede darse la ocasión de que un trabajador, se encuentre desempeñando una actividad laboral, diferente a la que normalmente realiza. En este caso, el periodo dedicado a ello cumple con el tercer criterio, puesto que aunque la labor cambie, la obligación que tienen los trabajadores de estar presentes y disponibles permanece⁷⁹.

En relación con la intensidad del trabajo desempeñado por parte del asalariado, la jurisprudencia recoge que la misma, no es un elemento configurador del tiempo de trabajo⁸⁰. Además, tampoco la continuidad del trabajador en el desempeño de sus funciones, ha sido considerada por la corte de Luxemburgo como un elemento configurador de la noción que estamos estudiando, al entender que un intervalo, puede recibir la consideración de tiempo de trabajo aunque el trabajador no esté realizando una actividad profesional continua.⁸¹

Tras un análisis de las resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los elementos configuradores del tiempo de trabajo, podemos ver que lo importante para determinar si un intervalo es merecedor o no de esta calificación, es necesario examinar si se cumplen los 3 criterios en la práctica del trabajador en cuestión. Por lo que, todo período que no cumpla con estos 3 elementos configuradores en la práctica, ha de ser considerado como tiempo de descanso.

Para finalizar con este apartado cabe matizar que, aunque el concepto de tiempo de trabajo se remite a la legislación y práctica nacionales, el TJUE consideró que la noción de tiempo de trabajo reflejada en la Directiva no debe entenderse en función de las disposiciones de las diferentes normativas nacionales, sino que constituyen conceptos del derecho de la UE y tienen que interpretarse en armonía con la Directiva⁸²

⁷⁸Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), *op. Cit.*, p.17.

⁷⁹Sentencia en el asunto C-303/98, *op.Cit.*, apartado 48.

⁸⁰.Sentencia en el asunto C-14/04, *op.Cit.*, apartado 43.

⁸¹Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, *op.Cit.*, apartado 93.

⁸²Sentencia en el asunto C151-02, *op. Cit.*, apartado 58.

3. Estudio de períodos específicos conforme a la definición de la Directiva

a) *¿Qué sucede con el Tiempo de desplazamiento que invierten los trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente?*

El Tribunal de Luxemburgo resolvió esta controversia en el conocido como “caso Tyco.”. El asunto en cuestión afectaba a trabajadores técnicos cuya actividad laboral consistía en instalar y llevar a cabo el mantenimiento de dispositivos de seguridad en varias ubicaciones. Para ello, una o varias veces por semana, tenían que ir a un centro logístico a recoger los aparatos que necesitaban para poder llevar a cabo su trabajo, mientras que otras, iban directamente desde sus domicilios, hasta el lugar donde debían llevar a cabo la instalación.

La sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Audiencia Nacional, mediante auto de 22 de mayo de 2014, y la misma, consideró este intervalo como tiempo de trabajo por las siguientes razones:

- Para comenzar, y en relación con el primer elemento constitutivo del tiempo de trabajo, el tribunal consideró que el desplazamiento realizado por los trabajadores hacia el centro que les asignaba su empleador, era el instrumento necesario para poder llevar a cabo su actividad, y por lo tanto, debía de ser considerado como tal.⁸³
- Continuando con el segundo elemento que configura la noción recogida en el artículo 2 de la Directiva 2003/88, el tribunal consideró que también se daba en este supuesto pues, pese a que los trabajadores podían elegir la ruta que querían seguir hasta el domicilio de los clientes, durante ese intervalo de desplazamiento, no podían disponer libremente de su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales, por lo que están a disposición de sus empresarios⁸⁴.
- El tercer, y último criterio que conforma la noción estudiada, también fue considerado cumplido por parte de los trabajadores de este sector, según la sentencia a la que nos hemos referidos. Para el alto tribunal, los desplazamientos de estos asalariados al domicilio de los clientes, es una

⁸³Sentencia en el asunto C-266/14, op.Cit., apartados 30 a 34.

⁸⁴Sentencia en el asunto C-266/14, op.Cit., apartados 35 a 39. En concreto: “Durante estos desplazamientos, los trabajadores están sometidos a las mencionadas instrucciones de su empresario, que puede cambiar el orden de los clientes o anular o añadir una cita. En todo caso, debe señalarse que durante la duración necesaria del trayecto, que la mayor parte de los casos no se puede reducir, estos trabajadores carecen de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo y dedicarse a sus asuntos personales, de modo que están a disposición de sus empresarios”

condición consustancial propia de aquellos que no tienen un centro de trabajo habitual, por lo que no puede reducirse el mismo a las instalaciones donde van a cumplir con sus funciones.⁸⁵

b) *Distinción entre alerta continuada y alerta localizada*

El tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha pronunciado sobre este asunto, al distinguir a los profesionales que acogen en centros a jóvenes o adultos discapacitados, en régimen de internamiento de los médicos de Atención Primaria. Los primeros desempeñan su actividad en régimen de alerta continuada, mientras que los segundos, localizada

Para el órgano judicial, el intervalo desempeñado por los primeros, ha de ser considerado en su totalidad como tiempo de trabajo, ya que el médico ha de estar presente físicamente en el centro sanitario, y aunque no se encuentren siempre desempeñando servicios profesionales, están alejados de sus familiares, o simplemente, disponen de menor libertad para gestionar ese tiempo que no están dedicando a llevar a cabo las funciones propias de su actividad⁸⁶. Por esta razón para el tribunal, excluir el tiempo en alerta continuada del tiempo de trabajo, supondría un grave perjuicio para los empleados de este sector⁸⁷, y con ello, se estaría vulnerando la finalidad de la Directiva; que es, garantizar la seguridad y la salud de los asalariados.

Es importante mencionar que, aunque los trabajadores en alerta continuada dispongan de una sala de descanso en la que puedan reposar mientras no se encuentren realizando ninguna actividad característica de su profesión, no supone que se pueda excluir ese intervalo de la definición de tiempo de trabajo, incluso aunque ese periodo de inactividad lo dediquen a dormir⁸⁸.

En contraposición con lo comentado, se encuentran los médicos que desempeñan sus funciones en régimen de alerta localizada, sin que sea necesaria su presencia en el centro de trabajo.

⁸⁵Sentencia en el asunto C-266/14 op.Cit., apartados 43 a 46.

⁸⁶Sentencia en el asunto C-151/02, op.Cit, apartado 65.

⁸⁷Punto 35 de las Conclusiones del Abogado General Saggiogen, en el asunto C-303/98, al entender que: “ *si se admite como principio que una normativa nacional pueda establecer que, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, se tomen en consideración únicamente las horas en las que el trabajador ejerza efectivamente su actividad y esté a disposición del empresario, no podrá asegurarse el cumplimiento de la obligación de garantizar al referido trabajador un período de descanso diario de once horas consecutivas y que la duración máxima del tiempo de trabajo semanal no supere las cuarenta y ocho horas, ya que no entrarían en el cálculo todos aquellos períodos en que, de hecho, el trabajador no ejerce ninguna actividad laboral pero está, en cualquier caso, «a disposición» por tanto, no está descansando, lo que hace que el intervalo efectivo sea inferior al mínimo impuesto por la Directiva*”. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia C-303/98, *op. cit.*, apartado 49.

⁸⁸Sentencia en el asunto C-151/02, op.Cit., apartados 60 y 64.

En esta situación, este tipo de asalariados, pueden disponer de su tiempo con menores limitaciones que los anteriormente referidos, así como dedicarse a sus asuntos personales. Por esta razón, según el TJUE, solo ha de ser considerado como tiempo de trabajo, aquel en el que desempeñen de manera efectiva sus servicios; incluyendo el tiempo de desplazamiento que invierten hasta llegar a su puesto⁸⁹.

c) *Otros períodos de tiempos comentados según la comisión: Trayectos entre citas durante la jornada laboral; trayectos irregulares de los trabajadores a un centro de trabajo diferente; y, trayectos hacia y desde el centro del trabajo.*

Para los intervalos que encabezan este subapartado, no existen resoluciones judiciales que aclaren si los mismos han de recibir la consideración de tiempo de trabajo, o por el contrario, han de ser excluidos de esta calificación. Por ello, en el año 2017, la Comisión en su Comunicación interpretativa⁹⁰ de la Directiva 2003/88 se pronunció de manera orientativa⁹¹, sobre estos aspectos.

Sobre los *trayectos entre citas durante la jornada laboral*, el órgano ejecutivo estima que el tiempo invertido en estos trayectos, ha de ser considerado como de trabajo. Para ello, se apoya nuevamente en la Sentencia Tyco, y considera que solo podrá recibir tal consideración si se cumplen las siguientes circunstancias:

- Que los desplazamientos, sean el instrumento necesario para llevar a cabo su actividad, y por lo tanto, los periodos durante los cuales ejercen sus cometidos;
- Que Los trabajadores afectados no pueden disponer libremente de su tiempo y se encuentren a plena disposición del empresario;
- Que el tiempo de movimiento sea consustancial a las características del empleo en cuestión, y por lo tanto no sea posible ña limitación de su centro de trabajo al domicilio de sus clientes.

⁸⁹Sentencia en el asunto C-303/98,op.Cit., apartado 50.

⁹⁰Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), *op. Cit.*, p. 19 y 20.

⁹¹Recordemos que las comunicaciones son un acto no legislativo y tampoco vinculante.

En relación a trayectos irregulares de los trabajadores a un centro de trabajo diferente, la comisión considera que esta situación es plenamente equiparable a la de los asalariados del asunto Tyco y por lo tanto, ha de estar incluido en la definición de tiempo de trabajo.

Para finalizar, y en relación con los recorridos hacia y desde el centro de trabajo, entiende la comisión que los mismos, no deben de ser amparados por la noción recogida en la Directiva. Para el órgano que ostenta la iniciativa legislativa, no existe ninguna indicación de que los mismos hayan de ser considerados como tal según la norma europea. Además, estima que en esta situación, los empleados con unas instalaciones fijas, pueden conocer la distancia que separa su domicilio de las mismas, y ello les permite organizarse de manera que puedan disponer libremente de su tiempo. Por esta razón, no puede asimilarse su situación con la de los empleados de la mercantil TYCO, puesto que los mismos no podían conocer la distancia que había entre su domicilio y el espacio habitual de inicio y fin de su jornada laboral.

4. Períodos de descanso

4.1. Descanso intra-jornada

La Directiva 2003/88 regula esta figura, al disponer en su artículo cuarto lo siguiente: *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional”*.⁹²

A la vista de lo dispuesto en el precepto, podemos ver que la Directiva no contiene una regulación estricta sobre esta figura, ya que se limita exclusivamente a determinar que la pausa deberá ser concedida siempre y cuando el asalariado haya desempeñado una jornada diaria continua que supere las 6 horas. Además, no establece el período mínimo de duración de la misma, así como

⁹²La regulación de esta figura jurídica no se incluyó en la propuesta originaria de Directiva que presentó la comisión al consejo en el año 1990, sin embargo, entendemos que el procedimiento de cooperación con el Parlamento Europeo, así como el Dictamen del Comité Económico y Social contribuyeron a que la redacción final publicada en el año 1993, si destinase un precepto a tal fin.

las condiciones necesarias para su disfrute, dando potestad para ello a lo recogido en la normativa convencional; y de manera subsidiaria, a la legislación nacional del Estado Miembro destinatario de la norma.

El origen de esta figura en la legislación española, se encuentra en la Ley 16/1976 de, de 8 de abril, de relaciones laborales. En este cuerpo normativo, se recogió⁹³ la necesidad de otorgar al trabajador un período de 15 minutos de descanso, si el mismo había desempeñado su actividad laboral de forma continuada.

Esta norma, fue derogada por el estatuto de los trabajadores del año 1980. El ET al que nos hemos referido, no contenía regulación alguna sobre el asueto intra-jornada, no obstante, sí que distinguía entre jornada continua y jornada partida, usando como elemento diferenciador la pausa ininterrumpida de más de 1 hora⁹⁴.

La ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en treinta días, vino a modificar al estatuto de los trabajadores del año 1980. Afectó, entre otros preceptos, a los párrafos uno y dos del artículo 34.2 sustituyéndolos por la siguiente redacción:

“La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo. Se entenderá por jornada partida aquella en que exista un descanso ininterrumpido de una hora de duración como mínimo. En los supuestos de jornada continuada se establecerá un período de descanso no inferior a quince minutos. El tiempo de descanso en jornada continuada previsto en este artículo, se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando por acuerdo individual o colectivo entre empresarios y trabajadores, así esté establecido o se establezca”.

De esta manera, podemos ver que fue en el año 1983, cuando se recogió la necesidad de una pausa de 15 minutos cuando la jornada de trabajo fuese continuada.

⁹³Artículo 23. 6 de la Ley 16/1976 de 8 de abril, de relaciones laborales: “Seis. Cuando la jornada normal de trabajo se realice de forma continuada se establecerá un período de descanso de, al menos, quince minutos, sin perjuicio de lo dispuesto en las Ordenanzas Laborales o Convenios Colectivos de Trabajo. Dicho período se retribuirá como de trabajo, con excepción de los complementos salariales de calidad y cantidad, y se computará como jornada de trabajo a todos los efectos”.

⁹⁴El estatuto de los trabajadores de 1980 distinguía entre jornada partida y jornada continuada dependiendo de si se producía, o no, una hora de descanso ininterrumpido durante la misma; de manera que si este hecho acontecía, nos encontrábamos desempeñando la primera, y si no, la segunda. No obstante, la pausa de una hora, no se contemplaba como un descanso intra-jornada como tal.

Continuando con la evolución histórica del descanso intra-jornada, procede comentar la reforma que se llevó a través de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Con base en esta norma, se produjo el fin de la distinción entre jornada continuada y jornada partida; y, se precisó en torno a tal concepto que si la duración era superior a seis horas, había que otorgar a los trabajadores, de manera preceptiva, un descanso de no menos de quince minutos⁹⁵. Fue así como tuvo su origen la también conocida como "pausa para el bocadillo", cuya regulación se mantiene en la versión actual del Estatuto de los trabajadores.⁹⁶

En cuanto la naturaleza jurídica de esta institución, podemos afirmar que la misma ha de ser considerada como una norma de derecho necesario relativo⁹⁷. Los motivos que nos llevan a tal conclusión son los siguientes:

- En primer lugar, la dicción literal del precepto no deja lugar a dudas al emplear frases que denotan ese carácter al que nos referimos. Ejemplo de ello son frases como...: *"Deberá establecerse"* o *"no inferior"*.
- En segundo lugar su ubicación dentro del artículo 34, que es el destinado a establecer los límites imperativos de la jornada de trabajo. Al encontrarse dentro de este precepto, parece inevitable concluir que el descanso intra-jornada ha de ser una norma de derecho necesario, puesto que se encuentra recogido dentro de una norma que goza de tal naturaleza.

Llegados a este punto, podemos ver que la consideración que le atribuye el Estatuto de los Trabajadores a la pausa para el bocadillo, coincide con la que contiene la Directiva 2003/88. El motivo de esta afirmación, se encuentra en el texto de la propia norma, ya que introduce en su artículo 4 oraciones como...: *"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias"* o *"tengan derecho a disfrutar"* Pese a que las recogidas en el Estatuto y en la Directiva son diferentes, en esencia muestran lo mismo: El carácter de derecho necesario y relativo del que goza el descanso intra-jornada.

⁹⁵Un detalle a tener en cuenta es que la redacción del artículo 34.4 del estatuto de los trabajadores se ha mantenido hasta la actualidad desde que la Ley de 1994 reformase al Estatuto del 1980.

⁹⁶BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y Tiempo de descanso*, Tesis doctoral (S.P), Universidad de Alicante, 2016, p.247.

⁹⁷En el mismo sentido NORES TORRES, L.E.: *"Los descansos intra-jornada e inter-jornadas"*, en A.A.V.V. *"El tiempo de trabajo en la negociación colectiva"*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, p. 104 y ROQUETA BUJ, R.: *"La jornada de trabajo y su determinación"*, en A.A.V.V. *"El tiempo de trabajo en la negociación colectiva"*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, p. 368.

Continuando con el estudio, es necesario comentar el devengo del derecho, y el contenido del mismo. En relación con el primero de los aspectos, el texto de la directiva coincide con la legislación nacional al estipular ambas que el descanso se generará cuando el trabajador haya desempeñado su actividad laboral durante un período de 6 horas continuadas. No obstante, la situación es diferente para aquellos trabajadores que aún no tengan la mayoría de edad, es decir, dieciocho años. Para este grupo, el reposo se generará cuando la jornada de trabajo sea continuada y de duración superior a 4 horas y media, obteniendo una regulación más beneficiosa que la vigente para el resto de trabajadores⁹⁸.

Respecto al contenido, podemos ver que aunque la Directiva nada dice sobre la duración de la pausa, el legislador español ha dispuesto en el Estatuto un período mínimo de 15 minutos. No obstante, la Directiva concede a los convenios la posibilidad de cambiar la legislación, aunque no dice si para mejorar las condiciones o no. Desde nuestro punto de vista, aunque la norma europea no precise nada al efecto, no parece que exista otro escenario de actuación posible para la negociación colectiva, la cual tiende a perseguir una consecución de mejores condiciones laborales, pese a que la Directiva no le haya atribuido tal fin⁹⁹. Continuando con lo expuesto, podemos ver que para los trabajadores que no alcancen los 18 años, la duración se ve incrementada por imperativo legal, hasta establecerse un descanso de 30 minutos como mínimo, en contraposición con los 15 que ofrece el Estatuto para el resto de los asalariados.

Otro aspecto al que haremos referencia sobre el descanso intra-jornada, es el relativo a la forma en el que se ha de disfrutar el mismo. Debido a que tanto la Directiva, como el artículo 34 del Estatuto no dicen nada al respecto, consideramos adecuado comentar lo que mantienen la jurisprudencia y la doctrina al respecto sobre determinadas cuestiones.

En primer lugar, nos pronunciaremos sobre el momento de disfrute de la pausa. El artículo 34 del Estatuto no contiene una mención específica de cuando ha de realizarse el asueto, por lo que la jurisprudencia es la que se ha encargado de dar respuesta a este interrogante. La finalidad de este

⁹⁸Situación que consideramos coherente, puesto que la normativa de tiempo de trabajo tiene como objetivo principal proteger la seguridad y salud de los trabajadores, y no cabe duda que los menores de edad requieren de mayor protección.

⁹⁹Muestra de ello es el Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Fornis Valencians Forva, SA, Unipersonal cuando en su artículo 23, establece una pausa de descanso de 30 minutos y condiciona este derecho a la realización de una jornada continuada de 5 horas continuadas, en contraposición con las 6 que establece el Estatuto.

reposo es: otorgar al trabajador un período en el cual pueda recuperarse de la fatiga del trabajo; la prevención de riesgos laborales; la oxigenación psicofísica; y, la realización en mejores condiciones de lo que resta de jornada¹⁰⁰. Debido a esta circunstancia, la comúnmente conocida como "pausa para el bocadillo" no puede realizarse al inicio o al final de la jornada, sino que ha de ubicarse dentro de la misma, ya que sino nos encontraríamos con una reducción del horario laboral.

En segundo lugar, hay que señalar quien ha de fijar el momento exacto del disfrute de la pausa en cuestión. La directiva de tiempo de trabajo, no ofrece ninguna precisión al respecto, y deja tal decisión a la voluntad de la negociación colectiva, y en su defecto, a la legislación nacional. Debido a esta razón, podemos ver que los convenios colectivos juegan un papel determinante en este asunto, ya que el momento exacto será el que venga recogido en el articulado de la norma.

La dificultad surge cuando la norma convencional no dedica ningún precepto destinado a este fin. Algunos autores entienden que en ausencia de pacto individual entre las partes, y convenio colectivo¹⁰¹, es el poder de dirección el que confiere la potestad al empresario para fijar el momento exacto de disfrute del reposo¹⁰².

En tercer lugar, se encuentra la posibilidad de fragmentar este período de reposo. Estamos ante una circunstancia no prevista en el texto normativo europeo, ni tampoco en la legislación nacional. Debido a que la duración del mismo, como norma general, y salvo mejora convencional, es de quince minutos, parece ilógico fragmentar la pausa, puesto que si la finalidad del asueto no es otra que la otorgar un periodo de desconexión al trabajador para reincorporarse al trabajo; así como proteger su salud, dicha división supondría ir en contra de los objetivos perseguidos. No obstante, en el caso de los menores de edad, cabe la posibilidad de fragmentar la pausa en dos mitades de quince minutos, ya que con ello, no se vulneraría la finalidad del descanso, sino que posiblemente se vería incrementada¹⁰³.

¹⁰⁰En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 1777/2000 de 6 de marzo (Rec. 1217/1999). De la misma manera, y haciendo referencia a la finalidad de la pausa del bocadillo se pronuncian la Sentencia del Tribunal Supremo 3064/2015 de 29 de abril (Rec. 62/2014) la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2946/2017 de 24 de mayo del 2017 (Rec. 1244/2017) entre otras.

¹⁰¹Recordemos en este punto que el estatuto de los trabajadores tampoco recoge nada en el artículo 34.

¹⁰²LOPEZ AHUMADA, J.E., "*Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen Jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*", Edit. Consejo Económico y social (CES), Madrid, 2004, p.20; BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *op. Cit.*, p.253.

¹⁰³RODRÍGUEZ PASTOR, G., "*El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.215.

En cuarto lugar, hay que analizar si existe la posibilidad de que se compense económicamente este descanso, o bien, si el mismo ha de ser disfrutado por parte del asalariado, quedando prohibida la oportunidad del pago, al igual que sucede con las vacaciones anuales. Aunque la Directiva no establece si la pausa es retribuida, en Derecho español hay cierto debate, puesto que la dicción literal del artículo 34 tampoco permite extraer una respuesta al interrogante, al no disponer nada al respecto. Debido a esta circunstancia, encontramos en la doctrina científica argumentos que defienden ambas posturas. Por un lado, se encuentra el sector que entiende que, debido a que la norma no contiene una regla prohibitiva, la monetización del asueto es posible, ya que si el legislador hubiese querido vetar esta situación, habría introducido una fórmula similar a la que recoge el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores¹⁰⁴. En contraposición, se sitúan aquellos que no ven viable el pago del descanso, debido a la brevedad del mismo, y al estrecho vínculo que tiene este asueto con la protección de la salud del trabajador¹⁰⁵. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto estableciendo que es posible la compensación en metálico de la pausa, pero no con carácter general, sino por circunstancias como las peculiaridades que puedan venir implícitas en el servicio que es desempeñado por la empresa; así como debido a la naturaleza de las tareas que sean llevadas a cabo por parte del empleado¹⁰⁶.

Otro aspecto que comentaremos sobre el descanso intra-jornada, es el relativo a la posibilidad de que el mismo pueda ser calificado como tiempo de trabajo efectivo. La directiva 2003/88, no se pronuncia sobre este punto, y tampoco lo hace así el artículo 34 del ET dejando esta decisión a lo que determine el convenio colectivo; o bien, al acuerdo al que puedan llegar empleador y asalariado en el contrato de trabajo suscrito entre ambas partes. La Ley 16/1976 de relaciones laborales en su artículo 23.6 recogía que los quince minutos de descanso se debían de computar como “*jornada de trabajo a todos los efectos*”. No obstante, el Estatuto de los trabajadores del año 1980, en su redacción originaria, no se pronunciaba en su artículo 34 sobre el descanso intra-jornada, y por

¹⁰⁴ALONSO OLEA, M. ; CASAS BAAMONDE, M^a. E. (2006), “*Derecho del Trabajo*”, 24^a edición, Madrid (Civitas), p. 258

¹⁰⁵MONREAL BRINGSVAERD, E., “*La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*”, Madrid, 2005, p. 132.

¹⁰⁶Haremos mención a dos resoluciones judiciales: la Sentencia del Tribunal Supremo 3901/1999, de 3 de junio de 1999 (Rec. 4319/1998); y la Sentencia del Tribunal Supremo 2913/2004, de 30 de abril de 2004. En la primera, el órgano judicial aceptó la monetización del descanso debido al carácter específico del sector que generó el litigio en cuestión. La resolución entiende que, al ser los trabajadores parte del sector ferroviario, debido a la peculiaridad de su profesión, se admite por vía convencional un trato distinto al que rige para el régimen común, con base en el Real Decreto Legislativo 1561/1995 sobre jornadas especiales. En la segunda, nos encontramos ante el personal de mantenimiento de una empresa de ascensores que una de cada cuatro semanas, veían ampliada su jornada laboral media hora más de Lunes a Viernes, y además se les privaba de disfrutar de sus 15 minutos de pausa diaria. La razón era que estos asalariados se encontraban en situación de guardia, y por lo tanto, debían de atender aquellas averías de ascensores de carácter urgente.

ende, tampoco sobre si este debía de ser considerado como tiempo trabajo efectivo o no. Fue la Ley 4/1983 de 29 de junio, la que modificó el precepto, cambiando los párrafos primero y segundo del apartado 2 del artículo 34; y con ello, introdujo la posibilidad de que el asueto se considerase como tiempo de trabajo efectivo, siempre y cuando se hubiese llegado a un acuerdo individual o colectivo entre empresarios y empleados.

El estatuto de los trabajadores vigente, mantiene la misma postura, lo que supone que como norma general, el tiempo dedicado al asueto al que nos referimos, no deberá de recibir la consideración de tiempo de trabajo efectivo, salvo que el contrato o el convenio colectivo dispongan lo contrario. De esta manera, si nos encontramos ante un supuesto en el que ni pacto ni norma convencional dispongan nada, el periodo no deberá de ser considerado como tiempo de trabajo efectivo, y la consecuencia de ello será que, el final de la jornada diaria del asalariado que se encuentre en esta situación, deberá extenderse tanto como hubiese durado el descanso¹⁰⁷. No obstante, si se pactase que el periodo de asueto, computase como efectivo, la jornada diaria del empleado se vería acortada tanto como hubiese durado el reposo¹⁰⁸.

En una zona intermedia, se encuentra el supuesto de una relación laboral en la cual la pausa no recibe la consideración de tiempo de trabajo; y en la que, además, el empresario no obliga a alargar el final del día laboral. La problemática deviene cuando el empleador deja sin efecto esta práctica, y obliga a los trabajadores a recuperar esas interrupciones, por lo que los asalariados consideran que se está vulnerando su derecho, al considerar que se encontraban ante una “condición más beneficiosa”. La jurisprudencia se ha encargado de dar respuesta a esta problemática, entendiendo que solo se produce tal transgresión, cuando el descanso intra-jornada ha recibido la consideración de tiempo de trabajo efectivo de manera expresa (en virtud de convenio o pacto individual) o bien de manera tácita. No obstante, esta segunda vía requiere de una manifiesta e inequívoca voluntad por parte del empresario de otorgar tal beneficio. Por esta razón, no es suficiente con un mero comportamiento tolerante por parte del empleador; puesto que debe existir

¹⁰⁷De esta manera, si un trabajador realiza una jornada de 8 horas, y disfruta de un descanso de 30 minutos, si el tiempo de trabajo no se considera como efectivo, puede que la jornada se extienda hasta la duración de 8 horas y media.

¹⁰⁸RODRÍGUEZ PASTOR, G., op. Cit., p. 214. Encontramos ejemplo de ello en el artículo 42.1 del Convenio Colectivo general de la Industria Química, que recoge que: “*Las Empresas que tengan establecidos tiempos de descanso («bocadillo») como tiempo efectivo de trabajo, cuantificarán su duración anual y esta cuantía se deducirá de la duración de su jornada actual, a efectos de la determinación de la jornada anual efectiva*”,

prueba inequívoca de que la intención del empresario fue en todo momento la de otorgar a sus trabajadores un derecho que mejore lo pactado¹⁰⁹.

La consideración de la pausa como tiempo de trabajo efectivo, conlleva necesariamente la retribución del mismo a cargo del empresario. La cuantía será la misma que la que recibiese el trabajador por la realización de una hora ordinaria. La Ley 16/1976 de relaciones laborales contenía una mención precisa sobre este extremo, al establecer que la interrupción debía de ser retribuida, pero excluyendo de tal percepción los complementos salariales de calidad y cantidad¹¹⁰. No obstante, la regulación vigente no se pronuncia al respecto, por lo que cabe la posibilidad de que las partes puedan pactar la monetización del asueto, pero acudiendo a la fórmula de la primitiva ley a la que hemos hecho referencia¹¹¹.

Llegados a este punto parece conveniente poner de manifiesto que, pese a que la consideración de la pausa para el bocadillo como tiempo de trabajo tiene como consecuencia el pago de la misma; dicha relación no se produce a la inversa, ya que cabe la posibilidad de que empresario y empleado acuerden el pago del descanso, pero el mismo no reciba la consideración referida. Esta

¹⁰⁹En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo 5516/2014 de 24 de noviembre de 2014. (Rec. 317/2013) que literalmente entiende que: *“la doctrina de la Sala se resume diciendo que el reconocimiento de una condición más beneficiosa requiere la existencia de una voluntad inequívoca de su concesión, un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y que se pruebe la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social”*. En la misma línea, y recopilando los requisitos para que se tenga por existente una condición más beneficiosa, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 1489/2013 de 4 de marzo de 2013, (Rec. 4/2012) que dice que: *“a).- Para empezar, destaquemos que no siempre resulta tarea sencilla determinar si nos hallamos en presencia de una CMB, pues es necesario analizar todos los factores y elementos para saber, en primer lugar, si existe la sucesión de actos o situaciones en la que se quiere basar el derecho, y en segundo lugar, si realmente es la voluntad de las partes, en este caso de la empresa, el origen de tales situaciones b).- Tampoco es ocioso recordar que si bien la construcción de la figura de la CMB (...) se configuró inicialmente con un carácter individual, sin embargo se fue ampliando al admitir la posibilidad de que el beneficio ofertado sin “contraprestación” se concediese también a una pluralidad de trabajadores, siempre que naciese de ofrecimiento unilateral del empresario, que aceptado se incorpora a los respectivos contratos de trabajo(...). c).- La CMB requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por «un acto de voluntad constitutivo» de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. d).- En todo caso ha de tenerse en cuenta que lo decisivo es la existencia de voluntad empresarial para incorporarla al nexo contractual y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute, por lo que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad de atribuir un derecho al trabajador. Y e).- Finalmente, reconocida una CMB, la misma se incorpora al nexo contractual e impide poder extraerla del mismo por decisión del empresario, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito”*.

¹¹⁰Artículo 23.6 *in fine* de la Ley 16/1976 de 8 de abril de relaciones laborales.

¹¹¹En este sentido, se pronuncia BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *op. Cit.*, p. 259.

posibilidad se justifica debido a que la consideración de la pausa como trabajo efectivo, y su carácter retribuido, son cuestiones parcialmente independientes¹¹².

Para finalizar, y con motivo de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2019 de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, parece conveniente hacer mención a la modificación que ha sufrido el E.T en virtud de su artículo 10. El precepto, añade al Estatuto un apartado nuevo al artículo 34¹¹³. La modificación obliga a los empresarios a llevar un registro diario de jornada que debe incluir la hora de inicio y finalización de la misma. No obstante, no se pronuncia al respecto sobre la necesidad de controlar el principio y fin de la pausa intra-jornada, por lo que parece recomendable llevar a cabo el control de cualquier salida y entrada del centro de trabajo a fin de evitar posibles sanciones por parte de la Inspección de trabajo y; para proteger los intereses de los asalariados.

4.2. Descanso inter-jornadas

La Directiva objeto de estudio reviste especial importancia. puesto que en ella vienen regulados los períodos mínimos de descanso entre jornadas que corresponde a los trabajadores. La existencia de estos límites, impide a las legislaciones, o bien a la vía convencional individual o colectiva, establecer condiciones que empeoren las ya determinadas. El artículo tercero recoge lo siguiente : *“Los Estados Miembros adoptaran las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro”*.

El descanso entre jornadas ha sido desarrollado legalmente como uno de los derechos básicos que forman parte del estatuto profesional del trabajador. En nuestra legislación su regulación está directamente conectada con la Constitución Española, la cual exige a los poderes públicos el fomento de políticas que garanticen el descanso necesario de los trabajadores, mediante la limitación de la jornada laboral¹¹⁴.

¹¹²NORES TORRES, L.E.: *op. Cit.*, p.106.

¹¹³Artículo 34.9 del E.T. *“La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”*.

¹¹⁴Art. 40.2 de la Constitución Española

En España, el descanso que se produce entre jornadas viene regulado en el artículo 34.3 Estatuto de los Trabajadores, el cual prevé que: “*Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán como mínimo doce horas*” A la vista de lo que estipula este precepto, vemos que nuestra legislación es más favorable que lo que establece la Directiva reguladora del tiempo de trabajo¹¹⁵.

El artículo 34.2 de la normativa española reguladora de la materia, establece la posibilidad de que, mediante convenio colectivo o acuerdo suscrito entre la empresa y los trabajadores, se pacte una distribución irregular de la jornada de trabajo siempre y cuando se respeten los períodos mínimos de descanso, diarios y semanales, y debiendo ser conocida por el asalariado con un preaviso mínimo de 5 días.

Para finalizar el ET hace una última alusión al descanso entre jornadas relacionándolo con la determinación del número máximo de horas ordinarias que tendrán la consideración de trabajo efectivo, estableciendo el límite en nueve. Pero una vez más la normativa deja abierta la posibilidad de eludir este tope mediante convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los trabajadores, siempre y cuando la negociación respete las normas mínimas dispuestas al efecto¹¹⁶. Ahora bien, esta previsión goza de un carácter general ya que, en determinados supuestos; como son el trabajo nocturno o el trabajo desempeñado por menores de 18 años, la determinación del tiempo de trabajo es más rígida. Ejemplo de lo anterior, es el límite de 8 horas de trabajo efectivo al que se ven sujetos los menores de 18 años.

Una vez que hemos visto la interconexión que se produce entre ambas instituciones, derecho a un descanso intra-jornadas y jornada diaria, es necesario continuar con el análisis del período de reposo que en sí establece el artículo 34.4 del ET, es decir, las 12 horas ininterrumpidas.

Aspecto importante llegados a este punto es el de determinar en qué momento han de ser disfrutadas las 12 horas correspondientes al reposo diario. El artículo 34.3 no establece uno exacto, lo que sí recoge es que el asueto se tendrá por cumplido si entre ambos días laborables se descansa ese tiempo, con independencia del horario en el que se produzca¹¹⁷. Véase el supuesto de un trabajador el cual desempeña su labor en horario nocturno y otro que realice el mismo en turno de

¹¹⁵Aunque el E.T difiera en su artículo 34.3 de lo que exige el artículo 3 de la Directiva 2003/88, vemos que esto es posible gracias al artículo 15 de la propia norma europea ya que este precepto deja abierta la posibilidad a los Estados Miembros de establecer o aplicar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas siempre que sean más favorables para los trabajadores

¹¹⁶Artículo 34.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹¹⁷LÓPEZ AHUMADA, J.E., *op. Cit.*, p.43

mañana. Ambos trabajadores han de disfrutar del mismo período de descanso inter-jornada, pero el momento en el que lo lleven a cabo será diferente. Cabe la posibilidad de que el período de descanso sea diurno o nocturno en su totalidad o; mixto, lo que supone una combinación de ambas fases del día en el mismo asueto¹¹⁸.

Originariamente, la determinación del instante en el que se debía de disfrutar el descanso inter-jornada era una potestad que correspondía al empresario¹¹⁹. En la actualidad, se ha abierto la posibilidad de regular esta materia a través de la negociación colectiva; no obstante, la fijación del periodo exacto en el que se disfrutará el reposo, suele ser tomada por el empleador, ya que este tipo de elección está dentro de las facultades que le corresponden en el ejercicio de su poder de dirección, pero siempre con los límites jurídicos que le son impuestos a través de la legislación y de la normativa convencional.

Como ya hemos visto, el período de descanso puede ser diurno, nocturno o mixto. Llegados a éste punto parece oportuno replantearse cual de ellos sería el momento más adecuado para el bienestar del asalariado, ya que no hay que dejar de lado la finalidad de la regulación del tiempo de trabajo: proteger la seguridad y salud de los asalariados.

El noctívago debería de ser el instante en el que se produjese tal circunstancia. La justificación de esta premisa, tiene como base un factor médico y otro social. En relación con el primero de ellos, entendemos que el disfrute del asueto durante las horas en las que transcurre la noche, es beneficioso para la salud del trabajador ya que el transcurrido en periodo matutino o con una combinación de ambos instantes, altera los ritmos biológicos del ser humano, provocando en él problemas de diversa índole como: trastorno del sueño; alteración del metabolismo; y en el peor de los casos, diabetes de tipo 2¹²⁰. Respecto al segundo, el descanso inter-jornada que se desempeñe en horario diurno, puede ser perjudicial para el asalariado al alterar sus relaciones con terceros, al impedir a este vivir en sociedad de la misma manera en la que lo puede hacer una persona que desempeñe una actividad laboral que le permita descansar en horas nocturnas.

Una vez que ha quedado fijado el período de las 12 horas de descanso y sabiendo que las mismas han de disfrutarse de manera ininterrumpida, la cuestión que aquí nos atañe es la de

¹¹⁸GARCÍA NINET, J.I. "Jornada", en AAVV, (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los Trabajadores*, Acarl, Madrid, 1993, p.120.

¹¹⁹LÓPEZ AHUMADA, J.E., *op. Cit.*, p.43.

¹²⁰HAMMOND, C., *¿Realmente es malo trabajar por la noche?* 27.09.2014 (en línea), http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140926_vert_fut_mitos_medicos_turnos_noche_finde_ch. (Consulta 8 de abril).

determinar a partir cuando se inicia el computo de las mismas. La controversia parece que no reviste de especial complejidad, ya que empieza cuando haya finalizado el tiempo de trabajo ordinario pactado entre trabajador y empresa. Dicho acuerdo puede venir reflejado en los convenios colectivos, en los acuerdos de empresa o en los contratos de trabajo. Aunque esta afirmación está sujeta a excepción puesto que no siempre coincidirán fin de la jornada ordinaria, con inicio del asueto inter-jornadas. Piénsese en el supuesto de que el trabajador se vea en la obligación de realizar horas extraordinarias para combatir siniestros y reparar daños que hayan tenido lugar en el centro de trabajo ¹²¹, teniendo como consecuencia directa la minoración del reposo que debería de corresponder al asalariado.

Para el supuesto de que los trabajadores tengan que desempeñar su labor más allá de su jornada ordinaria, y en consonancia con la normativa tanto Europea como Española, se prevé un sistema de compensación aplicable para que se cumpla el descanso diario del asalariado. El artículo 17.1 de la Directiva 2003/88/CE establece que: *“Desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 3 a 6, 8 y 16 cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida”* y en consonancia con lo que recoge el artículo 17.2: *“siempre que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate”* vemos que para determinados tipos de trabajos debido a las características especiales de la actividad realizada, cabe excepción en cuanto a la duración del descanso entre jornadas siempre y cuando se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorios a los empleados en cuestión.

En la legislación Española, ésta posibilidad viene contemplada en el artículo 34.7 del Estatuto de los Trabajadores, el cual dice que: *“El Gobierno, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran”*.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 34.7 del E.T se publica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en adelante RJE, el cual en su artículo 2.1 párrafo 1º estipula que: *“Las reducciones contempladas en este Real Decreto de los descansos entre jornadas y semanal previstos en los artículos 34, apartado 3, y 37, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores deberán ser*

¹²¹Téngase en cuenta, que la realización de horas extraordinarias para reparar daños o siniestros que se hayan producido en la empresa, no contabiliza a efectos de la duración máxima de la jornada diaria, ni tampoco para el computo del número máximo de horas extraordinarias permitidas. Esto es posible debido a lo recogido en el artículo 35.3 del Estatuto de los trabajadores.

compensadas mediante descansos alternativos, de duración no inferior a la reducción experimentada, a disfrutar dentro de los períodos de referencia que en cada caso se señalan, en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto”.

Este precepto prevé una regla básica de compensación para los supuestos en los que se produce una merma del descanso diario. El único problema que plantea esta previsión normativa es que no ofrece uno general del asunto en cuestión, sino que sólo es aplicable a los trabajos que vienen recogidos en la normativa especial. Ésta situación también se contempla en la Directiva 2003/88 al recoger en su artículo 17.2 la posibilidad de establecer excepciones a disposiciones de la norma; como por ejemplo el límite de trabajo y el descanso semanal, no obstante, las mismas quedan sujetas a que se otorgue a los trabajadores un periodo de asueto compensatorio o bien, si no fuese probable, una protección equivalente.

El RJE, en el artículo ya citado, establece la posibilidad de creación de condiciones específicas de compensar el no disfrutado siempre que se respeten los límites legales de referencia. Desde un punto de vista empresarial, el descanso entre jornadas tiene que desarrollarse de la forma más adecuada posible puesto que esto repercutirá un beneficio para la empresa, ya que el trabajador se repondrá del esfuerzo realizado durante la semana teniendo ello como consecuencia inmediata la disposición de trabajadores en mejores condiciones físicas y psíquicas para desarrollar la labor que les es encomendada.

Otra cuestión a resolver es la de determinar el momento en el que ha de disfrutarse el periodo de descanso sustitutivo. La compensación del descanso debería realizarse de manera preferible en los días siguientes, para no perjudicar de manera notoria los descansos del trabajador¹²². Esta postura también es defendida por la jurisprudencia minoritaria, que es partidaria de la compensación descanso diario mediante la reducción de la jornada siguiente¹²³.

Para finalizar con el análisis del artículo 2 del RJE, vemos como en su apartado segundo, párrafo primero establece una prohibición a la hora de compensar económicamente el descanso. Pero dicha prohibición también esta sometida a excepción, es decir, cabe la posibilidad de compensar económicamente el descanso para el supuesto de finalización del contrato por circunstancias ajenas a la duración normal del contrato de trabajo.

¹²²Véase artículo 3 Directiva 2003/88 “*in fine*” cuando estipula que: “11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas.

¹²³Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 246/1997, de 23 de octubre de 1997, (Rec. 242/1997).

Una vez explicado el régimen jurídico del descanso diario aplicable con carácter general, hay que detallar que hay determinados sectores que tienen su propia regulación fuera de la Directiva 2003/88, ejemplo de ello es el trabajo en el mar, regulado en la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo aplicable a la gente del mar, suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST). La transposición de la misma al ordenamiento jurídico español se realizó mediante la modificación del RJE por el Real Decreto 285/2005, de 22 de marzo y en virtud del Real Decreto 525/2002 de 14 de junio.

La Directiva 1999/63/CE se dirige a la gente del mar que preste servicios a bordo de buques de navegación marítima, de propiedad pública o privada, registrados en el territorio de cualquier Estado miembro. Establece los mismos sujetos el artículo 15.1 del RJE, pero excluye al capitán o persona que ejerza el mando de la nave, ya que la regulación de sus condiciones de descanso se determinará en su contrato de trabajo y respetará los usos observados en el trabajo del mar¹²⁴.

La duración de las jornadas diarias no podrá superar las 12 horas, incluidas las horas extraordinarias¹²⁵. Dicha norma general admite excepciones. Por un lado, en los casos de fuerza mayor, y de otro, en los supuestos de necesidad de provisión de víveres o combustible, o en los casos de descarga urgente de la mercancía, o debido a las necesarias maniobras de atraque en el puerto¹²⁶. No obstante, la duración total de la jornada no puede ser superior a 14 horas en un período de referencia de 24.

Una vez determinada la duración máxima de la jornada a la que puede someterse este tipo de trabajadores, el resto de tiempo que no se dedica a la actividad laboral ha de ser considerado como descanso. La regulación del descanso para los trabajadores del mar viene en la Directiva 1999/63/CE, en la cláusula 2ªb), que define las horas de descanso como aquellas que no están comprendidas en las horas de trabajo. Por lo que podemos concluir que el objeto de esta previsión normativa es el de esclarecer qué podemos entender por tiempo de trabajo efectivo, tiempo de mera disposición y tiempo de descanso, para aquellos trabajadores que desempeñen sus labores en el mar.

¹²⁴Art. 15.2 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

¹²⁵Art. 16 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

¹²⁶Art. 16.1, b) del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

4.3 Descanso semanal

Antes de abordar el régimen jurídico que corresponde a éste apartado, vamos a definir el concepto “Descanso Semanal” conforme a lo establecido en la Directiva 2003/88/CE y al Estatuto de Trabajadores.

La Directiva regula en su artículo 5 que: *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3.*

Cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de 24 horas”.

En base a lo que dicta este precepto, vemos como son los Estados Miembros los que mediante su legislación interna han de garantizar el período mínimo de descanso semanal del cual han de disfrutar los trabajadores.

Acudiendo a la normativa española, en concreto al Estatuto de los Trabajadores, vemos en su artículo 37.1 que: *“Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpido”.*

De la dicción literal del primer párrafo del precepto, podemos ver cómo el legislador español define el descanso laboral como un reposo mínimo, cuya duración es de día y medio completo, que se disfrutará, si es posible, el domingo. A este instante, habrá que sumarle la mitad de descanso que corresponderá con la tarde del sábado o la mañana del lunes, según esté pactado.

Comparando la regulación contenida en ambas normas, vemos que lo que dispone el E.T difiere de lo que exige la Directiva, pero este cambio es posible debido a que el artículo 15 de la norma europea da la posibilidad a los Estados Miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas diferentes a las contenidas en la Directiva, siempre que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. En este supuesto, el régimen jurídico es más beneficioso para los trabajadores puesto que exige que el descanso sea de, como mínimo, día y medio ininterrumpido, es decir, 36 horas de las que gozará el trabajador, mientras que la Directiva exige 24 horas a las que se le añadirán 11 horas correspondientes al periodo de asueto diario, disfrutando el asalariado en éste caso de una hora menos de asueto.

Continuando con el análisis de ambas normas, vemos que el E.T introduce una excepción al artículo 5 de la Directiva el cual dispone que: “*disfruten por cada período de 7 días de un descanso ininterrumpido de 24 horas*” mientras que la norma interna amplía ese período de referencia a 14 días. La posibilidad de introducir un periodo de referencia superior al de 7 días viene recogida en el artículo 16.a) de la Directiva, estableciendo un límite de 14 días para la aplicación del descanso semanal. Además, la jurisprudencia del TJUE también se ha pronunciado sobre este asunto cuando en la *Sentencia del 9 de noviembre de 2017, asunto Maio c-306/16* consideró que la expresión “por cada período de 7 días” debía entenderse como concepto autónomo del Derecho de la Unión y debe interpretarse de manera uniforme. De la literalidad del precepto interpreta el TJUE que los trabajadores tienen la obligación de disfrutar por cada 7 días, de un período mínimo de descanso, pero no precisa el momento en que debe disfrutarse del mismo. Se concede, por lo tanto, cierto grado de flexibilidad a la hora de elegir dicho momento¹²⁷.

El reposo semanal goza de dos aspectos esenciales. El primero de ellos es, que el asueto ha de ser disfrutado de manera ininterrumpida; el segundo es el referido a su necesidad, ya que el descanso ha de ser disfrutado por el trabajador de manera obligatoria.. En la misma línea, el artículo 2. 9) recoge la definición de descanso adecuado, siendo este: “*períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo*”. Por lo que, a la vista de ambos preceptos, contemplamos que la exigencia de que el descanso se disfrute sin interrupciones y que ello sea obligatorio, viene impuesta por la normativa europea.

El carácter necesario del descanso semanal en nuestro ordenamiento jurídico se refuerza en virtud de la calificación del incumplimiento del descanso semanal, como infracción laboral grave¹²⁸. No solo es necesario, sino que también ha de ser ininterrumpido, presupuesto que es inderogable en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha afirmación se fundamenta en la propia naturaleza jurídica del asueto, ya que en caso contrario se truncaría la finalidad misma del derecho, esto es, facilitar semanalmente un período de reposo al trabajador¹²⁹. La prohibición de interrupción no se corresponde expresamente con la duración total del descanso semanal, que es de día y medio, sino

¹²⁷ El TJUE se pronuncia sobre el disfrute del descanso semanal, 15.11.2017 (En línea), http://www.elderecho.com/actualidad/descanso_semanal-vacaciones-tiempo_de_trabajo_0_1158375255.html (Consulta el 13 de abril).

¹²⁸ Artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

¹²⁹ Gil y Gil, J.L., “El descanso semanal”, en AAVV, “Estudios sobre la Jornada de Trabajo” (Dir De la Villa GIL, L. E.) Acarl, Madrid, 1991 p.615.

que exige, al menos, que el reposo continuo del trabajador corresponda a un día completo. Ello supone que, con carácter general no se podrá interrumpir el periodo de receso durante la media noche de un día hasta la media noche del siguiente, a excepción del supuesto del trabajo nocturno. Así pues, cabe la posibilidad de separar el medio día de asueto y acumularlo a otro medio día a fin de conseguir un día completo, en un período de referencia de 14 días¹³⁰.

La necesidad de preservar la duración del descanso como un contenido rígido ha llevado a establecer límites a la disposición que regula esta materia. Cabe la posibilidad de que los trabajadores vean reducido el tiempo de asueto que les corresponde por semana. Esa circunstancia solo es posible conforme a la Directiva 2003/88/CE para los supuestos en los que concurran causas justificativas en virtud de razones técnicas o de organización del trabajo, estableciéndose un periodo mínimo de veinticuatro horas de descanso¹³¹. Esta cláusula se aplica a las 36 horas semanales, reduciéndose a 24 como máximo, para así garantizar el día de disfrute ininterrumpido que corresponde a los trabajadores.

Cuestión importante, al igual que vimos con el Descanso diario, es la de determinar el momento en el que se iniciará este periodo de reposo semanal del que han de disfrutar los trabajadores. En España, el legislador prevé que el día completo de descanso semanal se corresponda como regla general, con el domingo, y partiendo de esa premisa; la elección del medio día de asueto restante, deja abierta la posibilidad a la negociación individual y colectiva de acordar que dicho lapso se corresponda con la tarde del sábado, o bien la mañana del lunes.. La determinación del medio día no es un criterio totalmente rígido, ya que es posible introducir reglas de cómputo irregular del mismo en periodos de referencia de hasta 14 días.

Como es lógico una vez que se haya pactado el día de disfrute que corresponderá al medio día de asueto, ya sea mediante pacto colectivo o individual, se consolidará el derecho al descanso semanal¹³². A partir del momento en el que se haya realizado el pacto entre trabajador y empresario, se restringe la posible alteración empresarial del periodo de asueto, y consecuencia de ello es que cualquier modificación que quiera realizar el empleador tendrá que llevarse a cabo en virtud de un nuevo acuerdo modificatorio de carácter colectivo o individual¹³³.

¹³⁰Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de diciembre de 1999, Rec. (4833/1996).

¹³¹Art. 5 par 3º Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

¹³²LÓPEZ AHUMADA, J.E., *op. Cit.*, p.115.

¹³³Art 41 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Aunque como regla general, según el artículo 37.1 del E.T, el descanso semanal comprenderá el domingo y el sábado por la tarde o el lunes por la mañana, la norma prevé otras fijaciones del descanso en otros días de la semana, es decir, que el reposo se realice durante días distintos a los determinados en la normativa. Esta modificación puede realizarse mediante negociación colectiva, contrato de trabajo o costumbre laboral. El desempeño del trabajo dominical, al ser este el día más común del descanso semanal, conlleva a regímenes particulares de descanso sustitutivo incrementado y mejoras salariales, es decir, aquel trabajador que realice su jornada ordinaria en domingo, podrá ser compensado mediante un periodo de reposo incrementado en más tiempo, o bien remunerando la labor con un salario superior al que percibiría si realizase el trabajo un día distinto de la semana, es decir, estamos un plus salarial.

Llegados a este punto, hay que replantearse si es posible trabajar excepcionalmente durante el período destinado al descanso semanal. La respuesta a ésta cuestión viene dada por el artículo 17 de la Directiva 2003/88 el cual abre la posibilidad de que las legislaciones nacionales establezcan salvedades en estas circunstancias. No hay que confundir alteración del régimen del descanso semanal, es decir, desplazar el asueto a otro día de la semana, con amortización del mismo. El segundo supuesto vulneraría lo establecido en el artículo 37.1 del E.T. La determinación de los compensatorios necesita de una regulación jurídica de carácter mínimo que prevea la aplicación de los mismos.

En base a lo establecido en el anterior apartado, vamos a abordar éste asunto desde dos puntos de vista diferentes: el primero, que corresponde a los supuestos de imposibilidad de disfrute del descanso semanal y su sustitución por descanso compensatorio, y el segundo, a los de finalización de la relación laboral y la compensación económica del descanso semanal.

a) Supuestos de imposibilidad de disfrute del descanso semanal y su posible sustitución por descanso compensatorio.

En la compensación del descanso semanal, la posibilidad abierta por la Directiva 2003/88 CE de computar el asueto en un período de catorce días podría avalar una interpretación más flexible de la alteración del día o de los días concretos en los que se disfrutará el reposo. Con ello, lo que se permite es la habilitación de un margen de modificación de los días de descanso de los asalariados siempre que el periodo de asueto del que no han podido disfrutar se vea compensado por un tiempo no inferior al suprimido y en el período de catorce días que exige la norma europea, así como en nuestra normativa.

De la normativa laboral vigente, vemos como la imposibilidad del disfrute del reposo semanal correspondiente es compensado con un período de descanso sustitutivo estando prohibida la remuneración económica del mismo, ya que con ello caeríamos en una monetización del descanso, salvo en los supuestos de finalización de la relación laboral. Estamos pues ante el principio de descanso efectivo, que emana directamente del deber de “garantizar el descanso necesario” que viene recogido en la Carta Magna¹³⁴.

Como ya hemos expuesto anteriormente, el descanso que no se haya disfrutado por parte del trabajador, no puede ser sustituido por una retribución económica. Tal afirmación se deduce de la propia Directiva 2003/88 reguladora del tiempo de trabajo, ya que entiende que el disfrute efectivo de la interrupción semanal, es la mejor manera de recuperar las fuerzas desplegadas en el desarrollo del trabajo y por ello, la más adecuada de proteger la salud de los trabajadores. En cuanto a la legislación nacional, el artículo 37.1 del E.T no recoge de manera explícita el término “descanso compensatorio”, pero, se puede entender de manera implícita el mismo, ya que, consagra de manera imperativa el derecho necesario al descanso semanal, puesto que, si no se pudo disfrutar el descanso será preciso desplazarlo a otros días.

La posibilidad de trabajar en los días destinados al descanso semanal también viene dada por la negociación colectiva, pero siempre en virtud de causa justificada y siempre y cuando no suponga una minoración o supresión del día de descanso semanal¹³⁵ y se garantice un período de asueto equivalente en un período máximo de 14 días. Dicho reposo sustitutivo no podrá ser inferior a la reducción producida en la duración del reposo semanal y se evitará cualquier modalidad de compensación económica del descanso no disfrutado¹³⁶.

b) *Supuestos de finalización de la relación laboral y la compensación económica del descanso semanal*

Como excepción a la norma general de descanso efectivo, una vez extinguida la relación laboral, el trabajador tiene derecho al pago del salario del asueto semanal en proporción al tiempo trabajado durante la semana, debido a la imposibilidad de conceder el descanso compensatorio que correspondería si no se hubiese producido la extinción del vínculo contractual¹³⁷.

¹³⁴ Art. 40.2 C.E.

¹³⁵ Artículo 48 Convenio Colectivo industrias cárnicas (BOE 11/2/2016).

¹³⁶ Sentencia Tribunal Superior de Justicia Málaga 527/2001, de 23 de marzo de 2001, Rec. (3/2000).

¹³⁷ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid 173/1998, de 5 de marzo de 1998, Rec. (3455/1997).

Este devengo salarial tiene en cuenta las jornadas trabajadas, así como la remuneración de la parte proporcional correspondiente al descanso semanal. El pago en metálico de la fracción correspondiente al descanso semanal ha de darse en cualquier supuesto de extinción del contrato de trabajo, bien sea por finalización del mismo por causas distintas a la duración prevista en el contrato, o por los supuestos de despido, con independencia de su carácter procedente, improcedente o nulo. En cuanto al disciplinario, la posible culpabilidad inherente al acto extintivo es independiente de la remuneración correspondiente al descanso semanal.

Podemos concluir, que la retribución económica correspondiente al descanso semanal es una contraprestación empresarial debida con anterioridad a la decisión empresarial¹³⁸.

Una vez explicado el régimen jurídico del descanso semanal aplicable con carácter general, hay que detallar que hay determinados sectores que tienen su propia regulación fuera de la Directiva 2003/88, ejemplo de ello es el trabajo en el mar, recogido en la Directiva 1999/63/CE. Hay que distinguir llegados a este punto dos subsectores, la marina mercante y la marina de pesca. Existen, para ambas normas comunes y otras especiales para cada subsector, pero en materia de asueto semanal, no se establece ninguna distinción.

La ordenación del tiempo de trabajo para aquellas personas que desempeñen este tipo de labores viene regulada en la ya mencionada Directiva 1999/63/CE. La cláusula segunda de la misma, entiende el concepto “horas de descanso” como: *“el tiempo no comprendido en las horas de trabajo”*.

El régimen jurídico del descanso semanal viene recogido en las cláusulas 4ª y 5ª. En virtud de la primera, se entiende que a los operarios que desempeñen su labor en el mar se les ha de garantizar como mínimo un descanso ininterrumpido de 24 horas en un período de 7 días. En cuanto a la segunda citada, se limita a establecer un período mínimo de descanso semanal que no podrá ser inferior a 77 horas en un período de 7 día; de las cuales, 24 tienen que ser obligatoriamente ininterrumpidas.

Para finalizar, con el análisis de la cláusula 6ª, es menester hacer referencia a lo que introduce su inciso 4º, que dice así: *“Los marinos que deban permanecer en situación de disponibilidad, por ejemplo, por encontrarse desatendida una sala de maquinaria, tendrán derecho a un período de descanso compensatorio adecuado si, por requerirse sus servicios, resultara perturbado su período de descanso.”* En virtud del texto vemos como se establece una obligación de compensar el trabajo desempeñado en los días que corresponden al

¹³⁸ LÓPEZ AHUMADA, J.E., op. Cit., p. 170.

disfrute del descanso, en este caso semanal, es decir, cabe excepción, siempre y cuando la minoración de su reposo se vea compensada en los días siguientes.

4.4 Vacaciones anuales

La Organización Internacional del trabajo ya se pronunció sobre esta materia al respecto a través de la publicación de su Convenio número 132. Esta norma está comprendida por 24 artículos. Las disposiciones otorgan a los trabajadores beneficios de diversa índole, como por ejemplo

- c) Las vacaciones deben de ser pagadas¹³⁹;
- d) La duración del asueto nunca podrá ser inferior a tres semanas laborales por año trabajado¹⁴⁰;
- e) En el caso de no cumplir con la exigencia de la anualidad, todo asalariado tendrá derecho a la parte proporcional que le corresponda¹⁴¹.

Como demostraremos más adelante, la normativa, tanto europea como española, se adaptan a lo dispuesto por la norma redactada por la OIT. Antes de abordar el régimen jurídico que corresponde a éste apartado, vamos a definir el concepto “Vacaciones Anuales” conforme a lo establecido en la Directiva 2003/88/CE. El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE establece que:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral”.

A la vista de lo que viene recogido en el precepto, vemos que la Unión Europea establece un período de descanso mínimo de 28 días. Sin embargo, no especifica si esos en el cómputo de esos días se han de tener en cuenta los laborables, no laborables o festivos, por lo que parece lógico concluir que han de ser considerados como naturales.

Además, vemos como la Directiva establece en el segundo apartado del artículo objeto de análisis una prohibición, la cual consiste en la imposibilidad de sustituir el período de tiempo que debería de ser disfrutado por el trabajador en concepto de vacaciones por una retribución económica.

¹³⁹Art. 3.1 del Convenio número 132 de la OIT.

¹⁴⁰Art 3.3 del Convenio número 132 de la OIT.

¹⁴¹Art. 4.1 del convenio número 132 de la OIT.

En cuanto a nuestra legislación, la regulación de este tiempo viene recogida tanto en la Carta Magna, así como en el Estatuto de los Trabajadores. El artículo 40.2 de la Constitución establece que: *“Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”*. De la dicción literal del precepto podemos afirmar que una de las obligaciones de los poderes públicos para con los trabajadores es garantizarles un período de descanso que además ha de ser retribuido, ya que como hemos visto, ese asueto es de carácter necesario y su disfrute es ineludible. Este período de descanso se otorga al asalariado para que pueda disfrutar de un tiempo ocio y recupere las energías perdidas durante la jornada anual de trabajo. La jurisprudencia entiende que el beneficio de las vacaciones para el trabajador es el siguiente: *“recuperarse del desgaste fisiológico producido por su actividad laboral, así como un tiempo de esparcimiento o desalienación”*¹⁴²

A la vista del Estatuto de los trabajadores, vemos que el artículo 38 del mismo es el que se encarga de regular de manera más precisa este período de descanso, estableciendo que:

“1. El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.

2. El periodo o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.

En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción social fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente.

El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute”.

Como sucedió con el descanso intra-jornada y el semanal, el régimen jurídico de las vacaciones anuales es también más favorable en la legislación española que en la europea, ya que tras comparar ambos preceptos, vemos como la normativa Europea exige 28 días naturales de reposo, mientras que la española estipula un mínimo de 30 días naturales.

Conforme a lo que estipula el precepto, vemos que, además de la legislación de los Estados Miembros, así como de la Directiva 2003/88/CE, en el desarrollo del régimen jurídico de las vacaciones anuales juega un importante papel tanto la negociación colectiva como la jurisprudencia¹⁴³.

¹⁴²Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1996, Rec.(3084/1995).

¹⁴³Cabeza Pereiro, J, *et alii*, *“La ordenación del tiempo de trabajo”*, Edit. Consello Galego de Relacións Laborais, Santiago de Compostela, 2004.

Como hemos visto, la legislación española contiene un mínimo infranqueable de 30 días naturales, siendo imposible otorgar menos días de descanso al trabajador. Sí cabe la posibilidad, como ya hemos visto, de incrementar el periodo de vacaciones ya que la propia Directiva habilita a los estados miembros a establecer condiciones distintas a las de la misma, siempre que sean más favorables para los trabajadores. En este supuesto, vino dada por el legislador español al dar esa posibilidad mediante la negociación colectiva¹⁴⁴. En determinados convenios equiparan la duración legal de las vacaciones a veinticinco¹⁴⁵ días hábiles, suponiendo una clara mejora a la normativa estatal, ya que a aquellos habría que sumarle los inhábiles, concediéndoles por lo tanto más descanso al trabajador.

Otro aspecto que hay que abordar, es el relativo a la fijación del período de disfrute en el que tendrán lugar las vacaciones, es decir, lo conocido como "calendario de vacaciones". Lo ideal es que se realice, según prevé el legislador, mediante acuerdo entre empresario y trabajador, teniendo en cuenta las particularidades que puedan existir en el convenio sobre la planificación anual de éstos descansos. La prioridad de que la determinación de los días se haga mediante pacto, facilita la conciliación de los intereses de la empresa, con los del trabajador. La única obligación que es impuesta por el legislador a la hora de fijar el período vacacional es que el empresario ha de fijar las vacaciones que le correspondan al trabajador para que éste las conozca mínimo con dos meses de antelación a la fecha de disfrute de las mismas¹⁴⁶.

Además, las vacaciones anuales son de obligado disfrute por parte del trabajador, existiendo para ello una serie de garantías a fin de que el empresario no vulnere este derecho que le pertenece a los asalariados. Vamos a enfocar este apartado desde tres puntos de vista: Garantías de carácter económico, temporal y disciplinario¹⁴⁷.

Garantía de carácter económico: Con ella nos referimos a la que viene introducida por el artículo 7.2 de la Directiva 2003/88 así como en el artículo 38.1 del E.T. En ambos preceptos establecen la prohibición de sustituir el disfrute vacacional a cambio de una remuneración económica. Esta regla está sujeta a excepción: la de la extinción de la relación laboral antes del efectivo disfrute de las

¹⁴⁴Art. 38.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴⁵Apartado IV Artículo 3 Convenio colectivo 3M España S.A.

¹⁴⁶Art. 38.4 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴⁷ Cabeza Pereiro, J, *et alii*, *op cit* p.150.

vacaciones. Es lógico que en éste caso sí quepa una compensación de carácter salarial, ya que es imposible el disfrute del derecho por parte del trabajador.

Garantía de carácter temporal: A lo que se hace mención en este subapartado, es a la imposibilidad de acumulación de dichas vacaciones de manera interanual, es decir, que los días que no se disfruten en un año, sean añadidos a los del siguiente. Para el caso en el que el trabajador no haya disfrutado efectivamente del período vacacional que le corresponde, tendrá que reclamar judicialmente los días no disfrutados antes de que acabe el año en cuestión, ya que, de no hacerse así, el derecho a esas vacaciones caduca irremediabilmente, sin que entonces quepa tampoco compensación económica. En este caso, el gran beneficiado es el empresario, ya que obtiene un enriquecimiento injusto, pues el trabajador ha desempeñado su labor sin descanso anual y además no hay que compensarlo económicamente por ello. Pero no todo es beneficio para el empresario, ya que la transgresión de las normas y los límites pactados en materia de vacaciones anuales, supone incurrir en una de las conductas merecedoras de la calificación de infracción grave¹⁴⁸, con la correspondiente sanción económica que ello acarrea.

Garantía disciplinaria: Estamos ante el supuesto de la disminución de días de disfrute vacacional en forma de sanción por parte del empresario. Esta posibilidad está prohibida en el estatuto de los Trabajadores en su artículo 58.3. Parece lógico que exista este límite al poder disciplinario del empresario en aras a garantizar la consecución de la finalidad del descanso, es decir, cuidar de la salud de los trabajadores.

IV. Excepciones a la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2003/88

1. Introducción

La directiva 2003/88 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, es una cuyo propósito principal es el de proteger la salud y seguridad de los trabajadores¹⁴⁹. No obstante, esta normativa goza de flexibilidad a la hora de aplicar ciertas disposiciones.¹⁵⁰ Consecuencia inmediata de ello, fue la introducción en el texto normativo de las excepciones a la Directiva; las cuales vienen recogidas en sus artículos 14, 17, 18 y 19. A través de estos preceptos, la

¹⁴⁸Artículo 7 del Real Decreto legislativo 5/2000 de 4 de Agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social

¹⁴⁹Considerando 4 de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 18 de noviembre de 2003.

¹⁵⁰Considerando 15 de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 18 de noviembre de 2003.

finalidad que se persigue es la de adaptar los requisitos específicos de ciertas actividades o sectores; al tiempo que proteger a los trabajadores frente a los efectos adversos provocados por unas horas excesivamente prolongadas o un descanso inadecuado¹⁵¹.

La finalidad de las excepciones, es la de conceder la posibilidad de dejar sin aplicación los derechos contenidos en la Directiva en determinadas circunstancias y, con las consecuencias que explicaremos más adelante. Es por ello que, parece conveniente recordar que los privilegios que contiene la norma están protegidos por el artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁵². No obstante, este precepto no ha de ser interpretado de manera individual, sino conjuntamente con el artículo 52.1 del mismo texto. El motivo de la interrelación, es que la restricción no puede ser realizada sin justificación, de manera que el segundo precepto de los citados establece las condiciones y las formalidades que ha de cumplir la acotación¹⁵³.

Antes de dar comienzo a la catalogación y análisis de las excepciones contenidas en la normativa, parece conveniente pronunciarnos sobre las características comunes que poseen. Todas ellas, han sido establecidas de manera jurisprudencial, ya que la Directiva no dispone nada al respecto. En primer lugar, han de haber sido transpuestas correctamente al derecho nacional para poder disfrutar de ellas. La justificación del tribunal es que, debido a que las excepciones son de carácter facultativo, son los Estados Miembros los que han de optar por ejercerlas; ya que el Derecho de la Unión no impone que se establezcan en sus legislaciones¹⁵⁴. No obstante, según la corte judicial Luxemburgo, es posible que no sea necesario que se indique expresamente que nos encontramos ante una transposición, siempre y cuando el Derecho nacional aplicable a una actividad determinada cumpla con los requisitos del artículo 17 de la Directiva,¹⁵⁵. Sin embargo, los países

¹⁵¹Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), *op. Cit.*, p.7

¹⁵²El artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre del año 2000 dispone que: “**Condiciones de trabajo justas y equitativas** 1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

¹⁵³El apartado primero del artículo 51 recoge que: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

¹⁵⁴Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010, Antonino Accardo y otros/Comune di Torino, en el asunto C-227/09, apartado 51.

¹⁵⁵Sentencia en el asunto C-303/98, *op.Cit.*, apartado 44. Pese a que la Sentencia se pronuncia sobre la Directiva 93/104, este criterio persiste en la actualidad.

destinatarios de la norma, tienen que seguir velando para que se protejan los principios generales del Derecho de la Unión, entre los cuales se encuentra el principio de seguridad jurídica; por lo que las excepciones han de aplicarse de manera precisa y clara¹⁵⁶.

En segundo lugar, nos encontramos con una característica restrictiva. El Tribunal entiende que las excepciones han de limitar su alcance a lo estrictamente necesario, puesto que de esta manera, se amparan los intereses que las mismas pretenden proteger¹⁵⁷. Además, a esta condición hay que sumar que las excepciones no se aplican en la totalidad del texto normativo europeo; por el contrario, se limitan a las disposiciones que vienen recogidas taxativamente en la Directiva¹⁵⁸.

Para finalizar con el análisis de los aspectos comunes, hay que comentar el tercer y último de ellos. El tribunal entiende que la aplicación de las excepciones, está supeditada a la concurrencia de requisitos estrictos, cuya finalidad es la de proteger en a seguridad y salud de los trabajadores¹⁵⁹. A pesar de todo esto, la Comisión ha manifestado que, aunque la Directiva establece numerosas condiciones para la aplicación de las excepciones, si son varios los aspectos de la protección los que se pretenden modificar mediante el uso de las mismas; es necesario disponer de medias de protección adicionales, para así garantizar el cumplimiento del propósito de la directiva: Salvaguardar la salud y la seguridad de los asalariados.¹⁶⁰

La clasificación que se va a realizar en las siguientes páginas sigue el criterio que plasma la Comisión Europea en su comunicación informativa sobre la Directiva 2003/88 de 24 de mayo de 2003. Sin embargo, existen otras formas de catalogar las excepciones con base en otros criterios¹⁶¹.

2. Trabajadores Autónomos: Sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma y a su vez a la posibilidad de excepción de la misma

¹⁵⁶Sentencia en el asunto C-227/09, *op. Cit.*, apartado 55.

¹⁵⁷Sentencia en el asunto C-428/09, *op. Cit.*, apartado 40.

¹⁵⁸Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, *op. Cit.*, apartado 77.

¹⁵⁹Sentencia en el asunto C-243/09, *op. Cit.*, apartado 34.

¹⁶⁰Así lo considera la Comisión en la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), *op. cit.*, p. 44.

¹⁶¹Así nos lo muestra PÁZOS PÉREZ. A., “Algunos puntos críticos de la directiva 2003/88/CE sobre tiempo de trabajo” en *Revista española de Derecho del Trabajo*, Núm. 190, 2016, p. 7 a 9. Este autor, acudiendo al Derecho Italiano, nos muestra que hay autores como Vito Leccese que proponen un sistema de clasificación distinto, dividiendo las excepciones en lo que el entiende como: derogaciones condicionadas e incondicionadas, en relación con el perfil causal que las distinga.

Encontramos la referencia a este tipo de asalariados en el artículo 17 de la Directiva; en concreto, en su apartado primero. El precepto establece lo siguiente:

“1. Desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 3 a 6, 8 y 16 cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores, y en particular cuando se trate de:

- a) ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo;*
- b) trabajadores en régimen familiar, o*
- c) trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas”.*

A. Alcance la excepción para los trabajadores autónomos

A la vista de la transcripción literal del precepto, podemos ver que los destinatarios de la Directiva pueden establecer excepciones a los preceptos relativos a: la duración del descanso diario y semanal; al descanso intra-jornada; a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y nocturno; y, a los periodos de referencia. No obstante, solo están permitidas cuando a causa de las características especiales de un empleo, su jornada de trabajo no tenga una duración previamente establecida, o bien; cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores. Nos encontramos por lo tanto ante dos criterios diferentes.

En relación a ellos, tanto la comisión¹⁶² como la jurisprudencia¹⁶³, han entendido que la capacidad de decisión de los empleados tiene que verse reflejada tanto en la cantidad, como en la fijación de las horas que van a trabajar; puesto que si dichas circunstancias no quedan acreditadas, es motivo suficiente para excluir al trabajador del ámbito de aplicación del artículo 17.1. Además, la Corte de Luxemburgo ha precisado que, para que los asalariados puedan ser sujetos de esta

¹⁶²Así lo entiende la Comisión en la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), *op. cit.*, p. 45, al incluir en el ámbito de aplicación de la excepción a abogados de mayor antigüedad en la relación laboral; así como a personal académico, siempre y cuando: “*gocen de una autonomía considerable para establecer su jornada laboral*”.

¹⁶³Sentencia en el asunto C-428/09, *op. Cit.*, apartado 41 a 43. En este litigio, se cuestionó si los trabajadores empleados en centros de vacaciones o de ocio en virtud de un contrato de participación en la educación, estaban incluidos en el ámbito de aplicación de la excepción que contempla el artículo 17. El tribunal respondió de manera negativa a este interrogante, puesto que consideró que no había quedado debidamente probada la autonomía de estos asalariados a la hora de decidir el número de horas que trabajaban;

excepción, la decisión de la duración o la falta de determinación sobre su jornada, ha de producirse en su totalidad; y no solo en torno a un fragmento de la misma¹⁶⁴.

El artículo 17.1 continua su redacción enumerando a 3 categorías específicas de trabajadores, que son: ejecutivos directivos u otras personas con poder de decisión autónomo; aquellos que desempeñan sus labores en régimen familiar, y los que realicen actividades litúrgicas de iglesias o comunidades religiosas. El motivo de tal catálogo es que la norma considera que este tipo de profesiones, otorgan un poder de decisión a sus trabajadores a la hora de determinar la duración de su jornada laboral; y, por lo tanto, son buena muestra de la autonomía que se requiere para que un oficio pueda ser incluido en el ámbito de aplicación de la excepción a la que hacemos referencia. Sin embargo, parece conveniente mencionar, que no todos los trabajadores que se encuentren dentro de las categorías enumeradas, están ser amparados por el artículo 17.1. El motivo de ello es que, por ejemplo, no todos los ejecutivos directivos; o bien, los trabajadores en actividades litúrgicas, reunirán los requisitos necesarios para acogerse a la misma.

No obstante, la dicción literal del precepto muestra que nos encontramos ante una lista *numerus apertus*, al usar la expresión: “*y en particular cuando se trate de...*”; ya que si hubiese pretendido establecer una categoría fija de asalariados afectados por este precepto, habría empleado frases como: “*en el caso de*” o “*solo aplicable a*”. Esto nos permite afirmar que existe la posibilidad de que otro tipo de trabajadores puedan ser destinatarios de la excepción; siempre y cuando, por las características de su profesión, su jornada no tenga una duración establecida previamente o pueda ser fijada por los propios asalariados. Pese a que la jurisprudencia aún no se ha pronunciado sobre algún colectivo distinto al de los 3 citados¹⁶⁵, existen Estados Miembros que han aplicado esta excepción a profesionales diferentes de los contenidos en la Directiva, por ejemplo: Trabajadores que realizan su actividad desde casa¹⁶⁶; aquellos que reciban un salario tres veces superior al

¹⁶⁴Conclusiones de la Abogado General Kokott, de 9 de marzo de 2006, apartados, 23, 24 y 25 sobre la STJCE de 7 de septiembre de 2006 C-484/04. Así mismo, también lo recoge la Sentencia de 7 de septiembre de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, en el asunto C-484/04, apartado 20.

¹⁶⁵Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), *op. cit.*, p. 45, al entender que: “*Hasta el momento no hay jurisprudencia sobre cómo podría aplicarse la excepción del «trabajador autónomo» a los trabajadores en nuevas formas de empleo, como por ejemplo la economía de las plataformas digitales, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva*”.

¹⁶⁶Artículo L.211-3 del Código del trabajo de Luxemburgo.

mínimo¹⁶⁷ o, desempeñe funciones administrativas¹⁶⁸. No obstante, la comisión considera que estos criterios no garantizan el cumplimiento de lo estipulado en la directiva¹⁶⁹.

B. Consecuencias de su aplicación

Debido a que la finalidad de las excepciones es dejar sin efecto las previsiones contenidas en la Directiva, la consecuencia inmediata de encontrarse en el ámbito de aplicación de las mismas no puede ser otra que la no aplicación de lo contenido en los preceptos que enumera el artículo 17.1 de la norma, que son: el artículo 3, relativo al descanso diario; el 4, que se pronuncia sobre las pausas; el 5, regulador de los periodos de descanso semanal; el 8, que contiene previsiones sobre el trabajo nocturno; y, el 16, que dispone los periodos de referencia. Como veremos más adelante, hay un grupo de excepciones que exigen de una contraprestación para su aplicación, es decir, que se otorgue algo a cambio al asalariado¹⁷⁰. No obstante, no podemos decir lo mismo de la dispuesta para los trabajadores autónomos, ya que el precepto no dice nada al respecto; por esta circunstancia, podemos concluir que los empleados de este tipo, no podrán disfrutar de contraprestación alguna, ya que la propia redacción del artículo 17, les excluye de ese beneficio.

3. Excepciones sujetas a condición: descanso compensatorio equivalente o protección adecuada

Antes de analizar las contempladas en este grupo, parece oportuno desarrollar ambos conceptos: Descanso compensatorio "equivalente" y "protección adecuada".

El segundo apartado del artículo 17 establece excepciones a los mismos artículos de la Directiva como hacía el párrafo primero del mismo precepto. Las dos vías que contempla para tal fin son: el establecimiento, a través de procedimientos legales, reglamentarios o administrativos¹⁷¹; o

¹⁶⁷Artículo 2.1:1 en The Working Time Decree, de 4 de diciembre de 1995, de Países Bajos.

¹⁶⁸Artículo 18 a) de la Ley 7/2009, de 12 de febrero de Portugal, (Código del Trabajo de Portugal.

¹⁶⁹Informe de la Comisión de 26 de abril de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2003/88, COM(2017) 254, y el informe detallado, SWD(2017) 204, op. Cit., p. 10 y 11.

¹⁷⁰Por ejemplo, un descanso compensatorio por aquellas horas que haya desempeñado el trabajador, que minoren su descanso diario.

¹⁷¹Ésta es la vía que emplea el artículo 17, en sus párrafos 3,4 y 5.

bien, mediante convenios colectivos, o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales¹⁷². No obstante, en contraposición con la situación expuesta en el apartado anterior, éstas se encuentran sometidas a condición, y es: “*que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate, o(...), se conceda una protección equivalente*”. La transcripción nos permite ver que existen dos niveles distintos. En primer lugar, los trabajadores que se vean afectados, deberán de recibir un intervalo de tiempo resarcitorio; y en segundo, cuando esta posibilidad sea no se viable, debido a causas extraordinarias, los asalariados recibirán una protección adecuada¹⁷³.

a) Obligación de proporcionar un descanso compensatorio equivalente

En base a la jurisprudencia del Tribunal, el asueto “*ha de caracterizarse por el hecho de que, durante estos períodos, el trabajador no esté sujeto, frente a su empresario, a ninguna obligación que pueda impedirle dedicarse, libre e ininterrumpidamente, a sus propios intereses con objeto de contrarrestar los efectos del trabajo sobre la seguridad y la salud del interesado*”¹⁷⁴.

En cuanto al momento en el que ha de otorgarse, la corte de Luxemburgo ha aclarado esta obligación en relación con el descanso diario, afirmando que debe suceder inmediatamente al tiempo de trabajo que supuestamente compensan, es decir, debe preverse una alternancia regular entre un periodo de descanso y uno de trabajo¹⁷⁵. En caso de no realizarse de esa forma, podría generarse un grave perjuicio para la salud de los trabajadores, que verían sobrepasadas sus capacidades físicas.

Para las excepciones sobre: las pausas, el descanso semanal, el límite al trabajo nocturno y los períodos de referencia, el Tribunal no se ha pronunciado específicamente. No obstante la Comisión entiende que¹⁷⁶ :

- Para las pausas, han de seguir la misma regulación que el descanso diario, es decir, la compensación ha de otorgarse lo antes posible.
- Para el descanso semanal, la situación difiere en cierta medida del diario, por lo que la igualación por los períodos perdidos no tiene por qué producirse de manera inmediata.

¹⁷²Posibilidad que se contempla en el artículo 18 de la misma norma.

¹⁷³Esto nos permite pensar que siempre se recurrirá como primera opción, a la compensación del trabajador. No obstante, siempre tendremos la otra posibilidad de carácter subsidiario.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2003 en el asunto C-151/02, , *op. Cit.*, apartado 94.

¹⁷⁵ *Ibidem*, apartado 95.

¹⁷⁶ Comunicación (2017/C 165/01), p.50.

b) La excepción de la protección adecuada

Podría entenderse como un segundo nivel, que tiene como finalidad la garantía de una protección apropiada ante la imposibilidad de conceder períodos equivalentes de descanso compensatorio. Para este supuesto, entiende el órgano judicial que, la «naturaleza específica del trabajo» o «el contexto singular en el que este se ejerce» podrían justificar, extraordinariamente, excepciones a los períodos diarios de descanso y la obligación de garantizar la alternancia regular de uno de trabajo y uno de descanso¹⁷⁷. La base jurídica la encuentra en el considerando 15 de la norma. Éste apartado dispone que, debido a la repercusión que puede llegar a tener el tiempo de trabajo en las empresas, es necesario que algunos preceptos sean interpretados de manera flexible, pero siempre en busca de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

A. Excepción que afecta a determinadas actividades

El apartado tercero dispone un catálogo de las actividades que pueden estar sujetas a excepción; y, por lo tanto pueden dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5, 8 y 16. Son las siguientes:

“a) actividades laborales caracterizadas por un alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador, como el trabajo off-shore, o que se desarrollen en distintos lugares de trabajo del trabajador distantes entre sí;

b) para las actividades de guardia y vigilancia que exijan una presencia continua con el fin de garantizar la protección de bienes y personas, y en particular cuando se trate de guardianes, conserjes o empresas de seguridad;

c) para las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción, en particular cuando se trate de:

i) servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en períodos de formación), instituciones residenciales y prisiones,

ii) personal que trabaje en los puertos o aeropuertos,

iii) servicios de prensa, radio, televisión, producciones cinematográficas, correos o telecomunicaciones, servicios de ambulancia, bomberos o protección civil,

iv) servicios de producción, de transmisión y de distribución de gas, agua o electricidad; servicios de recogida de basuras o instalaciones de incineración,

v) industrias cuyo proceso de trabajo no pueda interrumpirse por motivos técnicos,

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2010, en el asunto C-428/09, op., Cit., apartado 60.

- vi) actividades de investigación y desarrollo,*
- vii) agricultura,*
- viii) trabajadores del sector de transporte de pasajeros, en servicios de transporte urbano regular;*
- d) en caso de aumento previsible de la actividad y, en particular:*
 - i) en la agricultura,*
 - ii) en el turismo,*
 - iii) en los servicios postales;*
- e) en el caso de las personas que trabajen en el transporte ferroviario:*
 - i) cuyas actividades sean intermitentes,*
 - ii) cuyo tiempo de trabajo se desarrolle a bordo de trenes, o*
 - iii) cuyas actividades estén ligadas a horarios de transporte y que deban garantizar la continuidad y la regularidad del tráfico;*
- f) en las circunstancias contempladas en el apartado 4 del artículo 5 de la Directiva 89/391/CEE;*
- g) en caso de accidente o riesgo de accidente inminente.”.*

La lectura de la transcripción literal del apartado nos muestra que los sectores a los que es de aplicación la norma, son de carácter específico. No obstante, hay que hacer mención expresa a sus letras f) y g, puesto que no hacen referencia a sectores específicos; sino más bien a supuestos extraordinarios.

La primera de ellas, contiene una remisión al artículo 5.4 la Directiva 83/391/CEE, que es la relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los asalariados en el trabajo. Esto significa que entraría dentro del ámbito de aplicación de la excepción, todas aquellas circunstancias que sean ajenas, anormales e imprevisibles para el empresario; o aquellos acontecimientos, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia que hubiese podido ser desplegada por su parte. La segunda, permite vaciar de contenido las disposiciones recogidas en el artículo 17.3, en el supuesto de que se haya producido un accidente; o bien, exista riesgo de que se produzca.

Aunque la lista que recoge el precepto incluye varios sectores, no se pronuncia sobre todas las posibilidades que existen en el mercado laboral. Es por ello, que parece oportuno plantearse si la misma goza de carácter exhaustivo; o si, por el contrario, carece de esta cualidad. La corte de Luxemburgo, de la misma manera que hizo con el catálogo del apartado 1 del artículo 17, respondió

de manera negativa a este interrogante¹⁷⁸. El propio Tribunal, a través de resoluciones judiciales, ha añadido a esta enumeración nuevas circunstancias que pueden ser amparadas por la excepción, a saber: actividades del personal médico y de enfermería en Equipos de Atención Primaria¹⁷⁹, servicios de ambulancia¹⁸⁰, actividades en centros de vacaciones y de ocio que requieren la continuidad del servicio¹⁸¹ y extinción de incendios¹⁸². Por lo tanto, de la jurisprudencia se desprende que las excepciones pueden aplicarse a supuestos que no se encuentren expresamente recogidos en el artículo 17.3, siempre que guarden relación con uno de los elementos enumerados en el mismo.

B. Trabajo por turnos y actividades que se caracterizan por el fraccionamiento de jornada

El apartado cuarto del artículo 17 es el destinado a regular este tipo de situaciones. El precepto dispone lo siguiente:

“De conformidad con el apartado 2 del presente artículo, caben excepciones a los artículos 3 y 5:

a) para las actividades que requieran un trabajo por turnos, cuando el trabajador cambie de equipo y no pueda disfrutar de períodos de descanso diario y/o semanal entre el final de un equipo y el comienzo del siguiente;

b) para las actividades caracterizadas por el fraccionamiento de la jornada de trabajo, en particular del personal encargado de las actividades de limpieza”.

Las actividades caracterizadas por el fraccionamiento de jornada, o bien, por realizarse en la modalidad de trabajo por turnos, son supuestos que también pueden estar sujetos a excepción. De la lectura de la transcripción del precepto, podemos extraer que esta circunstancia también está sometida a la condición del apartado segundo del artículo 17; que es el otorgamiento al asalariado de un periodo de descanso compensatorio o, si esto no fuera posible, una protección equivalente. No obstante, las disposiciones que se ven afectadas, son distintas a las que hemos comentado anteriormente; ya que, en este supuesto, solo se permite vaciar de contenido a los preceptos 3 y 5 de la Directiva ,que son los encargados de regular el descanso diario y el semanal.

¹⁷⁸ Sentencia en el asunto C-428/09, *op. Cit.*, apartado 48.

¹⁷⁹ Sentencia asunto C-303/98, *op. Cit.*, apartados 42 a 45.

¹⁸⁰ Sentencia en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, *op. Cit.*, apartado 97.

¹⁸¹ Sentencia en el asunto C-428/09, apartado 49.

¹⁸² Sentencia en el asunto c-428/09, apartado 50.

Podemos comentar también, que este precepto no ha sido objeto de la jurisprudencia del tribunal¹⁸³, en contraposición con lo que ocurría con los anteriores que hemos explicado. Debido a esta razón, pronunciarnos sobre si es posible excluir algún tipo de actividad, pese a que se desempeñe por turnos o con fraccionamiento de jornada, es una tarea arriesgada; ya que no podremos encontrar apoyo en ninguna resolución judicial.

C. Vía convencional como medio para establecer excepciones a las disposiciones de la Directiva

La facultad de establecer excepciones a determinados artículos de la norma europea, no es solo una propia de los Estados Miembros a través de sus legislaciones. La norma reguladora del tiempo de trabajo, abre ésta también a la vía convencional. El artículo 18 es el que se encarga de establecer la forma en la que podrá llevarse a cabo, al disponer lo siguiente:

“Podrán establecerse excepciones a las disposiciones de los artículos 3, 4, 5, 8 y 16 mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional o, de conformidad con las normas fijadas por dichos interlocutores sociales, mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a un nivel inferior.

Los Estados miembros en los que jurídicamente no exista un sistema que garantice la celebración de convenios colectivos o de acuerdos entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional, en las materias de que trata la presente Directiva, o en los que exista un marco legislativo específico para tal fin y dentro de los límites del mismo, podrán, de conformidad con la legislación y/o prácticas nacionales, permitir excepciones a las disposiciones de los artículos 3, 4, 5, 8 y 16 mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales al nivel colectivo apropiado.

Las excepciones previstas en los párrafos primero y segundo del presente apartado sólo se admitirán a condición de que se conceda a los trabajadores de que se trate períodos equivalentes de descanso compensatorio, o bien una protección adecuada en los casos excepcionales en que, por razones objetivas, resulte imposible la concesión de dichos períodos equivalentes de descanso compensatorio.

Los Estados miembros podrán establecer normas:

- a) para la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo por parte de los interlocutores sociales, y*
- b) para la extensión a otros trabajadores de las disposiciones de los convenios colectivos o acuerdos que se celebren con arreglo al presente artículo, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”.*

Para comenzar con el análisis, es conveniente detallar primero cuáles son las disposiciones de la Directiva que se pueden dejar sin aplicación en virtud de éste precepto. El párrafo primero responde a esta cuestión, estableciendo que podrán ser: el artículo 3, relativo al descanso diario; el 4, que regula las pausas; el 5, destinado al descanso semanal; el 8, trabajo nocturno; y, el 16 que se refiere a los periodos de referencia¹⁸⁴.

¹⁸³Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), *op. cit.*, p.48.

¹⁸⁴Podemos ver que las excepciones que establece el artículo 18 afectan a los mismos preceptos que determinaba el 17.1 para los trabajadores autónomos.

En contraposición con el tercer apartado del artículo 17, que recogía una lista de los sectores amparados por las excepciones, el 18 no se pronuncia sobre este asunto. Una vez más, ha sido el tribunal de Luxemburgo el que ha tenido que pronunciarse al respecto. Entiende el órgano judicial que esta disposición tiene un carácter autónomo¹⁸⁵ respecto del otro. Esto supone que el 18 puede establecer excepciones en todos los sectores, siempre y cuando las mismas se dispongan a través de convenio colectivo; o bien, por acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales.

No obstante, llegados a este punto, parece oportuno saber qué se ha de entender, a efectos de la Directiva, por “convenio colectivo” o “acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional o, de conformidad con las normas fijadas por dichos interlocutores sociales, mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a un nivel inferior”. El artículo 2 de la norma, es el encargado de definir una serie de conceptos empleados en la misma. No obstante, no encontramos en este precepto ningún apartado destinado a las nociones a las que nos referimos, por lo tanto, podemos concluir que la Directiva no se pronuncia al respecto. Por otro lado, podemos ver que tampoco hay ningún instrumento legislativo de la Unión que se encargue de este cometido. Además, hemos podido comprobar la falta de jurisprudencia sobre este punto.¹⁸⁶

Para dar respuesta a ello, la comisión¹⁸⁷ se ha pronunciado estableciendo que ambas nociones han de ser definidas en torno al Derecho y las prácticas nacionales. No obstante, los Estados Miembros han de tener en cuenta las normas internacionales existentes sobre estos conceptos¹⁸⁸. Desde el punto de vista del órgano ejecutivo, éste deber de observancia es importante,

¹⁸⁵Sentencia en el asunto C-227/09, *op. cit.*, apartados 33 a 36. En ellos, el Tribunal analiza la redacción del artículo 17 que se dio en la Directiva 93/104, y en su misma versión pero modificada; comparando ambos textos con la posterior codificación operada por la 2003/88. La sentencia muestra que el artículo 17.2 de las redacciones primitivas, se repartió en los apartados 2 y 3 de la Directiva 2003/88. Por otra parte, el artículo 17.3 de las del año 93, se convirtió en el precepto 18 de la del año 2003. La resolución judicial, tras ver la evolución de ambas normas, concluye que todos los artículos tienen un alcance autónomo.

¹⁸⁶Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), *op. cit.*, p. 49.

¹⁸⁷Ídem.

¹⁸⁸La Organización Internacional del Trabajo ha publicado varios actos jurídicos al respecto, como por ejemplo: La Recomendación sobre los contratos colectivos, R091, 29 de junio de 1951; Recomendación sobre el fomento de la negociación colectiva, R163, 19 de junio de 1981; el Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, C098, 1 de julio de 1949; Convenio sobre el fomento de la negociación colectiva, C154, 3 de junio de 1981.; y , Véase asimismo Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la protección del

debido a que, por analogía a la postura que adoptó el TJUE sobre otras nociones utilizadas en el Derecho de la Unión, no es suficiente con dar a un documento el título de “Convenio colectivo”¹⁸⁹.

D. Excepciones a los períodos de referencia

Antes de comenzar con el análisis de este supuesto, es necesario explicar qué se ha de entender por “período de referencia”. Esta institución, viene regulada en el artículo 16 de la Directiva, y habilita a los Estados Miembros a establecer un límite de días para la aplicación de determinados preceptos.

Para dar muestra de ello, vamos a explicar el apartado b) de la disposición que estamos comentando, la cual dice lo siguiente:

“b) para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses;”.

Como ya manifestamos anteriormente en éste trabajo, la duración máxima semanal es de 48 horas, incluyendo las extraordinarias. Pues bien, el artículo 6 indica, que es posible utilizar el promedio del tiempo de trabajo semanal a efectos de comprobar el cumplimiento del límite máximo. Es, llegados a este punto, cuando entra en juego el artículo 16; ya que, de cara a calcular ese promedio, los estados Miembros pueden establecer un período de referencia que no exceda de cuatro meses. No obstante éste está sujeto a excepción, así como el resto de los que enumera el artículo 16 de la Directiva.

Los periodos de referencia que contiene la Directiva, pueden ser traspasados en virtud del artículo 17, apartados primero, tercero y quinto¹⁹⁰. No obstante, tal posibilidad no es ilimitada, y ha de ejecutarse respetando los requisitos que ya explicamos anteriormente. Además, para garantizar

derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, C151, 27 de junio de 1978.

¹⁸⁹Para dar muestra de ello, la Comisión se apoya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2015, Gérard Fenoll/Centre d'aide par le travail «La Jouvène» y Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales (APEI) d'Avignon, en el asunto C-316/13. Apartado 31La postura del Tribunal es que la naturaleza jurídica sui generis de un concepto a la luz del Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición a efectos del Derecho de la Unión.

¹⁹⁰ Este último, es solo aplicable al sector específico de los médicos en periodo de formación.

que se cumpla el fin que persigue la directiva, ésta contiene en su artículo 19 un límite máximo para esos períodos de referencia. El precepto dispone lo siguiente:

“La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16, prevista en el apartado 3 del artículo 17 y en el artículo 18, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses.

No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses”.

La lectura del precepto nos permite ver, que la posibilidad de vaciar de contenido el precepto que contiene la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, tiene dos límites diferentes, dependiendo de si el periodo de referencia se supera por vía convencional; o bien, a través de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. Por lo tanto, y una vez aplicado el artículo 19, la situación sería la siguiente:

- f) Si el periodo de referencia para realizar el cálculo del promedio del tiempo de trabajo semanal, se supera en virtud de disposiciones legales reglamentarias o administrativas, el artículo 19 limita el tiempo a 6 meses.
- g) Sin embargo, si es traspasado a través de la negociación colectiva, o bien, en virtud de acuerdos celebrados entre interlocutores sociales debido a razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, siempre y cuando se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores; el límite se eleva a 12 meses. Además, este supuesto es aplicable a los sectores o actividades específicos del artículo 17.3; a los trabajadores móviles y al trabajo off-shore¹⁹¹.

4. Exclusión voluntaria como vía de excepción

Los Estados Miembros pueden no aplicar el artículo 6 de la Directiva 2003/88, que es aquel que se encarga de establecer el límite máximo del tiempo de trabajo semanal. El precepto dice lo siguiente:

“1. Siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que:

a) ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento

¹⁹¹Ambos contemplados en el artículo 20 de la Directiva 2003/88

del trabajador para efectuar dicho trabajo;

b) ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;

c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;

d) los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;

e) el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16.

Antes del 23 de noviembre de 2003, el Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, acompañada de un informe de evaluación, reexaminará las disposiciones del presente apartado y decidirá sobre el curso que deberá dárseles”.

La transcripción del precepto, nos permite extraer varias ideas. La primera de ellas es, como ya pasaba con el resto de excepciones, que para que sea efectiva, la disposición tiene que transponerse a la legislación nacional. Si no se produce esta circunstancia, no será aplicable, y por lo tanto no será útil de cara a resolver un litigio¹⁹².

La segunda es, que el precepto enumera una serie de circunstancias que han de ser garantizadas por parte del Estado Miembro que decida hacer uso de esta excepción. Por esta razón, nos encontramos ante una serie de requisitos que, además, han de aplicarse de manera acumulativa¹⁹³. Son los siguientes:

a) *Consentimiento del trabajador*

El asalariado ha de ser el que esté de acuerdo con la inaplicación del límite máximo de horas de trabajo semanales. El permiso ha de ser otorgado de manera individual por cada empleado, no siendo posible equiparar su voluntad con la que manifestasen los interlocutores sindicales en un acuerdo o convenio colectivo¹⁹⁴. Además, esta postura, viene respaldada por la propia Directiva, ya que de haber querido otorgar el mismo valor a ambas partes, habría incluido el artículo 6 en la lista de preceptos que admiten excepción por esta vía en virtud del artículo 18.

Por otra parte, el trabajador ha de ser plenamente consciente de que está renunciando a tal limitación de su jornada semanal; y, además, es necesario que manifieste expresamente que esta fue su voluntad. El tribunal entiende que este hecho no se tendrá por producido, si el contrato de trabajo del sujeto en cuestión contiene una remisión a un convenio colectivo que autoriza la

¹⁹²Sentencia en el asunto C-243/09, op. Cit., apartado 36 a 38. Sentencia en el asunto C-151/02, op., Cit, apartado 85 y Sentencia en los asuntos acumulados 397/01 a 403/01, op.Cit., apartado 98.

¹⁹³Sentencia en el asunto C-243/09, op. Cit., apartado 50.

¹⁹⁴Sentencia en el asunto C-303/98, op., Cit., apartado 73 y 74.

inaplicación de este límite; ya que puede que el día en que se firmó, el trabajador no tenía conocimiento de que los derechos que le estaba otorgando la norma estaban siendo acortados¹⁹⁵. La jurisprudencia no recoge nada sobre la forma en la que ha de plasmarse el deseo del trabajador, no obstante parece oportuno que se realice de manera escrita; ya que, de cara a posibles controversias, un formulario escrito gozaría de gran valor probatorio y supondría mayor protección para el asalariado.

Además la Comisión sostiene que, para conceder una mayor protección a los empleados, es necesario que la muestra de voluntad también pueda ser revocable. No obstante, también entiende que esta característica podría estar sujeta a otro tipo de requisitos, como por ejemplo, un periodo de preaviso para tomar esa decisión. De esta manera, el empresario tendría tiempo para buscar otras alternativas y; los intereses de ambas partes estarían protegidos por la normativa europea.

b) Negativa y ausencia de perjuicio

El trabajador no puede ser sujeto de represalia tras su rechazo a superar las 48 horas de trabajo semanal. Esta noción otorga protección al trabajador frente al despido. Además, le salvaguarda de cualquier otro tipo de medidas punitivas como por ejemplo desventajas, o cualquier tipo de penalizaciones. La comisión también considera necesaria la disposición de estas medidas para el caso de aquellos asalariados que hayan consentido previamente, pero que después hayan retirado su afirmación.

c) Control a través de un registro

Los Estados Miembros que se acojan a esta excepción, han de contener en sus legislaciones disposiciones que obliguen a los empresarios a llevar un registro actualizado de todos los trabajadores que desempeñen un trabajo de éstas características.

d) Deber de información a las autoridades laborales

Los registros que lleven los empresarios, deben de ser puestas a disposición de las autoridades laborales que sean competentes. Además, estos organismos podrán restringir el recurso a la exclusión voluntaria, si consideran que esta medida puede contravenir a la salud y seguridad de los asalariados.

¹⁹⁵ Sentencia en los asuntos acumulados 397/01 a 403/01, op., Cit, apartado 82 y 85.

e) *Facilitación de información acerca del consentimiento*

Las empresas que dispongan de trabajadores que se encuentren realizando una jornada semanal que supere el máximo establecido, deberán de aportar información sobre el consentimiento que prestó el asalariado. No obstante esta información será recabada de oficio por parte de las autoridades laborales correspondientes. Como ya comentamos anteriormente, la Directiva no exigía formalidad alguna para recurrir a esta posibilidad, no obstante consideramos oportuno que los empresarios que vayan a recurrir a este recurso se aseguren de que el trabajador deja constancia de su voluntad por escrito. De esta manera, es más sencillo cumplir con las exigencias que vienen contenidas en el artículo 22 de la norma.

La tercera, y última idea, que podemos extraer del precepto, es la relativa a las consecuencias de su aplicación. Aquellos Estados Miembros que transpongan esta norma a su Derecho Nacional, permitirán a sus asalariados trabajar durante más de 48 horas, en un periodo de 7 días, calculando como media, usando como referencia el intervalo de 4 meses que recoge el artículo 16.

No obstante, la Comisión¹⁹⁶ entiende que la excepción puede aplicarse de distintas formas, que son las siguientes:

- En primer lugar establece una excepción total de lo dispuesto en el artículo 6 y en el 16 b). De esta manera, un empleado podrá superar las 48 horas de trabajo semanal, en un periodo de referencia que puede llegar a los 12 meses.
- En segundo lugar, una limitada alternativa o simultáneamente a lo dispuesto en los preceptos 16 b) y 6. Un ejemplo de esta situación sería permitir a los asalariados que superen el límite de 48 horas semanales de media, a lo largo del mismo período de referencia aplicable a otros empleados, a través del establecimiento de un límite máximo superior del tiempo de trabajo semanal, teniendo en cuenta las disposiciones sobre los periodos de descanso.

A pesar de todo, la aplicación del artículo 22 exige que se respeten los principios de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. No obstante, la excepción de la aplicación del artículo 6 no exime a los estados de respetar los descansos diarios y semanales. Es por ello que, de 168 horas teóricas que tiene una semana, descontando las 90 horas que corresponden al asueto contemplado en los preceptos 3 y 5, el límite máximo teórico que podría desempeñar un asalariado

¹⁹⁶Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01), *op. Cit.*, p.54 y 55.

sería una media de 78 horas. No obstante, consideramos que ningún trabajador alcanzará este tipo de jornadas y su límite se situaría muy por debajo de este umbral.

5. Trabajadores móviles y Plataformas off-shore

Antes de detallar el régimen jurídico de estos sectores, es necesario definir ambos conceptos. Para cumplir con esta finalidad, acudiremos al artículo 2 de la Directiva 2003/88, que recoge ambas nociones. La norma contiene lo siguiente:

- Trabajadores móviles: Son aquellos miembros del personal de transporte de una empresa dedicada a tal finalidad. El traslado puede ser de pasajeros, mercancías, vía aérea o navegación interior.
- Trabajo off-shore: Corresponde a aquellas actividades que se realizan en plataformas que están situadas en territorio marítimo. Su labor se relaciona principalmente con la exploración, extracción o explotación de recursos minerales. El trabajo puede desarrollarse desde el mar, o bien desde un buque; pero en ambas circunstancias nos encontramos situados dentro del mismo sector.

Una vez definidas ambas nociones, podemos ver que la Directiva recoge en su artículo 20 una excepción específica para los asalariados recogidos en estos sectores. El precepto dispone que:

“Lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5 y 8 no se aplicará a los trabajadores móviles. No obstante, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores móviles tengan derecho a un descanso adecuado, salvo en las circunstancias previstas en las letras f) y g) del apartado 3 del artículo 17.

2. Siempre que se respeten los principios generales relativos a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, y siempre que se recurra a la consulta de los interlocutores sociales implicados y se trate de fomentar todas las formas pertinentes de diálogo social, incluida la concertación si las partes así lo desean, los Estados miembros, por razones objetivas o técnicas o por razones relacionadas con la organización del trabajo, podrán ampliar el período de referencia al que se refiere la letra b) del artículo 16 a 12 meses para los trabajadores que realizan principalmente trabajo off-shore.

3. A más tardar el 1 de agosto de 2005, la Comisión, tras consultar a los Estados miembros y a los empresarios y trabajadores a nivel europeo, revisará el funcionamiento de las disposiciones relativas a los trabajadores off-shore desde el punto de vista de la salud y la seguridad con vistas a presentar, en caso necesario, las modificaciones apropiadas”.

Este precepto se introdujo a raíz de la Directiva 2000/34. Tal modificación pretendía aplicar la normativa del tiempo de trabajo a tantos trabajadores como fuese posible; para que de esta manera, los intereses de más asalariados quedasen protegidos.

Los trabajadores móviles, pueden ser sujetos a excepción de los artículos 3,4,5 y 8. No obstante, la finalidad del precepto es la de garantizar a los trabajadores un “descanso adecuado”,

salvo en caso de accidente o exista riesgo inminente de que éste se produzca. Por otro lado, los trabajadores off-shore reciben un trato diferente. Este tipo de asalariados, pueden ser sujeto de las excepciones recogidas en el artículo 17.3¹⁹⁷. El motivo de esta afirmación, es que este tipo de empleados vienen expresamente mencionados en el apartado a) del precepto, por ser trabajadores cuya labor se caracteriza por un alejamiento entre la residencia y el centro de trabajo del empleado¹⁹⁸. Además, también están sujetos a la excepción aplicable a los periodos de referencia. El artículo 20, permite elevar éste hasta los 12 meses, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- Se respeten los principios relativos a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores;
- Los Estados consulten a los interlocutores sociales que estén implicados.

En 2006, se llevó a cabo un estudio de estas disposiciones específicas, y la conclusión a la que se llegó fue que eran adecuadas para este sector¹⁹⁹.

6. Trabajadores a bordo de buques de pesca marítima

Este tipo de trabajadores estará sujeto a la Directiva cuando no se encuentre amparado por otra norma²⁰⁰. En el supuesto de que surjan dudas de si un buque es de navegación marítima; o si bien, se dedica a operaciones marítimas comerciales, la cuestión será resuelta por el Estado Miembro competente.

El artículo 21 es el encargado de regular a este tipo de asalariados. Permite establecer excepciones al descanso diario; a las pausas; al límite de tiempo de trabajo semana y al nocturno. No obstante los Estados Miembros han de adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores en cuestión puedan disfrutar de un descanso adecuado. Además, la jornada semanal tiene que estar limitada a 48 horas, calculadas en base a un periodo de referencia que no puede ser superior a 12 meses.

Por otro lado, en su apartado tercero, el precepto recoge una serie de límites en torno a la horas máximas de trabajo, y las mínimas de descanso²⁰¹. Éstos pueden estar sujetos a excepción, a

¹⁹⁷En contraposición con lo que ocurre con los trabajadores móviles.

¹⁹⁸Además, así lo dice literalmente el artículo 17.3 a): “a) para las actividades laborales caracterizadas por un alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador, como el trabajo off-shore, o que se desarrollen en distintos lugares de trabajo del trabajador distantes entre sí”.

¹⁹⁹Informe de la Comisión sobre el funcionamiento de las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE aplicables a los trabajadores off-shore, 22 de diciembre de 2006, COM(2006) 853 final.

²⁰⁰ En concreto nos referimos a la Directiva 1999/63 que se aplica a los marinos o gente de mar.

²⁰¹ “Las horas de trabajo o descanso estarán sometidas a los límites siguientes: a) el número máximo de horas de trabajo no excederá de: i) 14 horas por cada período de 24 horas, ni de ii) 72 horas por cada período de siete días, o bien

través de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas; o bien, a través de convenio colectivo, o acuerdo entre los interlocutores sociales. De otra manera, el artículo 21 da potestad al capitán del buque para suspender la aplicación de las normas relativas al tiempo de trabajo, siempre y cuando sea necesario realizar más horas para: Proteger la seguridad del buque; socorrer a las personas a bordo del mismo; ayudar a otras embarcaciones o seres humanos que puedan estar en peligro en el mar.

Para finalizar, el precepto establece un matiz en torno a las vacaciones del personal a bordo. La norma habilita a los Estados Miembros a establecer disposiciones que obliguen a los asalariados a disfrutar de sus vacaciones en un periodo específico, que se corresponda con el mes en el que los buques no estén autorizados para salir a faenar.

7. Normativa que contenga disposiciones más específicas sobre el tiempo de trabajo

Para comenzar, vemos que el artículo 14 recoge lo siguiente: “*Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán en la medida en que otros instrumentos comunitarios contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales*”.

Partiendo de la definición expuesta, vemos como en ella se ve reflejada uno de los principios que la tradición jurídica y la jurisprudencia han empleado para la resolución de antinomias o conflictos normativos en el Ordenamiento Jurídico, siendo este el de: “*Lex specialis derogat generali*”²⁰².

Por lo tanto, podemos afirmar que para determinados tipos de sectores y trabajadores, se establece una excepción a la norma general, es decir, a la Directiva 2003/88/CE. Pues bien, estos son:

- **Trabajadores Jóvenes:** Para este colectivo se aprueba la Directiva 94/33 del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. El objetivo de la misma es establecer las disposiciones mínimas a fin de garantizar un mayor nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores jóvenes. Es de aplicación a toda persona que sea menor de 18 años con un contrato de trabajo o una relación laboral regulada por el derecho

b) el número mínimo de horas de descanso no será inferior a:

i) diez horas por cada período de 24 horas, ni a ii) 77 horas por cada período de siete días”

²⁰² Guías Jurídicas Wolters Kluwer, *Lex specialis derogat generali*, (en línea), http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjQ3NjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA1qGFMzUAAAA=WKE, (Consulta 6 de mayo de 2018).

vigente en un país de la Unión Europea²⁰³. El objetivo principal de la norma, es el de prohibir el trabajo de los niños, y a su vez el de regular el trabajo de los adolescentes para que estén protegidos y su labor se adapte a las condiciones de la Directiva²⁰⁴.

- **Aviación Civil:** El régimen jurídico aplicable a este sector, es el contenido en la Directiva 2000/79 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, la cual se encarga de aplicar el Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA).²⁰⁵
- **Transporte por carretera:** la regulación de este tipo de labor viene recogida en la Directiva 2002/15 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, además de en el Reglamento (CE) n.o 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera. En este supuesto, no se pudo llegar a un acuerdo con los interlocutores sociales, por lo que, debido a las peculiaridades que presenta este tipo de trabajo, se consideró necesario prever unas disposiciones más específicas relativas a la duración del tiempo de trabajo²⁰⁶.
- **Ferrocarriles transfronterizos:** Es de aplicación para este tipo de trabajadores la Directiva Directiva 2005/47 del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario.
- **Transporte Fluvial:** Se regula por la Directiva 2014/112/UE del Consejo, de 19 de diciembre de 2014, por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación

²⁰³ Artículo 2.1 de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

²⁰⁴ EUR-lex, *Protección de los jóvenes en el trabajo*, (en línea), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac11205>, (Consulta el 6 de mayo de 2018).

²⁰⁵ Los interlocutores sociales pueden, de conformidad con el artículo 155.1 del TFUE, pedir conjuntamente que los acuerdos celebrados a nivel comunitario sean aplicados sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión.

²⁰⁶ Considerandos 3 y 4 de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patrones de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF). Nuevamente, vemos que los interlocutores sociales recurren a la posibilidad que les deja abierta el artículo 155 del TFUE. Podríamos confundir transporte fluvial con trabajo en el mar, puesto a que en ambos sectores el trabajo se desempeña a bordo de barcos. La diferencia principal es que el transporte fluvial se caracteriza por ser aquel que se desempeña por la tripulación o el personal a bordo de una embarcación que se dedica a la navegación interior en las aguas territoriales de un estado miembro, teniendo una finalidad de carácter mercantil.

V. Conclusiones

La Directiva que ha sido objeto de estudio en el presente trabajo es un instrumento destinado a proteger a los trabajadores en relación a su salud y a su seguridad. Muestra de ello son las disposiciones que vienen recogidas en la misma, ya que todas ellas buscan el beneficio del trabajador, bien sea limitando la duración de su jornada diaria o bien exigiendo periodos mínimos de descanso de los que ha de disfrutar el empleado para seguir realizando su labor. Todo ello tiene como finalidad que el trabajador, mediante su actividad laboral, no vea menoscabada ni su salud física, por un sobreesfuerzo o su salud mental, debido a la imposibilidad de conciliar su actividad familiar o de ocio con su trabajo. Todo ello nos lleva a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Es una norma de carácter flexible puesto que deja a los Estados Miembros bastante margen de actuación a la hora de su aplicación. Prueba de ello la encontramos en las disposiciones que se dedican a determinar los supuestos en los que cabe la excepción en torno a la aplicación de la Directiva, bien sea mediante la legislación de los Estados Miembros o en virtud de la negociación colectiva.

SEGUNDA.- La Directiva 2003/88 busca encontrar un equilibrio entre empresario y trabajador, en cuanto a ordenación del tiempo de trabajo se refiere, para poder adaptar las horas de actividad laboral a las necesidades tanto de la empresa como de los asalariados. Para tal fin, establece en su articulado disposiciones que permiten ampliar la jornada del trabajador para aquellos supuestos en los que debido a circunstancias de carácter objetivo sea imposible respetar los periodos mínimos de descanso y máximos de trabajo que impone la directiva pero condiciona esta posibilidad a que se garantice al trabajador un periodo de descanso compensatorio o una protección equivalente, garantizando así los intereses de la empresa y del empleado.

TERCERA.- Pese a su buena redacción consideramos que es necesario una modificación de la Directiva reguladora del tiempo de trabajo, ya que, desde la fecha de su aprobación, el ámbito laboral ha sufrido modificaciones debido al constante desarrollo que sufre la humanidad. Muestra de ello son las nuevas formas de comunicación que a día de hoy están en nuestra sociedad. Redes sociales como WhatsApp, o Facebook, son medios que pueden servir al empresario para seguir en contacto con el trabajador a fin de resolver dudas o problemas fuera de su jornada de trabajo sin recibir una contraprestación a cambio por ello e imposibilitando la plena desconexión del trabajador. Consideramos necesario que la nueva propuesta incluya este tipo de comunicación dentro de la

consideración de tiempo de trabajo y que por ello reciban los empleados algún tipo de contraprestación ya sea pecuniaria o bien, compensándoles por ese tiempo perdido.

CUARTA.- Otro punto a mejorar de la Directiva, es el relativo a los periodos de referencia en relación con el la modalidad contractual que se acuerde con el trabajador. Como hemos visto, el periodo máximo fijado para el cómputo de la jornada ordinaria es de 12 meses siempre y cuando se garantice la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y sea por razones objetivas. Esta clausula habilita a los empresarios a establecer jornadas ordinarias cuya duración sea superior a la establecida por la Directiva, ya que el computo se hace de forma anual. Encontramos el problema en las nuevas formas de contratación que se está llevando a cabo a día de hoy, con contratos de duración determinada e inferiores a 1 año. Por ello pensamos que es necesaria una modificación de la Directiva a fin de proteger a aquellos trabajadores que son contratados de manera temporal, ya que pueden ver vulnerado su descanso al establecerse un periodo de referencia tan extenso, siendo necesario adaptar la ordenación del tiempo de trabajo en función del contrato que tenga un trabajador y no solo del tipo de actividad que éste realice. Para tal fin consideramos oportuno que se imponga un límite a estos periodos de referencia para aquellos trabajadores que estén sujetos a temporalidad, es decir, que no gocen de uno de carácter indefinido.

QUINTA.- Hay determinados supuestos en los que se permite establecer excepciones a las reglas generales en materia de duración del tiempo de trabajo y de períodos de descanso, siempre y cuando se concedan periodos de descanso equivalentes al trabajador o bien si ello no fuese posible debido a razones objetivas, una protección adecuada para el trabajador. El problema que encontramos llegados a éste punto es una falta de definición por parte de la Directiva de los conceptos "Razones objetivas" y "Protección adecuada para el trabajador". Dicha terminología puede ser interpretada de manera subjetiva por parte del empresario, que puede ampliar la jornada de los trabajadores a su libre albedrío ofreciéndoles una protección que no sea la adecuada para el trabajador, puesto que no encontramos en la Directiva 2003/88 el sentido práctico que ha de ser dado a ésta expresión.

SEXTA.- La comparativa entre las disposiciones contenidas en la Directiva 2003/88 con las recogidas en la normativa española, nos permite ver que la legislación nacional, en lo que a ordenación del tiempo de descanso se refiere, ofrece condiciones más ventajosas que las establecidas por la Unión Europea. Muestra de ello, es la duración de los asuetos. El estatuto de los trabajadores ofrece periodos más amplios que los plasmados en el texto jurídico europeo. La diferencia no es de gran magnitud, al ofrecer la legislación española solo 1 hora más que la europea, en lo que a

descanso diario y semanal se refiere. No obstante, la diferencia sí es algo más visible en cuanto a la duración de las vacaciones anuales, ya que la normativa europea establece 28 días, mientras que nuestra legislación fija un mínimo de 30.

SÉPTIMA.- La normativa española va adelantada a la regulación Europea. La codificación del tiempo de trabajo, a nivel europeo, tuvo su origen con la propuesta de Directiva a la comisión en 1990. No obstante, las previsiones contenidas en la misma, ya eran contempladas en la legislación española desde el año 1976 en la Ley de Relaciones Laborales. No solo eso, sino que los artículos de la legislación española, ya ofrecían condiciones más favorables en lo que a tiempo de descanso se refiere, incluso que la Directiva 2003/88 aún hoy vigente.

OCTAVA.- La Directiva necesita ser modificada y codificar los pronunciamientos judiciales que ha se han emitido al respecto. Como hemos podido comprobar a través de la realización de este trabajo, las disposiciones de la Directiva son preceptos de derecho mínimo y necesario. No obstante, aspectos como la definición del tiempo de trabajo han quedado vagamente regulados en la Directiva y han requerido de la jurisprudencia emitida por el TJUE para completar aquellos vacíos que dejaba la norma.

NOVENA.- En lo que respecta al tiempo de guardia, la Directiva necesita codificar lo dispuesto en las resoluciones judiciales en los asuntos *Jaeger y Simap*, puesto que este concepto no viene definido por la Directiva,; y no ha sido, hasta la aplicación de la misma, cuando han surgido este tipo de controversias jurídicas. No obstante, es necesario encontrar una solución satisfactoria en este aspecto, para poder seguir cumpliendo con las exigencias propias del Estado de Bienestar, y que a su vez, se garantice la protección de los empleados propios de este sector.

DÉCIMA.- La Directiva no ha tenido en cuenta determinados aspectos característicos propios de algunos sectores que pueden influir en la ordenación del tiempo de trabajo. El incremento del tiempo de trabajo parcial; la estacionalidad; y, la oferta de residencia en el lugar de trabajo, son aspectos que deberían de tomarse en consideración a la hora de redactar una nueva directiva en la materia.

UNDÉCIMA- Debido a la evolución de la tecnología y a la inclusión de la misma en el ámbito laboral, es necesario que la Directiva contemple las nuevas modalidades de trabajo que están surgiendo debido a este avance. Un ejemplo de ello, puede ser el trabajo a través de plataformas startup. En mi opinión, este tipo de asalariados requiere de una disposición específica en la directiva, que se adapte a su situación.

DUODÉCIMA.- Como expusimos en el trabajo, cabe la posibilidad de exceptuar el periodo de referencia que se ha de tener en cuenta para calcular el tiempo de trabajo semanal. Esta excepción permite elevarlo a 6 meses, a través de la legislación propia del Estado Miembro, y a 12 meses en virtud de la negociación colectiva. No obstante, consideramos que el periodo de 6 meses debería de incrementarse. El motivo de esta afirmación es que existen determinados países que no tienen costumbre de legislar en virtud de convenios colectivos. Por esta razón, aquellas pequeñas y medianas empresas situadas en ellos, se encuentran en desventaja respecto de las establecidas en países donde la negociación colectiva goza de más protagonismo, al poder estos últimos de gozar de mayor flexibilidad a la hora de ordenar el tiempo de trabajo de sus asalariados.

Bibliografía

1. ALONSO OLEA, M. ; CASAS BAAMONDE, M^a. E. (2006), *Derecho del Trabajo*, 24^a edición, Madrid (Civitas).
2. BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y Tiempo de descanso*, Tesis doctoral (S.P), Universidad de Alicante
3. CABEZA PEREIRO, J, *et alii*, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Edit. Consello Galego de Relacións Laborais, Santiago de Compostela, 2004.
4. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo de 24 de mayo de 2003, (2003/C 165/01)
5. *El TJUE se pronuncia sobre el disfrute del descanso semanal*,
http://www.elderecho.com/actualidad/descanso_semanal-vacaciones-tiempo_de_trabajo_0_1158375255.html
6. GARCÍA NINET, J.I. "Jornada"; en AAVV, (Dir. BORRAJO DACRUZ, E.), *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los Trabajadores*, Acarl, Madrid, 1993
7. GIL y GIL, J.L., "El descanso semanal", en AAVV, "Estudios sobre la Jornada de Trabajo" (Dir De la Villa GIL, L. E.) Acarl, Madrid, 1991
8. HURTADO MARTÍNEZ, J.A, *Ordenación de tiempo de trabajo y descansos en la Directiva Europea: una regulación pendiente en España*, 27.10.2011

http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Ordenacion-Directiva-Europea-regulacion-Espana_11_329305003.html

9. HAMMOND, C., *¿Realmente es malo trabajar por la noche?* 27.09.2014
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140926_vert_fut_mitos_medicos_turnos_noche_finde_ch
10. Informe de la Comisión de 26 de abril de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2003/88/CE, COM(2017) 254, y el informe detallado, SWD(2017) 204.
11. LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen Jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos.*, Edit. Consejo Económico y social (CES), Madrid, 2004.
12. MENA ÁLVAREZ, A., *Estudio Jurídico del Concepto de Tiempo de trabajo efectivo*, p 9 y ss, Noviembre 2015, (en línea) <http://forelab.com/wp-content/uploads/premios/2015/ESTUDIO-JURIDICO-DEL-CONCEPTO-DE-TIEMPO-DE-TRABAJO-EFECTIVO-Alvaro-Mena-Alvarez.pdf>
13. MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid, 2005.
14. NORES TORRES, L.E.: “Los descansos intra-jornada e inter-jornadas”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.
15. RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo.*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
16. ROQUETA BUJ, R.: “La jornada de trabajo y su determinación”, en A.A.V.V. *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Dir. José María Goerlich Peset, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008.
17. USHAKOVA, T. “*Algunos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*” *Revue Européenne du droit social*, Vol. XXXI

ANEXO JURISPRUDENCIAL

1. Sentencias

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo del 2000, Comisión contra la República Italiana, en el asunto C-386/98.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre del 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) contra Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, en el asunto C-303/98.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de junio de 2001, The Queen y Secretary of State for trade and Industry/ Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU), en el asunto C-173/99.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2003, Landeshauptstadt Kiel contra Norbert Jaeger, en el asunto C-151/02.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de marzo de 2004, Brian Francis Collins contra Secretary of State for Work and Pensions, en el asunto C-138/02.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de septiembre de 2004, Michel Trojani contra Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS), en el asunto C-456/02.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de octubre de 2004, Bernhard Pfeiffer y otros contra Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, en el asunto C-397/01 a C-403/01.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2005, Abdelkader Dellas contra Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarite, en el asunto C-14/04.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de septiembre de 2006, Comisión contra Reino Unido, en el asunto 484/04.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de abril de 2007, UAB Profisa contra Muitines departamentas prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos, en el asunto C-63/06.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2010, Günter Fuß contra Stadt Halle, en el asunto C-243/2009.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2010, Union syndicale Solidaires Isère contra Premier ministre, Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, Ministère de la Santé et des Sports, en el asunto C-428/09.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 2010, Antonio Accardo y otros contra Comune di Torino, en el asunto C-227/09.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2010, Dita Danosa contra LKB Līzings SIA, en el asunto C-232/09.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015, Ender Balkaya contra Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH, en el asunto C-229/14.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2015, Holterman Ferho Exploitatie BV y otros contra Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllesheim, en el asunto C-47/14.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) contra Tyco Integrated Security, S.L., y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A, en el asunto C-266/14.

Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo 2613/1996 (Sección 1ª), de 30 de abril de 1996 (RJ\3084\1995).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1772/2000 (Sección 1ª), de 6 de marzo del 2000 (RJ\1217\1999).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1489/2013 (Sección 1ª), de 4 de marzo de 2013 (RJ\2\2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo 4019/2013 (Sección 1ª), de 27 de mayo de 2013 (RJ\87\2012).

- Sentencia del Tribunal Supremo 5516/2014 (Sección 1ª), de 24 de noviembre de 2014 (RJ\317\2013).
- Sentencia del Tribunal Supremo 3064/2014 (Sección 1ª), de 29 de abril de 2015 (RJ\62\2014).

Tribunales Superiores de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja 246/1997 (Sección 1ª), de 23 de octubre de 1997 (RJ\242\1997).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 173/1998 (Sección 4ª), de 5 de marzo de 1998 (RJ\3455\1997).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 7703/1999 (Sección 1ª), de 10 de diciembre de 1999 (RJ\4833\1996).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Málaga 527/2001 (Sección 1ª), de 23 de marzo de 2001 (RJ\3\2000).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2946/2017 (Sección 1ª), de 24 de mayo de 2017 (1244/2017)

2. Autos

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de julio de 2001, Confederación Intersindical Galega (CIG) contra Servicio Galego de Saúde (SERGAS) en el asunto C-241/99.
- Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg contra Leiter der Feuerwehr Hamburg, en el asunto C-52/04.
- Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de noviembre de 2007, Jan Vorel contra Nemocnice Český Krumlov, en el asunto C-437/05.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de abril de 2011, Dieter May contra AOK Rheinland/Hamburg – Die Gesundheitskasse, en el asunto C-519/09.

Conclusiones de abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Conclusiones del Abogado General Antonio Saggio de 16 de diciembre de 1999, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) contra Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, en el asunto C-303/98.
- Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokkot de 9 de marzo de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en el asunto C-484/04.
- Conclusiones del Abogado General Yves Bot de 11 de junio de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) contra Tyco Integrated Security, S.L., y Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios, S.A, en el asunto C-266/14.