

La jornada laboral: horas extras no retribuidas

Horas extraordinarias en el sector del comercio

Mireia Bermudo Olea

Tutorizado por el Catedrático Ferran Camas Roda

Gerona, 16 de enero de 2017

Agradecer a mi familia su paciencia y dedicación, y al
Catedrático Ferran Camas Roda la implicación en este trabajo

INDICE

I.	Introducción	6
II.	Conceptos	8
III.	Análisis de la jornada laboral	10
1.	Estatuto de los Trabajadores	10
A.	Visión general de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores	11
B.	Modificaciones de la normativa	19
2.	Normativa Internacional.....	25
IV.	Convenio del sector de la hostelería.....	26
V.	Convenio del sector del comercio	31
VI.	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y Convenio del Sector del comercio en la Provincia de Gerona.....	38
VII.	Afectación de la jornada laboral en la esfera personal del trabajador	39
VIII.	CONCLUSIONES	42
IX.	BIBLIOGRAFIA.....	44

I. Introducción

La seguridad jurídica, recogida en los principios del artículo 9.3 de la Constitución Española, es indispensable para lograr una relación de confianza entre los ciudadanos y el sistema jurídico, conseguido a través de la difusión del Ordenamiento Jurídico respecto a todas las materias de derecho y el principio de irretroactividad de las normas legales. Las garantías de seguridad jurídica son la base principal para el buen funcionamiento del Estado de Derecho, otorgando a la ciudadanía derechos subjetivos públicos oponibles a los órganos estatales. La Constitución Española de 1978 inicia la regulación de las relaciones laborales dando respuesta a las necesidades sociales, protegiendo los intereses de las fuerzas del trabajo, reconociendo el derecho al trabajo, la promoción a través de aquél y a una remuneración suficiente en contraprestación.

A pesar de las citadas garantías, existen numerosos obstáculos que impiden una sana relación con el mundo laboral aún después de realizar repetidas modificaciones normativas en la materia para alcanzar la estabilidad laboral, mejorar su situación y mejorar la igualdad de condiciones entre empleados y empleadores.

Actualmente, España registra una tasa de desempleo del 19,8%, con aumento de los contratos temporales y de la economía sumergida, por lo que no se están alcanzando los estándares jurídicos que contempla nuestra Constitución. Para remediar la situación es necesario poner en marcha políticas de mejora del mercado laboral incidiendo en aspectos estructurales no sometidos a análisis, además de concienciar del problema a los poderes públicos y empresas las cuales tienen en su poder establecer políticas propias más garantistas de los derechos sociales y laborales.

El objeto de este trabajo es el examen de la jornada laboral española, concretando en las horas extraordinarias que se realizan en el sector del comercio, gran motor e impulsor de la economía estatal y catalana. La regulación del tiempo de trabajo en el sector parece ser clara y específica, pero en la realidad queda patente los problemas que conllevan su particularidad y las infracciones que las empresas llevan a cabo vulnerando los preceptos del Estatuto de los Trabajadores y los Convenios estatales y provinciales por los que se rige el Comercio.

La idea de este trabajo responde a las preguntas surgidas respecto a las horas extraordinarias, sobre su obligatoriedad y retribución, y las condiciones, circunstancias y límites en que tienen que realizarse. En primer lugar, veremos la regulación de la jornada laboral en el articulado del Estatuto de los Trabajadores y las modificaciones principales realizadas en la materia. En segundo lugar, citaré la normativa marco a nivel internacional, concretamente el Convenio sobre las horas de trabajo en el comercio y oficinas - C030, el Convenio sobre el descanso semanal en el comercio y oficinas - C-106, la Directiva 2003/88/CE, y el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso. En tercer lugar, hablaré sobre la jornada de trabajo en los Convenios de Hostelería y del Comercio de Cataluña, entrando a analizar en éste último la realidad actual del

tiempo de trabajo en el sector y la problemática de las horas extraordinarias. En cuarto lugar, indagaré brevemente sobre los aspectos más importantes en jornada laboral del la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista y Convenio del sector del comercio en la Provincia de Gerona. Por último, otro inconveniente que ocupa nuestra actualidad es la incompatibilidad entre el ámbito personal y laboral, que dificulta la conciliación familiar de los trabajadores, por lo que expondré el conflicto brevemente haciendo alusión a la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la Ordenación del tiempo de trabajo, y la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

II. Conceptos

Antes de entrar a analizar de manera exhaustiva la jornada laboral en el trabajo y sus dimensiones y consecuencias es necesario determinar los conceptos que se utilizarán en el estudio.

En primer lugar, definimos el concepto de “**relación laboral**”. Se define como la vinculación de carácter laboral entre dos partes identificándose una como trabajador, y la otra como el empleador o empresario (persona física o jurídica). El primero, aporta la fuerza de trabajo, y el segundo presta el capital y medios de producción necesarios para que el empleado realice su trabajo.

Es decir, estamos ante una situación de subordinación que genera derechos y obligaciones para ambas partes. Así se define en el artículo 1.1 ET. En esta relación el trabajador presta sus servicios de manera voluntaria por cuenta ajena a cambio de una retribución (principalmente pecuniaria).

En segundo lugar, aclarar el significado de “**jornada laboral**”. Se define como el tiempo durante el cual el trabajador presta los servicios para los que fue contratado. Se puede hacer referencia a ella respecto al día, semana, mes o año. La jornada se pacta en el contrato de trabajo de manera individual o en el convenio colectivo. De todos modos, la duración máxima de ésta no puede exceder de las 40 horas semanales de promedio en cómputo anual impuestas por ley, independientemente que el empleado trabaje éste número de horas o no a la semana.

Matizar que consecuencia de la modificación del artículo 34.2 ET que realiza el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, se puede acordar la distribución irregular de la jornada de trabajo. Es decir, por convenio colectivo o acuerdo de empresario y representantes de los trabajadores puede fijar la distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año. Sin pacto también podría establecerse, pero solo en el 10% de la jornada a lo largo del año.

En tercer lugar, definimos el “**tiempo de trabajo**”. En términos generales son las horas que una persona económicamente activa ocupada u ocupada plenamente, subocupada o sobreocupada dedica a actividades profesionales. Aclarar que para entender que una persona se encuentra en situación de ocupación, es necesario que en la semana de referencia haya trabajado como mínimo una hora.

El tiempo de trabajo también se denomina jornada laboral. La encontramos regulada en los artículos 34 a 38 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Mencionar, como disponen los autores Jorge Aragón Medina y Jesús Cruces Aguilera, el concepto de tiempo de trabajo es multidimensional, no abarca un único ámbito.

De manera breve cito sus tres dimensiones. Por un lado, se encuentra la actividad o prestación laboral. Esta actividad está delimitada en su inicio y finalización. Por otro lado, tiene lugar la dimensión consistente en el contrato de trabajo, por el que se limita el tiempo en función del contrato de trabajo del que disponga una persona concreta. Este contrato como sabemos puede ser indefinido o permanente, o de duración determinada. Por último, tiene cabida en las dimensiones del tiempo de trabajo la vida laboral. En esta el tiempo es limitado a los años totales de trabajo que realiza una persona.

Cuadro sintetizado sobre las dimensiones del tiempo de trabajo, las cuales dan respuesta a las siguientes preguntas

	Relación contractual	Prestación laboral	Vida laboral
Duración	¿Cuánto dura la relación contractual?	¿Cuánto tiempo se trabaja al año?	¿Cuánto tiempo en la biografía laboral?
Colocación	¿Cuándo se activa el contrato?	¿Cuándo se trabaja?	¿Cuándo empieza y acaba la vida laboral?
Topología	¿Qué continuidad tiene la relación laboral?	¿Cuál es el ritmo de la prestación laboral?	¿Qué continuidad biográfica tiene e trabajo?

Fuente: Prieto, C, y Ramos, R., 1999.

En cuarto y último lugar, aclaramos el concepto de “**horario de trabajo**”. Hace referencia a la distribución temporal del trabajo en un período determinado. El horario de trabajo se fija por el empresario respetando la legalidad, los pactos realizados sobre su duración y lo dispuesto en convenios colectivos. Puede modificarse de manera posterior a su fijación según lo establecido en el artículo 41 ET referente a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

El horario de trabajo fija tanto el inicio como el final de la jornada laboral, como la distribución de las horas totales de la jornada ordinaria en la cual se divide la jornada anual.

III. Análisis de la jornada laboral

En este punto analizo cómo se visiona la jornada laboral desde diferentes normativas. Por un lado, el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) marco normativo nacional para su fijación y que establece los límites a la disposición que empresarios y trabajadores realizan de la jornada. Dentro del ámbito del ET profundizaremos en las modificaciones de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer al contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que han producido cambios en materia de tiempo de trabajo. Por otro lado, de manera breve y concisa hacemos alusión al tratamiento de la jornada que se realiza en la normativa internacional.

1. Estatuto de los Trabajadores

El Estatuto de los Trabajadores es la norma central, rige el derecho de los trabajadores a nivel nacional. Responde al mandato constitucional por el cual todos los ciudadanos tienen derecho a trabajar, sin ser discriminados por razón de sexo¹. Para lograr su igual cumplimiento en todo el territorio es necesaria la existencia de una regulación estatal, en este caso el ET. De hecho para la formación de ésta ley se han realizado consultas a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal. Por tanto, de esta manera se garantiza el derecho de las personas a escoger libremente su oficio o profesión y a percibir una retribución a cambio de su actividad, no pudiendo ser discriminados en el ámbito laboral por motivos de religión, raza, sexo, cultura o posición social.

Las relaciones laborales, derechos y obligaciones de empleados y empleadores, son reguladas mediante fuentes del derecho; en primer lugar, por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; en segundo lugar, por convenios colectivos; en tercer lugar, por la voluntad de las partes; y por último, los usos y costumbres profesionales y locales.

El ET se aplica a los trabajadores por cuenta ajena bajo la organización y dirección de un empresario. A la vez se aplica en contratos laborales de carácter especial, que se caracterizan por necesitar regulación específica. Se incluyen en esta relación, entre otros, los contratos de alta dirección, trabajo de presos en centros penitenciarios, deportistas profesionales y el servicio del hogar familiar.

¹ Artículo 35 de la Constitución Española, 1978. Boletín Oficial del Estado, 311, 29 de diciembre de 1978: *Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*

Es interesante constatar que el Estatuto no se aplica a funcionarios públicos en régimen administrativo o estatuario, a personas con cargos en órganos de administración, por trabajos familiares, trabajadores por cuenta propia, trabajadores mercantiles y, por último a las prestaciones personales obligatorias.

En resumen, el ET regula el mundo laboral, es decir, las relaciones laborales entre partes de manera general y amplia dejando la concreción de numerosos aspectos a los acuerdos por convenio colectivo y pactos entre empresarios y trabajadores. Por tanto, establece las normas mínimas exigibles en cualquier unión profesional, las cuales no pueden ser menoscabadas por disposiciones, convenios o acuerdos.

Concretamente, la jornada de trabajo se encuentra regulada en el Título I, Capítulo II, Sección 5ª, artículos 34 a 38 del ET. Estos preceptos hacen referencia: el 34 a la jornada; el 35 a las horas extraordinarias; el 36 al trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo; el 37 al descanso semanal, fiestas y permisos; y por último, el artículo 38 regula las vacaciones anuales. En relación, el precepto 40.2 CE establece que los poderes públicos tiene que fomentar las políticas que sean necesarias para garantizar el descanso necesario de las personas en el trabajo a través de la limitación de la jornada laboral y las vacaciones oportunas. Estas políticas se llevan a cabo, entre otras normativas, mediante la regulación de la jornada en el ET.

A. Visión general de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores

Tras la introducción desgranamos el ET aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

- **Artículo 34 ET.** Como se ha dicho, el artículo 34 del Estatuto hace referencia a la regulación general de la jornada, su duración máxima, como se concreta y como se computa. En la Sentencia de 21 de octubre de 1994 del Tribunal Supremo, se expresa que *la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio*². Cuanto al concepto de tiempo de trabajo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se manifiesta³. En el caso concreto, se trata de una cuestión prejudicial consistente en determinar si el artículo 2.1⁴ de la Directiva 2003/88⁵, sobre el tiempo de trabajo tiene que interpretarse en el sentido de que en determinados trabajos, como aquellos en los que es necesario grandes desplazamientos y carecen de dentro de trabajo fijo, el tiempo de desplazamiento domicilio-clientes constituye tiempo de trabajo. El Tribunal de Justicia declara que la Directiva define el concepto de

² Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil), de 21 de octubre de 1994 (Recurso 3149/1993). Ponente: *Leonardo Bris Montes*

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala tercera), de 10 de septiembre de 2015 (cuestión prejudicial). Ponente: *A. O. Caoimh*

⁴ “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) tiempo de trabajo: 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”

⁵ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 299 de 18.11.2003, pp. 9-19).

tiempo de trabajo como todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o funciones.

La jornada de trabajo se pacta en los convenios colectivos o individualmente en cada contrato que se realice. El ET no contiene una regulación general del horario laboral para todos los trabajos por la dificultad de establecer un régimen común que sirva para cualquier empresa. Ahora bien, la jornada ordinaria de trabajo es máxima de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, para cualquier actividad. Es decir, no es necesario que una persona trabaje 40 horas cada semana del año, sino que aún trabajando algunas semanas más o menos horas, al cabo del año el promedio de horas trabajadas debe ser de 40 horas semanales. *Se trata de una norma que fija un máximo anual de horas de trabajo, por lo que es un mínimo legal que se puede mejorar en beneficio del trabajador, tanto por convenio colectivo como por el pacto individual, reduciendo la jornada máxima legal*⁶. Por tanto, la jornada máxima de trabajo marca el límite entre la jornada ordinaria y extraordinaria.

Siguiendo en esta línea, en los convenios o acuerdos entre empresas y representantes de los trabajadores puede establecerse la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Esto significa que las empresas pueden programar en el calendario laboral la existencia de semanas en que las horas de trabajo excedan de 40 horas. Las horas afectadas a esta distribución dependen del pacto realizado y en defecto, la distribución será solo del 10% de la jornada de trabajo a lo largo del año. Por tanto, el empresario dispone de 180 horas al año que puede exigir, generalmente a través de alargar la jornada diaria o añadir días de trabajo. En este caso, la decisión de distribuir irregularmente la jornada tiene que estar vinculada con una necesidad de funcionamiento de la empresa que la realiza.

La distribución irregular provoca diferencias entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria. Ésta consecuencia es compensada según lo acordado en convenio colectivo o lo pactado entre la empresa y representantes de los trabajadores. Aclarar que el exceso de horas realizadas respecto a la jornada ordinaria no se consideran extraordinarias. Si no hubiere nada acordado por convenio colectivo ni pacto, las diferencias de horas tienen que ser compensadas en el plazo de doce meses desde que se produjeron. La distribución horaria explicada no es ilimitada, es necesario que se respete el tiempo de descanso diario y semanal establecido legalmente, además del preaviso mínimo de 5 días al trabajador del día y hora de la prestación de trabajo.

Sobre la materia se manifiesta el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de mayo de 2015⁷, en la que conoce del recurso de casación interpuesto por la representación de la Federación de Comercio Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras (FCHTCO). En el supuesto concreto, se alegan los motivos de infracción de derecho

⁶ José María Goerlich Peset, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. ED: Tirant lo Blanch. Valencia, 2016. P: 645

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 12 de mayo de 2015 (RJ/2015/5005), recurso de casación 153/2014. Ponente: *Miguel Angel Luelmo Millán*

sustantivo y de jurisprudencia referente a las disposiciones del Convenio Colectivo Estatal de grandes almacenes 2013-2016. FCHTCO entiende vulnerados los artículos 34.2 y 41 ET en relación con el artículo 27.3 y 27.8 del Convenio Colectivo, que versan sobre la distribución de la jornada. Por un lado, entienden que se contradice al ET ya que para fundamentar la distribución de la jornada el Convenio establece razones indeterminadas, utilizando la frase “para atender imprevistos” en el apartado 3 del precepto. Por otro, el apartado 8 dispone que la prestación de trabajo puede ser cualquier día de la semana para repartir la carga de trabajo. El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho tercero, declara que a pesar de la indeterminación que provoca la redacción del Convenio, el artículo ejemplifica lo que quiere decir con “imprevisto” y se contempla un mecanismo de control consistente en dar cuenta a la representación legal de los trabajadores, por lo que no se vulnera el articulado del ET que se alega. En defensa de los trabajadores, el TS aclara que los empleados ante la decisión del empresario pueden oponerse a la variación de jornada.

Volviendo a la jornada ordinaria, el apartado 3 del artículo 34 ET hace mención al número máximo de horas ordinarias diarias y al tiempo que debe mediar entre el final de una jornada y el comienzo de otra. Respecto al máximo de horas, éste es de 9 a no ser que por convenio colectivo o acuerdo se haya pactado una distribución distinta del tiempo de trabajo, siempre y cuando se respete el descanso entre jornadas que es de 12 horas mínimo. Ésta previsión de las horas que deben mediar entre jornadas es un límite real a las horas de la jornada laboral diaria. En este punto es necesario realizar una matización respecto a los menores de edad⁸. Este grupo de personas no pueden realizar jornadas de trabajo efectivo superiores a 8 horas incluyendo el tiempo de formación y las horas trabajadas para diferentes personas si fuera el caso. De cualquier modo, el tiempo de trabajo se computa de manera que, tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

Precisar que la jornada laboral puede ser de tres tipos: continuada, partida o con horario flexible. Es continuada cuando la prestación de trabajo que realiza el empleado en el día es ininterrumpida computándose los descansos establecidos legalmente. A jornada partida nos referimos a aquella en que el tiempo de trabajo se divide en dos fracciones por una interrupción. Por último, el horario flexible hace referencia a que el trabajador debe acudir al centro de trabajo en horas determinadas y el resto que faltan para completar su jornada las puede realizar en otro momento. Dicha jornada solo se contempla en convenios colectivos de ciertas actividades.

Para facilitar al trabajador el conocimiento de su tiempo de trabajo, las empresas anualmente realizan un calendario laboral y se expone en el centro de trabajo. El Gobierno a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social puede establecer ampliaciones y limitaciones en la duración y ordenación de la jornada de trabajo y los descansos en algunos sectores concretos.

⁸ A lo largo del texto legal se realizan diferenciaciones respecto a la jornada laboral y tiempo de descanso de trabajadores mayores y menores de edad.

La jornada de la que hemos estado hablando puede ser reducida por el empresario unilateralmente. Así lo dispone el artículo 47 ET. La disminución atañe a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de la empresa y su actividad. Para proceder a la disminución, se realiza una comunicación a la autoridad laboral y se abre un periodo de consulta con los representantes legales de los trabajadores

Dicha reducción, que será entre un 10 y un 70% de la jornada, puede ser temporal o permanente, entendiéndose que es ésta última si persiste durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. En ocasiones se confunde la reducción de jornada con la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sobre esta controversia conoce el Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha. En el caso concreto, el empresario reduce la jornada de una de sus empleadas y proporcionalmente su salario, por causas organizativas y productivas. Por un lado, el empresario fundamenta la reducción en el artículo 47 ET, el cual no prevé el derecho de la empleada a rescindir su contrato por esa razón. Por otro lado, la trabajadora mantiene que se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, concretamente de la jornada de trabajo, basando su posición en el artículo 41 ET. El apartado 3 del precepto dispone que ante la modificación de la condición inicialmente pactada sobre la jornada de trabajo, el empleado perjudicado tenga derecho a rescindir su contrato. El Tribunal Superior de Justicia se decanta por considerar dicha reducción como una modificación de las condiciones de trabajo, por lo que reconoce a la trabajadora su derecho a extinguir la relación laboral⁹.

El propósito de este precepto es la flexibilización de las condiciones de trabajo a favor de los objetivos empresariales respecto a la competitividad, productividad y organización del trabajo. El Tribunal Supremo¹⁰ manifiesta que la regulación actual es menos garantista, ya que anteriormente para poder llevar a cabo modificaciones sustanciales éstas debían obedecer a prevenir o mejorar la situación empresarial, mientras que actualmente las medidas que se tomen únicamente tienen que estar conectadas con los objetivos de competitividad, productividad u organización. Así mismo, el Tribunal Supremo señala que la nueva redacción de la ley puede llevar a entender eliminados los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicial que se exigían para realizar modificaciones hasta la reforma, de manera que en la actual redacción el control judicial se encuentra limitado a comprobar que las razones de la modificación guarden relación con la *competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa*.

Respecto al artículo 41 ET, el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de mayo de 2015, anteriormente citada, entra a determinar si el artículo 27.8 del Convenio Colectivo Estatal de grandes almacenes 2013-2016 vulnera el precepto 41 ET. El Convenio establece que para la modificación de la jornada habrá que atender al sistema establecido por el ET y mediante el procedimiento previsto en el propio convenio. Se denuncia la generalidad con la que el convenio trata las razones que pueden llevar a la modificación (reparto solidario del trabajo y

⁹ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, de 24 de mayo de 2015, rec. 7141/2014 (AS 2015, 978).

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social, sección 1ª), de 16 de julio de 2015 (recurso de casación 180/2014). Ponente: *Luis Fernando de Castro Fernández*

consecución del objetivo previsto). Al respecto, el TS esclarece que aunque sean causas no objetivas pueden considerarse causas organizativas¹¹, motivos que el ET si contempla como causa de la modificación de las condiciones de trabajo, aunque no implique que se entienda probada la causa alegada.

- **Artículo 35 ET.** Tras el análisis del artículo 34 ET, indagamos en el artículo 35 ET que versa sobre las horas extraordinarias. Éstas consisten en las horas de trabajo realizadas sobre la duración máxima de la jornada ordinaria. Existen dos tipos de horas extraordinarias propiamente dichas. En primer lugar, las horas que responden a las necesidades de producción. En segundo lugar, aquellas realizadas por causas de fuerza mayor, con la finalidad de prevenir o reparar siniestros, daños extraordinarios y situaciones de urgencia.

Para su recuento, la jornada del trabajador se registra día a día totalizándose en el período que haya sido fijado para abonar las retribuciones, por lo que se descontará de la jornada anual el total de horas anuales de trabajo pactadas y los días que no se trabajan, como los días festivos y periodos vacacionales.

La forma de retribución se establece por convenio colectivo, o en defecto en el contrato individual de trabajo. Su retribución se sufraga, como regla general, con el pago de una cuantía (mínimo por el valor de la hora ordinaria) o, en defecto de pacto, mediante la compensación por tiempos de descanso retribuido en igual número de horas que las trabajadas de manera extraordinaria¹². En cuanto a la compensación por descanso, la regla general es conceder una hora de descanso por hora extra, aunque puede acordarse una duración superior de descanso. La normativa establece que la compensación tiene que producirse dentro de los cuatro meses siguientes, pero no se trata de una obligación infranqueable, se prevé el acuerdo a través de pacto de la retribución en un tiempo distinto siempre que el trabajador esté de acuerdo y acepte, pudiendo alargar el periodo de 4 meses o acortarlo. Surge el problema del transcurso de dicho tiempo sin haber disfrutado del descanso y sin que haya pacto sobre la compensación de las horas extras, planteándose la idea de si el trabajador puede exigir la retribución. Este conflicto no ha sido tratado de manera concreta por la jurisprudencia ni la doctrina.

Respecto a la retribución de las horas, el valor de éstas se determina en base al salario ordinario y total, sumando los complementos correspondientes, como el de nocturnidad o peligrosidad, siempre que la realización de las horas se haya llevado a cabo en dichas circunstancias. En este sentido se manifiesta el Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹³, que conoce del recurso de suplicación interpuesto por SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, S.A, contra la sentencia que condena a la empresa a pagar las cantidades debidas a sus trabajadores en concepto de horas extraordinarias. Los motivos del recurso se centran en que, según la empresa, los complementos salariales no se suman a la retribución de las horas excepto pacto

¹¹ Artículo 41.1 ET, por el que la empresa puede llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo por causas organizativas

¹² María Dolores Rubio de Mediana, y Concepción Idígoras Hurtado, *Las horas extraordinarias, biblioteca básica de practica procesal* 2005. Núm. 286. Biblioteca básica de practica procesal. P. 16

¹³ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 178/2013 (Sala de lo Social, Sección 5ª), de 4 de marzo (recurso de suplicación 2655/2012). Ponente: *Alicia Catalá Pellón*. Fundamento de derecho segundo

en contrario, variando además según si las horas se realizan o no concurriendo las circunstancias que dan lugar a su devengo. El TSJ, con fundamento en la doctrina del Tribunal Supremo¹⁴, manifiesta que aunque el acuerdo por el cual se establece el valor de la hora extra en el sector no contiene una definición de dicha valoración, no es posible excluir de su cálculo los complementos que son de “percepción normal en el marco de la ejecución del contrato”. En conclusión, el valor de la retribución tiene que ser determinado computando el salario total y los complementos salariales, excluyendo circunstancias como penosidad o peligrosidad si las horas extras no se realizan bajo esas condiciones.

La realización de las horas extraordinarias ha sido flexibilizada permitiendo la negociación colectiva o celebración de pactos sobre ellas, lo que afecta al tiempo de trabajo. Aún así, no queda claro si el trabajo extraordinario puede ser impuesto por el empresario. Como regla general, el trabajador es libre para realizarlas o no, sin necesidad de justificación por su parte, excepto en los casos previstos como obligatorias por ley. Por convenio colectivo o contrato individual es posible puede imponer la obligación de trabajar horas extras de manera general o con especificaciones, siempre y cuando se respete el límite legal de horas fijado por el ET. Por tanto, no existe la facultad del empresario de imponer la realización de dichas horas, por lo que si el empleado no accede a llevarlas a cabo no puede ser perjudicado mediante despido, reducción salarial, amonestación o sanción. En esta línea se dicta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura¹⁵ en la cual se establece que *“la negativa a la prestación de trabajo una vez concluida la jornada, salvo en los casos excepcionales previstos por norma con rango de ley, no constituye causa de despido, ya que la realización de horas extraordinarias es voluntaria para el trabajador, salvo pacto en contrario en convenio colectivo o contrato individual, o en el caso de ser necesaria su realización para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes”*.

Cuestión importante en este tema son los límites que se imponen a la realización de horas extraordinarias. En primer lugar, el límite temporal. Consiste en que el número de horas realizadas de forma extraordinaria no puede ser superior a 80 horas al año, excepto las trabajadas que pasen de éste máximo, las cuales respondan a prevenir y reparar siniestros y daños extraordinarios, que sean urgentes y su necesidad no permita su realización posterior. Su realización es voluntaria, a no ser que estén acordadas por convenio colectivo, sean pactadas por contrato o se realicen por causas justificadas como las mencionadas, por ejemplo por daños.

Los trabajadores que lleven a cabo una prestación laboral en la cual realizan una jornada anual inferior a la jornada general de la empresa el número máximo anual de horas extraordinarias se reduce en proporción a aquella.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 1 de marzo de 2012, RCU 4478/2010; Sentencia 3 de abril de 2012, RCU 3222/2011)

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 375/2003 (Sala de lo Social, sección única), de 11 de junio (recurso de suplicación 351/2003). Ponente: *Pedro Bravo Gutiérrez*

El Tribunal Supremo ha plasmado en la jurisprudencia su visión restrictiva del concepto de horas extraordinarias como aquellas trabajadas sobre el máximo de la jornada ordinaria. Dispone que éstas horas pueden ser extraordinarias o no. Las segundas se excluyen de la retribución propia de las extraordinarias, por tanto se tienen como complementarias. Son pactadas entre empleador y empleado en contratos a tiempo parcial. El número de horas complementarias no puede ser superior al 30% de las horas ordinarias, aunque los convenios colectivos pueden fijar otro tanto por ciento sin que supere el 60% de horas de la jornada ordinaria de trabajo, ni sea inferior al 30%.

Mencionar por último el papel que el Gobierno juega en las horas de carácter extraordinario. Igual que en la duración de la jornada ordinaria, el Estado puede modificar reduciendo o suprimiendo la cantidad máxima de horas extraordinarias por un tiempo limitado, respondiendo a políticas de empleo de manera general o en ciertas actividades laborales.

El segundo límite es el subjetivo. No pueden realizarse horas extraordinarias por tres colectivos concretos: menores de edad¹⁶, trabajadores nocturnos¹⁷ y minusválidos contratados en Centros Especiales de Empleo¹⁸. Respecto a los menores de edad, no es posible que realicen horas de esas características porque su jornada efectiva diaria puede ser máximo de 8 horas. Por tanto, dentro de un contrato de 8 horas, es inviable la realización de horas extras, ya que su jornada de trabajo real excedería del límite establecido para ellos.

Cuanto a los trabajadores nocturnos, el artículo 36.1 del ET, sobre trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo, prohíbe expresamente la realización de horas extraordinarias por trabajadores que trabajen dicha jornada. Ahora bien, el artículo 32 del RD 1561/1995, de regulación de las jornadas especiales¹⁹, dispone que puedan llevarse a cabo horas extraordinarias con sujeción a diversas condiciones y límites. La principal limitación, es que la realización de dichas horas no puede provocar la superación de una jornada de 8 horas diarias de trabajo efectivo de promedio en un período de 4 semanas en los casos de reparación de siniestros y daños, y 4 meses para la ampliación de jornada que prevé ésta misma ley. Para hacer esto posible, cuando la ampliación se haga mediante horas extras, se reducirá la jornada de los trabajadores afectados en los días siguientes, hasta alcanzar el promedio en el período de referencia correspondiente.

Sobre el tema se pronuncia el Tribunal Supremo²⁰ desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 13 de febrero de 2015, la cual examina si los trabajadores de la Entidad Bomberos del Principado de Asturias (SEPA) deben ser considerados trabajadores

¹⁶ Artículo 34.3 del ET, sobre la jornada

¹⁷ Artículo 36.1 del ET, sobre trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo

¹⁸ Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. Boletín Oficial del Estado, 211, de 3 de septiembre de 1985

¹⁹ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. Boletín Oficial del Estado, 230, de 26 de septiembre de 1995

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 292/2016 (Sala de lo Social, sección 1ª), de 14 de abril (recurso de casación 119/2015). Ponente: *Fernando Salinas Molina*

nocturnos, y por tanto, no es posible que realicen horas extraordinarias. El Tribunal Supremo ratifica la sentencia impugnada verificando la condición de trabajadores nocturnos por realizar turnos de trabajo de 24 horas, por lo que consecuentemente no pueden realizar horas extraordinarias²¹ tal y como se pactó en el acuerdo celebrado entre el comité de empresa y la dirección del SEPA.

Por último, respecto a las personas minusválidas contratadas en Centros Especiales de Empleo, el artículo 13, sobre el tiempo de trabajo, del Real Decreto 1368/1985, establece la prohibición expresa de la realización de horas extraordinarias, excepto cuando sean necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños.

Un tercer y último límite, es el que hace referencia a determinadas actividades en las que no pueden realizarse horas extraordinarias. Se trata de trabajos en los que, consecuencia de sus características y particularidades, se prohíbe la realización de dichas horas, o se restringe su realización. Un ejemplo es el trabajo en el interior de las minas²², en el cual las horas extraordinarias solo pueden realizarse por los supuestos indicados en la lista del artículo 28 del RD 1561/1995²³. Son los casos de reparación o prevención de siniestros o daños extraordinarios, el deterioro o riesgo grave de pérdida de materias primas, o por circunstancias estructurales originadas por la naturaleza de la actividad minera.

- **Artículo 37 ET.** Después de haber indagado en los artículos anteriores, saltamos al artículo 37 del ET. No dispone argumentos relevantes que hagan referencia a la jornada laboral, pero sí a su limitación a través del descanso semanal, fiestas y permisos.

En primer lugar, el descanso semanal es obligatorio para todos los trabajadores, el ET lo contempla como un derecho. El descanso semanal mínimo es de un día y medio ininterrumpido englobando con carácter general el sábado por la tarde o el lunes por la mañana, y el domingo, aunque por acuerdo entre las partes puede establecerse el descanso en días distintos, por ejemplo en actividades concretas como guardas, vigilantes o personal de restauración.

Se puede acumular por períodos de hasta 14 días. Para menores de edad el descanso mínimo semanal se incrementa, siendo de dos días ininterrumpidos.

En segundo lugar, encontramos las fiestas laborales. Las características principales son su retribución y no recuperabilidad. No pueden ser superiores a 14 al año, dentro de las cuales dos son locales, y se respetan en todo caso las fiestas nacionales de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo (Fiesta del trabajo) y 12 de octubre (Fiesta Nacional de España). El gobierno puede realizar traslado a los lunes de las fiestas nacionales que tienen lugar entre semana. Dentro del máximo de 14 fiestas anuales, las Comunidades Autónomas pueden

²¹ Artículo 36.1 ET. “[...]La jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días. Dichos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias”.

²² María Dolores Rubio de Mediana, y Concepción Idígoras Hurtado, *Las horas extraordinarias*. P. 21

²³ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. Boletín Oficial del Estado, 230, de 26 de septiembre de 1995

señalar las que les sean propias sustituyendo las nacionales que permita la ley. Es una norma de máximos, no pudiendo añadir días festivos ni de manera unilateral ni por convenio colectivo.

En tercer lugar, referenciamos los permisos previstos en el artículo 37.3 del ET. Los empleados pueden solicitar permisos con preaviso y justificación, de manera que aquellos se vuelven remunerados.

El precepto establece una lista *numerus clausus* de los motivos por los que disfrutar de un permiso, y el tiempo máximo por el que se conceden.

- “Quince días naturales por matrimonio.
- Dos días por nacimiento de un hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. El plazo se amplía a 4 días cuando el empleado deba desplazarse.
- Un día por traslado del domicilio habitual.
- Por el tiempo indispensable para cumplir de un deber inexcusable de carácter público y persona, comprendiendo el sufragio activo. En este caso, si el trabajador por cumplimiento del deber percibe indemnización, se descuenta el importe del salario al que tuviera derecho.
- Para realizar funciones sindicales o de representación del personal según la normativa legal
- Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto. En casos de adopción para la guarda con fines de adopción o acogimiento”.

B. Modificaciones de la normativa

A lo largo de los años se han producido dos modificaciones normativas importantes en materia laboral, concentradas, las más actuales, en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral²⁴ y el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer al contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores²⁵.

La actividad normativa producida en el tiempo transcurrido entre el año 2012 a 2015 ha tenido tres objetivos principales: combatir la crisis económica a través de la reforma del mercado laboral; garantizar la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social; y mejorar el ordenamiento jurídico – laboral.

²⁴ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Boletín Oficial del Estado, 162, de 7 de julio de 2012

²⁵ Real Decreto – Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 305, de 21 de diciembre de 2013

- **Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral**

Para estructurar el estudio de la ley y Real Decreto, en primer lugar, hacemos alusión al Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral²⁶ (en adelante RD 3/2012) y la Ley 3/2012, de 6 de julio.

La ley 3/2012 se promulga como respuesta a la crisis que desde 2007 debilita el mundo laboral español, lo cual se suma a las “debilidades del modelo laboral español”²⁷.

Cuanto a la materia que ocupa este trabajo, concretamos en los cambios que se producen en la jornada laboral regulada en el artículo 34 del ET aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo²⁸. En este sentido, se introduce en el articulado diferentes derechos y promociones. Primeramente, el RD 3/2012 introduce en el apartado 2 del artículo un punto clave para el sostenimiento de las empresas y su productividad. Expresa que si no se ha dispuesto nada en convenio colectivo o se ha definido en pacto entre empresa y representantes de los trabajadores, se puede distribuir irregularmente el 5% de la jornada laboral a lo largo del año. Antes de la modificación no es que no se especifique el tanto por ciento, sino que no existe la opción a modificar unilateralmente la jornada, en defecto de pacto o convenio. Finalmente, en la redacción de la ley 3/2012 se dispone la distribución irregular de la jornada laboral a lo largo del año pero en un 10%, no en un 5% como disponía el RD 3/2012. Por tanto, la empresa unilateralmente puede variar unas horas de la jornada sin coste adicional puesto que no implica un cambio de las horas pactadas en convenio o contrato de trabajo. Por ejemplo, si la jornada anual corresponde a 1700 horas, se podrá distribuir de forma irregular 170, respetando el límite máximo de descanso diario y semanal.

De este cambio se deriva la concesión al empresario de una amplia libertad para modificar autónomamente la jornada del trabajador sin tener en cuenta sus obligaciones no profesionales. Ahora bien, a favor de esta medida decir que la distribución irregular es una manera de adaptar las necesidades de producción y optimizar el funcionamiento de la empresa. Como consecuencia de esta alteración del precepto, además del límite ya establecido en la anterior regulación consistente en que la distribución tiene que respetar los períodos mínimos de descanso diario y semanal, se introduce el concepto del preaviso. Esta segunda modificación, introducida directamente en la ley, consiste en que el trabajador tiene que conocer la decisión de distribución irregular de su jornada mínimo 5 días antes de aquél en que empiece dicha distribución, dándole a conocer el día y hora de la prestación de trabajo. Es una manera de proteger al empleado frente a las decisiones derivadas de la situación productiva, económica o estructural de la empresa, la cual perturba la rutina de aquellos que por ejemplo debiendo hacerse cargo de una familia necesitan tiempo para planificar y reestructurar sus obligaciones no laborales. Ahora bien, se trata de un preaviso prudencial, es decir, no se exige una causa de

²⁶ Real Decreto – Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Boletín Oficial del Estado, 36, de 11 de febrero de 2012

²⁷ Revista Española de Derecho del Trabajo, 183, enero 2016. P. 15.

²⁸ 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 (derogada). Boletín Oficial del Estado, 75, de 29 de marzo de 1995

justificación. Este carácter prudencial entra en conflicto con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo²⁹, la cual en el artículo 19 precisa la concurrencia de razones objetivas, técnicas o de organización de trabajo³⁰. Queda patente la inadecuación entre la normativa comunitaria y estatal en este punto, siendo la Directiva más garantista de los derechos y necesidades de los trabajadores.

Una tercera variación realizada por la ley, se advierte en el apartado 8 del mismo artículo. Se introduce un nuevo párrafo en el cual se dispone la promoción de la jornada laboral continua, el horario flexible, la organización del tiempo de trabajo y demás medidas que hagan posible la mayor conciliación de la vida familiar, personal y laboral de los empleados, de manera que también aportaría beneficios a las empresas ya que los trabajadores estarían más motivados y valorados cosa que se refleja en el trabajo.

Seguidamente, se realiza una modificación en el artículo 12.4 c) relacionada con el artículo 35 del ET. El artículo 12.4 c) dispone que en el caso de trabajadores indefinidos exista la posibilidad de realizar horas extras acumuladas a la posible celebración de un pacto de horas complementarias. De esta manera se favorece la flexibilidad empresarial. Las horas extraordinarias, pueden ampliar la jornada ordinaria de trabajo tanto de trabajadores con contrato indefinido como temporal. Dichas horas no requieren, a diferencia de las complementarias, la formalización de un pacto previo con el trabajador, siendo voluntarias excepto en casos de prevención o reparación de siniestros y daños extraordinarios y urgentes, y si no han sido pactadas previamente de forma individual o colectiva³¹. Esta medida de flexibilización beneficia a la parte empresarial al poder disponer del tiempo de trabajo para ajustarlo a las necesidades de organización y producción de la empresa, y perjudica a los trabajadores, sobre todo a tiempo parcial, dotando su situación de carácter precario.

Analizados los cambios del artículo 35 saltamos al precepto 37 puesto que en el 36 no se realizan alteraciones ni introducciones por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Para empezar, en el apartado 4 se contemplan cambios importantes ya que deja de verse únicamente a las mujeres trabajadoras como aquellas que pueden disfrutar de ausencias en el trabajo para la lactancia de un menor. Antes de las modificaciones el artículo solo establecía la posibilidad de la ausencia del puesto de trabajo de las trabajadoras por tener un hijo menor de nueve meses, y el aumento del tiempo de una hora por partos múltiples. Como se puede apreciar en el RD 3/2012, ahora son todos los trabajadores los que pueden hacer uso de ese tiempo de una hora (incrementándose proporcionalmente en el caso de nacimiento, adopción

²⁹ Unión Europea Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Diario Oficial 18 de noviembre de 2003, núm. 299. P. 6

³⁰ Juan Carlos Benito – Butrón Ochoa, Juan Ignacio Marcos González, y Cristóbal Molina Navarrete. *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012, ¿Aplicación o recreación?*. 2013. P. 40

³¹ Javier Thibault Aranda (dir.), y Ángel Jurado Segovia (coord.). *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*. 2012. Pp. 161 - 162

o acogimiento múltiple) pero no solo por hijos menores de nueve meses, sino también en supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento hasta que cumplan los nueve meses. Por tanto, se amplían considerablemente las situaciones en las cuales los padres, adoptantes o acogedores pueden ausentarse de su puesto de trabajo, dando así cobertura a condiciones familiares asimiladas al nacimiento de un hijo y dando prioridad al principio de igualdad. Dichos casos también se aplican en el caso de que se tenga más de un hijo, adoptado o acogido. En la misma línea, en el párrafo segundo del apartado se cambia el hecho de que sea la mujer la que puede ejercer el derecho a ausencia, quedando redactado que el trabajador puede substituir la hora de ausencia por una reducción de jornada. Además, se constituye el permiso como un derecho individual de los trabajadores aunque solo pueda ser ejercido por uno de los progenitores si los dos están empleados. Dichas modificaciones posteriormente quedan aprobadas e incluidas en la Ley 3/2012.

Seguidamente, el apartado 6 se pronuncia sobre la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y la reducción de jornada, y a quién competen. Se introduce por el RD 3/2012, que por convenio colectivo puedan establecerse medidas y criterios para la concreción de la reducción de jornada para personas que tengan la guarda legal de un menor de 8 años o persona discapacitada. En el anterior ET no se contemplaba que los convenios colectivos pudieran establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada en atención a la conciliación familiar y laboral del trabajador.

Finalmente, el precepto queda redactado haciendo alusión a lo incorporado por el RD 3/2012 y a lo dicho líneas más arriba sobre la guarda legal de menores de 8 años y personas con discapacidad, sin mencionar la conciliación entre la vida personal y familiar.

En el segundo párrafo del apartado 6, se dispone que las discrepancias entre empleado y empleador sobre la concreción horaria y períodos de disfrute de los permisos se resuelven, ya no por el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral³², que está derogada, sino por el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social³³.

Aún en el artículo 37, pero en su apartado 7, encontramos de nuevo modificaciones. En la redacción anterior al RD 3/2012 y en este mismo, se disponía que *las trabajadoras víctimas de violencia de género tendrían derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario*. En la Ley 3/2012 se amplían los casos en que se puede acceder al derecho de disminución de la jornada laboral; por un lado, ya no se contempla únicamente como un derecho de la mujer, sino también del hombre que sea víctima de violencia de género, o terrorismo; por otro lado, ahora también se prevé el acceso a la disminución de jornada para los casos de terrorismo. Por

³² Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (derogada). Boletín Oficial del Estado, 11 de abril de 1995

³³ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado, 245, de 11 de octubre de 2011

tanto, se concede una cobertura mayor a los trabajadores de ambos sexos en los casos en que necesiten protección o ayuda para superar o evitar situaciones conflictivas y violentas, entre otros, en el ámbito familiar.

Las modificaciones introducidas en el artículo 38 no se analizan debido a que hacen referencia a la posibilidad de que el período vacacional coincida con una incapacidad del trabajador, la cual cosa no es objeto del trabajo.

Tras el examen de las modificaciones realizadas por el RD 3/2012 y la Ley 3/2012, podemos decir que la alteración del antiguo ET provoca una mayor protección de los trabajadores respecto a los derechos que le son propios, regulados en el artículo 4 del ET. Concretamente, podemos vincularlas con sus derechos en la relación de trabajo, especialmente respecto a las modificaciones que se pueden llevar a cabo en las condiciones de trabajo, en este caso, en la jornada laboral. Así mismo, se relacionan las modificaciones con el derecho de la persona a no ser discriminada de forma directa o indirecta en el puesto de trabajo por razón de sexo. Como hemos señalado, deja de verse a las trabajadoras como las únicas empleadas que pueden disfrutar de permisos de lactancia y reducciones por motivos de violencia de género o terrorismo, ampliando estos derechos al sexo masculino, dando lugar a una normativa laboral más garantista, dinámica y flexible respecto a la jornada de trabajo.

- **Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer al contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores**

Posteriormente a las reformas implementadas por la Ley 3/2012, se redacta un nuevo Real Decreto – Ley 16/2013, de 20 de diciembre³⁴. Quiere ser la continuación de la reforma realizada en 2012, la cual ha beneficiado a la flexibilidad interna de las empresas, favoreciendo la contratación indefinida y la dinamización de las negociaciones colectivas en un marco de mayor igualdad en las relaciones laborales, frenando la destrucción de empleo.

A pesar de la mejora en el ámbito laboral, el crecimiento previsto para los años posteriores era moderado, por no decir escaso. Por estos motivos, se actúa mediante la inserción de nuevas medidas para incrementar la contratación estable y empleabilidad de los trabajadores.

Concretamente, se producen modificaciones en los artículos 34 y 37 de la Ley 3/2012. En el artículo 1.3 del RD 16/2013, sobre el fomento del trabajo a tiempo parcial y de la flexibilidad en el tiempo de trabajo, se dispone la introducción en el apartado 2 del artículo 34 que la compensación por las diferencias entre la jornada realmente realizada y la duración máxima que debe tener la jornada ordinaria legal o pactada, se puede exigir según lo que se haya acordado en convenio colectivo, o por acuerdo. Si no existiera convenio o

³⁴ Real Decreto – Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 305, 21 de diciembre de 2013

pacto, las diferencias de jornada, por la distribución irregular de la jornada, serán compensadas en un plazo de 12 meses desde que se producen. Como se puede ver, antes de la introducción de éste párrafo no se regulaba en el ET la forma en que tenían que compensarse las variaciones producidas por la distribución irregular de la jornada, por lo que los empresarios podían jugar con ese vacío legal sin tener en cuenta las necesidades y peticiones de los empleados, y realizando las compensaciones en un tiempo indeterminado, ya que no se preveía ningún límite temporal para llevarlas a cabo.

A continuación, en el artículo 1.4 del RD 16/2013, se modifica levemente el apartado 5 del artículo 37. Se dispone que, quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo un menor de 12 años o persona discapacitada física, psíquica o sensorialmente, siempre que no sea retribuida, tiene derecho a una reducción de la jornada diaria de trabajo, disminuyendo proporcionalmente el salario entre un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. La diferencia respecto a la redacción del precepto en la Ley 3/2012, es que en ésta la edad del menor debía ser de 8 años o inferior para poder optar a la reducción de jornada; mientras que en el RD 16/2013, la edad se eleva a 12 años, por lo que las personas que tengan a cargo algún menor de dicha edad o inferior podrán hacer uso de su derecho a la reducción de jornada. Se amplía el margen en 4 años, de forma que se da mayor cobertura a aquellos trabajadores que por diferentes circunstancias están a cargo de niños o personas con problemas de discapacidad.

Por un lado, la introducción en el articulado sobre la compensación de la distribución irregular de la jornada responde a mejorar la flexibilidad interna de las empresas respecto al tiempo de trabajo, para adecuar la jornada laboral a las necesidades productivas de la empresa y así evitar la destrucción de puestos de trabajo por esa razón.

Por otro lado, respecto al aumento de la edad de los menores para poder disfrutar de la reducción de jornada por sus guardadores legales, es consecuencia de “la necesidad de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral que, a su vez, contribuirán a la creación de empleo, sobre todo, de las mujeres”³⁵.

El actual Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre³⁶, no contiene modificaciones relativas a la jornada de trabajo. Su objetivo es integrar de manera armonizada las disposiciones y normas con rango de ley que han ido modificando el ET aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Dichas modificaciones son propuestas y aprobadas con la finalidad de mejorar la situación del mercado laboral y la flexibilidad interna de las empresas, para poder adaptar, entre otros, los contratos de trabajo y la jornada laboral a las necesidades empresariales evitando la eliminación de empleo, y favoreciendo su mantenimiento y crecimiento.

³⁵ Preámbulo del Real Decreto – Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 305, de 21 de diciembre de 2014

³⁶ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 255, de 24 de octubre de 2015

2. Normativa Internacional

A nivel internacional existen diferentes convenios, instrumentos normativos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los más significativos son el Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas),³⁷ el Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas)³⁸, y la Directiva relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo³⁹.

El primer Convenio hace referencia a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas, el cual fue adoptado el 28 de junio de 1930 y entró en vigor el 29 de agosto de 1933. El primer artículo especifica el personal al que se aplica, entre otros a establecimientos comerciales, y establecimientos y administraciones cuyo personal realice trabajos de oficina. A continuación, tras definir el concepto de horas de trabajo, establece que las horas de trabajo del personal al que se aplica el convenio no puede exceder de cuarenta y ocho horas por semana y ocho por día, aunque por el artículo 3, dichas horas pueden distribuirse de distinta manera mientras que la jornada diaria no supere las diez horas de trabajo efectivo. El convenio brinda la posibilidad de que los reglamentos de la autoridad pública, previa consulta a las correspondientes organizaciones de empleadores y trabajadores, autoricen otra distribución de las horas de trabajo en un período mayor, siempre y cuando no se exceda de las cuarenta y ocho horas por semana y de las diez diarias. Igual que la obligación de registro de la jornada marcada en el Estatuto de los Trabajadores para los contratos a tiempo parcial, el Convenio número 30 establece un instrumento para el control de la jornada de los trabajadores⁴⁰. Consiste en dar a conocer el trabajador las horas de inicio y finalización de la jornada, y de los descansos, además de inscribir en un registro las horas extraordinarias efectuadas. De esta manera se pretende la protección del trabajador y evitar abusos e ilegalidades, para lo que se permite la imposición de sanciones en caso de no aplicarse las disposiciones del Convenio.

Respecto al Convenio sobre el descanso semanal en oficinas y comercios, se adoptó el 26 de junio de 1957 y entro en vigor el 4 de marzo de 1959. El artículo 6 establece el disfrute de un descanso semanal ininterrumpido de veinticuatro horas en el curso de cada período de siete días, a no ser que sean aplicables los artículos 7 y 8 del mismo convenio. Es decir, a no ser que por la naturaleza del trabajo o los servicios que se

³⁷ Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y oficinas – C030, 30, 28 de junio de 1930

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C030

³⁸ Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas) relativo al descanso semanal en el comercio y oficinas – C106, 106, 26 de junio de 1957

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C106

³⁹ DIRECTIVA 2003/88/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

⁴⁰ Artículo 11 convenio sobre las horas de trabajo, de 28 de junio de 1930

proporcionan se necesite más personal⁴¹, o por autorizarse excepciones totales o parciales⁴², no sea posible respetar el mínimo de veinticuatro horas

Analizando el Estudio General acerca del Convenio sobre el trabajo forzoso, número 29 de 1930⁴³ y el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, realizado en 2007⁴⁴, vemos que la obligación de trabajar horas extraordinarias no se entiende como trabajo forzoso siempre y cuando el número de horas trabajadas no exceda del límite marcado por la ley nacional e internacional. De la misma manera, amedrentar con la imposición de sanciones o despidos tampoco se considera trabajo forzoso, sino que dicho comportamiento se entiende como imposición de trabajo bajo amenaza. Es la respuesta que la Comisión da a las preguntas realizadas por diferentes gobiernos sobre si la obligación de realizar horas extraordinarias vulnera el Convenio número 29⁴⁵.

Por último, indago brevemente en la Directiva 2003/88/CE, aplicable a los períodos mínimos de descanso diario, semanal y vacacional, y sobre aspectos concretos del trabajo nocturno. Respecto al tiempo de trabajo analizado a través del Estatuto de los Trabajadores, el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva define el concepto de *tiempo de trabajo* entendido como el <<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 nacionales>>.

IV. Convenio del sector de la hostelería

El marco legal en que se basan y redactan los convenios colectivos está compuesto de un conjunto de leyes autonómicas, estatales e internacionales. En el ámbito autonómico, encontramos en Cataluña el Decreto 352/2011, de 7 de junio, de reestructuración del Departamento de Empresa y Empleo y, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico de la Generalitat de Catalunya. En una esfera superior, a nivel estatal principalmente se legisla en base al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y, el Real Decreto 713/210, de 28 de mayo, de los contratos y convenios colectivos de trabajo. Por último, a nivel internacional el marco legal principalmente alude a 4 directivas de la Unión Europea. En primer lugar, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En segundo lugar, a la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la

⁴¹ Artículo 7 Convenio sobre el descanso semanal

⁴² Artículo 8 Convenio sobre el descanso semanal

⁴³ Estudio general acerca del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), 2007. Párrafo 132

⁴⁴ Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105) – C105, relativo a la abolición del trabajo forzoso

⁴⁵ Convenio sobre el trabajo forzoso, 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 28 de junio de 1930

obligación de que el empresario informe al trabajador de las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral. En tercer lugar, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, 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. En cuarto y último lugar, los convenios se basan en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Actualmente, los sectores del turismo y hostelería son los principales motores económicos de Cataluña. Por tanto, es importante regular dichas actividades ante su importancia como fuente de ingresos de la comunidad autónoma. Concretamente, el Convenio de hostelería⁴⁶ regula las relaciones laborales entre trabajadores y empresarios en el sector hostelero.

Se trata de un convenio interprovincial, pactado por la Confederación Empresarial de Hostelería, Restauración y Apartamentos Turísticos de Cataluña, la Federación de Servicios por la movilidad y el consumo de UGT de Cataluña y, por la Federación de Comercio, Hostelería y Turismo de Cataluña.

El convenio tiene una duración inicial de tres años, desde el día 1 de enero de 2014, al 31 de diciembre de 2016. Transcurrido este tiempo, se prorrogará de manera tácita y automáticamente de año en año. A pesar de su entrada en vigor, se aplica el IV Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el sector de Hostelería aunque en materia de jornada de trabajo se utilizará el nuevo convenio.

Igual que el ET, el Convenio establece las condiciones mínimas que debe haber en las relaciones laborales entre empleados y empleadores⁴⁷

En el Capítulo II, artículo 2 de dicho convenio se dispone una lista *numerus clausus* de los sectores y actividades a las que se aplica, y que se incluyen dentro de éstas. En el artículo 2.1. a) encontramos la Hostelería, englobando las empresas dedicadas profesionalmente a proporcionar alojamiento a las personas, ofreciendo o no servicios complementarios⁴⁸.

Específicamente, sobre la jornada de trabajo, el artículo 28 del Convenio de Hostelería dispone que “la jornada máxima anual para los trabajadores será de 1791 horas de trabajo efectivo durante los dos años de vigencia del Convenio, equivalente a aplicar en cómputo anual la jornada de 40 horas semanales”. Como se

⁴⁶ Resolución EMO/2812/2014, de 2 de diciembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de trabajo interprovincial del sector de la industria de hotelería y turismo de Cataluña para los años 2014, 2015 y 2016. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, 6776, de 23 de diciembre de 2014

⁴⁷ Artículo 8 sobre condiciones más beneficiosas y garantía *ad personam*, de la Resolución EMO/2812/2014, de 2 de diciembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de trabajo interprovincial del sector de la industria de hotelería y turismo de Cataluña para los años 2014, 2015 y 2016. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, 6776, de 23 de diciembre de 2014

⁴⁸ Artículo 2.2. a) del Convenio de Hostelería.

puede ver, aunque se indica un número concreto de horas el cómputo anual será de 40 horas semanales, tal y como establece el ET.

Dicha jornada puede ser continuada o partida; si es partida, los turnos son máximo de 5 horas y mínimo de 3 con un descanso entre turnos de hora y media mínima.

En este aspecto, las empresas tienen la facultad de establecer la jornada continuada o irregular en establecimientos en que las necesidades de los servicios lo requieran. También puede reducirse el descanso entre jornadas a 10 horas, en vez de las 12 que marca el ET. Ahora bien, la reducción nunca puede afectar a menores de 18 años, discapacitados, trabajadoras embarazadas, trabajadores con reducción de jornada por guarda legal, o contratos de formación, y empleados en turno nocturno. Además, dicha reducción tiene que ser conocida por los empleados afectados y la representación legal de los trabajadores con 14 días de antelación.

Respecto al descanso semanal, regulado en el artículo 29 del Convenio, es de 2 días ininterrumpidos, a no ser que se pacte otro tiempo entre la empresa y la representación de los trabajadores.

Es importante citar en este punto el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (en adelante RDJET)⁴⁹. Las jornadas especiales de trabajo se fundamentan en las jornadas previstas en el artículo 34.7 ET.

A través del RDJET, el Gobierno previa consulta a organizaciones sindicales y empresariales representativas, establece ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo, incluyendo la modificación de los descansos en sectores específicos para su mayor flexibilización. Por tanto, responde a la necesidad de adaptar el marco normativo general a las necesidades y particularidades de la actividad profesional de determinados sectores laborales, como el comercio y la hostelería.

Las disposiciones del RDJET, al ser especiales, se aplican preferentemente al ET, por lo que éste último se aplica siempre y cuando no se oponga a dicha normativa.

Siguiendo con el análisis estructural del RDJET, hay que prestar especial atención al artículo 2, incluido en las disposiciones generales. Hace referencia a los regímenes de descanso alternativos, es decir, los descansos entre jornadas y semanales dispuestos en el ET pueden ser reducidos, siempre que como contrapeso se otorguen al trabajador descansos alternativos con una duración, al menos, igual a la reducción que se ha llevado a cabo, de la forma que se haya pactado o acordado. Cabe aclarar que en este punto la norma es permisiva en cuanto a los descansos entre jornadas, ya que se permite por convenio colectivo ordenar de forma distinta la compensación de las reducciones⁵⁰. Por tanto, el RDJET otorga la posibilidad de que en ciertos casos se disminuya el tiempo de descanso entre jornadas, reducido ya por el Convenio de Hostelería (de 12 a 10 horas), pudiendo resultar aquél inferior a 10 horas.

⁴⁹ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. Boletín Oficial del Estado, 230, de 26 de septiembre de 1995

⁵⁰ Artículo 2.1, Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo

Para evitar un exponencial abuso en materia de descanso laboral, el RDJET prohíbe la compensación pecuniaria de las reducciones, por lo que de una u otra forma el empleado tendrá que disfrutar de las horas de reposo que le pertenecen por ley.

Otro aspecto a destacar es la regulación de la ampliación de jornada concretamente en los sectores del comercio y hostelería. Sobre la acumulación del medio día de descanso semanal que pertenece por ley a los trabajadores, se establece que por Convenio colectivo o acuerdo se puede llevar a cabo dicha acumulación por períodos de hasta máximo 4 semanas, o en vez de la acumulación descansar el medio día en otro día de la semana.

También por Convenio o acuerdo se puede acumular el medio día de descanso en períodos superiores a las 4 semanas e inferiores a 4 meses. Esto responde a las necesidades de la actividad hotelera, por su carácter estacional y para facilitar que el descanso del trabajador pueda llevarse a cabo en su domicilio si entre el centro de trabajo y aquél hay una gran distancia⁵¹.

Vista la normativa aplicable al sector hotelero, procede realizar una crítica de la situación actual que se aprecia en el sector, en el cual en innumerables ocasiones no se respetan las condiciones mínimas de trabajo respecto a la jornada indicadas por el Convenio y el RDJET.

Respecto al número de horas de la jornada máxima anual, ésta debe ser equivalente a aplicar en cómputo anual la jornada de 40 horas semanales. En la crisis que envuelve al país desde hace ya unos años, se ha excedido dicho cómputo por los trabajadores de forma individual, entre otras causas, por falta de personal para cubrir las necesidades de la actividad de la empresa, o por pura “explotación” de personas que necesitan trabajar más horas de las que son contratadas por su situación personal y familiar, pagando el empresario dicha fuerza de trabajo por debajo del importe mínimo, apoyando la economía sumergida y sin ser consideradas horas extraordinarias (sobrepasando incluso el máximo de 80 horas anuales previstas en el Convenio para el caso de que sean compensadas económicamente)⁵².

Por tanto, las horas efectivas de trabajo realizadas no se corresponden con las realmente realizadas. Hay que tener en cuenta también el número de horas trabajadas por los empleados que no son pactadas en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

⁵¹ A artículos 6 y 7 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo

⁵² Artículo 34, sobre horas extraordinarias, del Convenio colectivo de trabajo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña

Promedio de horas efectivamente trabajadas por semana por asalariado según sexo y actividad económica en 2014

Ambos sexos	Horas semanales efectivamente trabajadas
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	37
Manufacturas	38,8
Construcción	38,9
Comercio, Transporte, Hostelería	36,2
Suministro de electricidad, gas y agua	38,9
Actividades administrativas y servicios auxiliares y sociales	33,8
Educación	33,6
Actividades sanitarias y de servicios sociales	43.426,1

Tabla extraída de las estadísticas realizadas por ILOSTAT

La tabla estadística muestra las horas semanales pactadas entre empresarios y empleados, realizadas por éstos últimos durante el año 2014. Se puede apreciar que en el sector hotelero se establece una media anual de 36,2 horas semanales. Ahora bien, como muchos teóricos del derecho laboral y la propia ciudadanía conocen, no es una cifra que refleje la realidad laboral. Ya en el año 2011, punto álgido de la crisis, en la actividad que nos ocupa el número de horas extra trabajadas y no retribuidas alcanzaba la media de 11,5 horas.

Actualmente, dicha cifra se encuentra en una media de 12,5 horas extra a la semana. Es lógico teniendo en cuenta que nos encontramos en un tiempo de mejora, sobre todo en el sector de los servicios y la hostelería como consecuencia del crecimiento del turismo nacional e internacional que a su vez hace prosperar la economía del país y, consecuentemente el mercado laboral aunque con algunas precariedades, como es el auge de la contratación temporal frente a la indefinida.

Otro aspecto en que no se asemejan la normativa y la realidad es en el descanso semanal. Como se ha explicado, dicho descanso tiene que ser de 2 días ininterrumpidos, excepto pacto con el empresario. Pues bien, existen multiplicidad de casos en que dicho descanso llega a ser como mucho de 1 día. Como experiencia personal, encontré que tras un par de semanas de realizar descansos de 2 días semanales, los dos meses posteriores solo podía disfrutar de uno o un día y medio de descanso.

Por tanto, se está muy lejos de aplicar la normativa correspondiente, perjudicando consecuentemente a los empleados que por necesidad se ven obligados a soportar las condiciones de sumisión, emporando su condición anímica y derivando en una menor productividad.

V. Convenio del sector del comercio

Cataluña es el mayor motor comercial, a nivel interno, del territorio español. El informe del comercio interregional, realizado por el Centro de Predicción Económica, atribuye a la comunidad autónoma unas ventas de 44.000 millones de euros. Conjuntamente con el sector turístico y hotelero, el comercio reporta grandes beneficios para Cataluña, por el consumo tanto de personas físicas como privadas, nacionales y extranjeras.

Es importante que esté regulado detallada y estructuradamente. Por ello, la Resolución EMO/1769/2015, de 24 de julio, dispone la publicación del IX Convenio Colectivo de trabajo del sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio para los años 2015-2016⁵³. Es fruto de negociaciones y movilizaciones que duraron dos años, iniciados con dos posturas y peticiones totalmente contradictorias; por un lado, los empresarios mediante la Confederación del Comercio de Cataluña; y por el otro, la Federación de Servicios de CCOO de Cataluña y la Federación de Servicios para la Movilidad y el Consumo de Cataluña.

El Convenio se estructura en dos títulos, disposiciones finales, una única disposición adicional y un anexo. El Título I versa sobre las partes a las cuales se aplica el Convenio, su ámbito de aplicación (funcional, territorial, personal y temporal) y el modo de gestión del Convenio mediante una Comisión paritaria.

El Título II trata sobre las condiciones de trabajo, incluyendo a su vez 12 capítulos sobre la organización del trabajo, la clasificación profesional, los ingresos, períodos de prueba y ceses, contratación, tiempo de trabajo, percepciones salariales y extrasalariales, previsión social, deberes sindicales y representación de los trabajadores, faltas y sanciones, seguridad, salud y prevención de riesgos laborales, formación profesional y, por último gestión medioambiental.

A continuación, se disponen las cláusulas finales, indicando una serie de principios a seguir en la regulación de la relación laboral entre empresario y trabajador. Se trata de 3 principios: igualdad retributiva o equidad, no discriminación por razón de raza, etnia o cultura y, protección a los empleados y empleadas víctimas de violencia de género.

Seguidamente, el Convenio dispone de una cláusula adicional única, consistente en disponer que en caso de que la aplicación del Convenio se extienda a empresas o trabajadores a los que en principio no les es de aplicabilidad aquél, se mantendrá en el aspecto salarial el régimen jurídico que se les haya aplicado hasta el momento, siempre y cuando el sistema de retribución comporte un salario inferior, en cómputo anual, al previsto en el Convenio.

⁵³ Resolución EMO/1769/2015, de 24 de julio, por la que se dispone la inscripción y publicación del IX Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio para los años 2015 y 2016. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, 6926, de 3 de agosto de 2015

Finalmente, en la parte final del Convenio hay un primer anexo con tablas salariales para los años 2015 y 2016, un segundo anexo con la distribución de las categorías profesionales según el nivel de ingresos y, un tercer y cuarto anexo con las tablas salariales que se aplican a las empresas y trabajadores a los que se aplicaba el Convenio colectivo de trabajo de mayoristas y minoristas de juguetes y cochecitos de niño de la provincia de Barcelona.

La función del Convenio de Comercio es regular las condiciones de trabajo de los empleados que dedican su fuerza de trabajo por cuenta de empresas dedicadas al comercio en el territorio de Cataluña. La vigencia del convenio es de 2 años, hasta el 31 de diciembre de 2016, prorrogándose tácitamente año por año.

Se trata de una norma de regulación de condiciones mínimas, por tanto, los pactos, cláusulas y condiciones más favorecedoras que puedan existir prevalecerán sobre el Convenio.

Cuanto al ámbito de aplicación del Convenio, se aplica a las empresas y centros de trabajo dedicadas a la actividad de comercio, ya sean mayoristas o minoristas, que no están incluidas en el ámbito funcional de otro convenio colectivo publicado con anterioridad a éste, situados en Cataluña. En el aspecto subjetivo, afecta a los trabajadores que prestan servicios por cuenta de las empresas dedicadas al comercio, exceptuando el personal de alta dirección que no se dediquen a una actividad limitada al simple desempeño del cargo de consejero o miembro de órganos de administración en empresas con forma de sociedad, los cuales no se rigen por el ET⁵⁴.

Respecto al objeto de este trabajo, el Convenio del Comercio regula el tiempo de trabajo en el Título II, Capítulo V. Dispone que la jornada máxima anual de los trabajadores es de 1.780 horas, equivalente a la jornada de 40 horas semanales en cómputo anual. En este caso, no se trata de condiciones mínimas, sino máximas. Es decir, por pactos, convenios o cláusulas, no se puede imponer una jornada máxima superior al número de horas citadas⁵⁵.

En el plano de los descansos, el mismo Título II, Capítulo V, el Convenio atribuye a los trabajadores el derecho a tener un descanso semanal como mínimo de un día y medio sin interrupción, a no ser que se haya pactado otro descanso o fórmula que regirá en este aspecto la relación laboral.

A pesar de las condiciones establecidas en el Convenio de Comercio la realidad no es tan garantista de los derechos de los trabajadores en este sector. Durante la búsqueda para la realización del trabajo he podido conocer más a fondo el problema de las horas realizadas por los asalariados que no han sido pactadas, es decir, horas extras trabajadas que no fueron concretadas entre las partes en contrato ni convenio, y concretamente que no son pagadas ni compensadas.

⁵⁴ Se considera relación laboral de carácter especial la dispuesta en el artículo 2.1 a) ET.

⁵⁵ Artículo 27, del Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio

La mayor parte de las horas extras no pagadas ni compensadas se concentran en el sector de los servicios. De hecho, mientras que en 2008 no se pagaban en el sector el 47% de las horas trabajadas, en 2015 se disparó llegando al 60%. Por datos de 2015 de la Encuesta de Población Activa (EPA), se realizaron 6,3 millones de horas extra a la semana, de las cuales 3,5 millones de horas extras no fueron retribuidas económicamente ni disfrutadas en tiempo de descanso. Citando textualmente un estudio del Gabinete Técnico de Comisiones Obreras, *con dos millones menos de trabajadores se sigue realizando un volumen similar de horas extras no pagadas, al tiempo que se han reducido la mitad las extras compensadas.*

En muchos negocios textiles, tiendas de ropa por poner un ejemplo, se pone en práctica la realización de horas extras no remuneradas bajo el pretexto de “horas de reunión”. Se trata de horas fuera de la jornada ordinaria y extraordinaria, en las que los empleados ofrecen su fuerza de trabajo durante un tiempo determinado para redistribuir la mercancía del establecimiento, cambiar la distribución del local o realizar inventario, sin contraprestación pecuniaria o compensación en tiempo de descansos. Existen infinidad de casos en los que los trabajadores han denunciado públicamente prácticas laborales dudosas, consistentes en acudir a su puesto de trabajo fuera de las horas de apertura, tanto antes del inicio de la jornada como a su finalización, para el recuento o redistribución de las prendas en el establecimiento, y ser informados de que no serán remuneradas por tratarse de “horas de reunión”. Se trata, sin duda alguna, de una ilegalidad flagrante, ya que ni el ET ni el Convenio de Comercio regulan este tipo de horas, sino al revés, se establece que en todo momento debe ser compensado el trabajo de las personas, tanto si se trata de la jornada ordinaria, extraordinaria, o realización de horas complementarias.

En el año 2015, una media de 3,5 millones de horas fueron trabajadas fuera de la jornada laboral sin ser retribuidas. En datos de la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística, en 2015, de un total de 14.773,48 asalariados y 6.251,58 horas extras realizadas a la semana, 3.477,80 (55,63%) horas extras no fueron pagadas.

El trabajo no pagado ha aumentado desde 2008 en el cual el número de horas extras realizadas a la semana y no pagadas era de 3.658,23 (36,97%). Por tanto, se incrementa dicha ilegalidad en un 18,66%, lo que pone en evidencia la mayor precariedad de las condiciones de trabajo que caracteriza el mercado laboral español.

Distribución de las horas extras no pagadas por sectores, en el cuarto trimestre de 2015

SECTOR	TOTAL ASALARIADOS (en miles)	HORAS EXTRAS NO REMUNERADAS A LA SEMANA (en miles)	PROMEDIO DE HORAS A LA SEMANA NO PAGADAS POR TRABAJADOR
HOSTELERÍA	26.000	329.000	12,5
TRANSPORTE Y ALMACENAMIENTO	19.000	237.000	12,2
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DEFENSA Y SEGURIDAD LEGAL	19.000	192.000	10
COMERCIO	49.000	446.000	9,2

Tabla de realización propia

Como indica la tabla, es en el sector del comercio donde los empleados realizan mayor número de horas extras que no son remuneradas, pagadas en especie o compensadas por tiempo de descansos. Es consecuencia del declive del mercado laboral, derivado de las reformas realizadas, sobre todo en el año 2012, para la flexibilización del mercado laboral, adoptando medidas como la devaluación salarial o el “despido libre”. Puede que los salarios no bajen o se mantengan estáticos sin experimentar fluctuaciones, pero en palabras de José Ignacio Conde – Ruiz, subdirector de Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), *esto es una bajada de salarios adicional, si tienes el mismo sueldo pero trabajas más horas*. En la misma línea, José Ignacio Pérez Infante entiende la práctica de la no remuneración de las horas extras como *otra de las formas de la devaluación salarial*. Con dicha flexibilización a favor de los empresarios, los ciudadanos se ven obligados a aceptar condiciones de trabajo que no se ajustan a la legalidad, y lejos están de asegurar el bienestar de los trabajadores y sus derechos como tal.

En el segundo trimestre de 2016, manejando datos más actuales, 6,2 millones de horas extras fueron trabajadas a la semana de las cuales únicamente 2,8 millones recibieron compensación económica o en tiempo.

Desde el inicio de la crisis hasta 2016 se ha experimentado un aumento estrepitoso del número de horas extras no compensadas ni retribuidas. Las horas extras pagadas superan el número de las no compensadas hasta 2011, año a partir del cual la orden del día pasa a ser el no pago ni compensación en tiempo de descanso de las

horas trabajadas de más. Por lo que, resumiendo lo expuesto, mientras en 2008 4 mil, de las 6 mil horas no eran retribuidas, en 2016 ha sido mayor la cantidad de horas no pagadas que las retribuidas, 3,4 y 2,8 millones respectivamente.

Analizando la legalidad de ésta práctica, volvemos al artículo 35 ET. El apartado 1 del precepto regula la retribución de las horas extraordinarias trabajadas mediante el pago de aquellas por un valor igual o superior al de la hora ordinaria o su compensación por tiempos equivalentes de descanso, siempre que se haya acordado o pactado por convenio colectivo o contrato individual. En defecto, se entiende que se deben compensar mediante descanso dentro de los 4 meses siguientes a su realización. En este punto se advierten las primeras contradicciones entre la realización de horas extras sin remuneración y la norma reguladora del mercado laboral. Dicha norma es imperativa y de mínimos, por lo que en todo caso son ilegales las acciones opuestas a sus disposiciones.

Para excusar la ilegalidad, las empresas se amparan en la flexibilidad laboral. Resumidamente se trata de un modelo regulador que consiste en los cambios de jornada de trabajo, pudiendo distribuirla mensualmente obviando las normas de la jornada ordinaria y el sistema de rendimiento, haciendo posible la reducción de contratación y jornada laboral. Pongamos por caso que un mozo de almacén el cual su jornada diaria siempre ha sido de 8 horas, pasa a realizar una jornada semanal de 40 horas pero repartidas irregularmente durante los 6 días laborables, de manera que puede que un día en vez de ocho tenga que trabajar 9 y otro 7 horas. Esto es una situación en que se plasma la flexibilidad laboral. En la actualidad, el mayor número de casos se hallan en la jornada del trabajador indefinido y a tiempo completo; en palabras de Luis Zarapuz, miembro del gabinete económico de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), *esto se aleja del perfil tradicional de precariedad laboral asociado a contratos temporales y a jornada parcial y amplía el perfil y alcance de la precariedad laboral a los trabajadores indefinidos y a tiempo completo que se ven obligados a trabajar horas extra por las que no reciben compensación.*

Con estas prácticas se destruyen puestos de trabajo ya que el personal acaba realizando más horas de las estipuladas en su contrato. Además, debido a la situación actual de numerosas familias, los empleados no se atreven a denunciar la ilegalidad y explotación en que incurren los empleadores, y en general las condiciones laborales a las que son sometidos.

Para evitar conflictos y llevar un control exhaustivo del total de horas trabajadas, los empresarios deben llevar al día un registro de la jornada. Se trata de una obligación legal pero para infortunio de muchos solo en los contratos a tiempo parcial. De hecho, el no cumplimiento de la obligación comporta que se entienda celebrado el contrato a jornada completa, no parcial, salvo prueba en contrario⁵⁶. Consiste en apuntar todos los días las horas de trabajo efectivamente realizadas, tanto ordinarias como extraordinarias, haciendo un total

⁵⁶ Artículo 12.4. c) del Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio

mensualmente. Del registro se proporciona copia al empleado conjuntamente con la nómina y el resumen de las horas trabajadas.

Hasta la reforma, la jurisprudencia exigía a las empresas registrar el horario diario para la compensación de las horas extra, por lo que el trabajador debía acreditar su realización. El citado registro no se dispone hasta la modificación normativa, aunque anteriormente a ella, en el apartado 5 del artículo 35 se regulaba que en el cómputo de horas complementarias la jornada tenía que ser registrada día a día en los contratos a tiempo parcial, siendo totalizada para el abono de las retribuciones. Realmente este precepto no se aplicó en la práctica hasta la introducción de la obligación de registro por el artículo 12.4 ET, momento en que la Inspección de Trabajo pasa a controlar su incumplimiento conjuntamente con el registro de horas extraordinarias previsto en el artículo 35.5 ET. De esta forma se garantiza en mayor grado que los empleados percibirán correcta y totalmente la retribución correspondiente a las horas trabajadas, sin que éstas “caigan en saco roto”. Un aspecto que la normativa debe corregir, es que como hemos dicho, el registro día a día tanto de horas ordinarias como complementarias, se prevé para contratos a tiempo parcial, dejando de lado las demás modalidades de contratación. Así lo entiende también la Inspección de Trabajo, que ha incidido en esta controversia en sus Planes Integrados de Actuación para 2015 y 2016, proponiendo la vigilancia del cumplimiento de la obligación, como instrumento de control de la realización de horas complementarias por los trabajadores y su correcta cotización y retribución⁵⁷. Aunque es cierto que con la actual regulación de la jornada laboral, es decir, al establecer un modelo de distribución irregular es más difícil controlar la correcta aplicación de la ley y evitar abusos laborales.

Actualmente, la jurisprudencia se pone a favor del trabajador, estableciendo que las empresas deben llevar a cabo un registro de la jornada de los trabajadores para esclarecer en cada caso concreto si se superan o no los límites de la jornada ordinaria. En la Sentencia de la Audiencia Nacional del 4 de diciembre de 2015, en el fundamento de derecho tercero, se pone de manifiesto que a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador debe ser registrada y contabilizada día a día. En la sentencia, se produce un pronunciamiento doctrinal centrado en si es necesario el registro diario de jornada para poder controlar de manera efectiva el número de horas extraordinarias realizadas por el trabajador. *Conviene subrayar que la previsión contenida en el art. 35.5 ET (RCL 1995, 997), como recuerda la STS 11-12- 2003 (RJ 2004, 2577) " tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental, que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe*⁵⁸.

⁵⁷ *Plan integrado de actuación de la inspección de trabajo y seguridad social para 2015 – 2016*. Documento elaborado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en base a los acuerdos adoptados en los órganos de colaboración bilateral de la ITSS hasta el 27 de febrero de 2015. P. 17 http://www.umivale.es/portal/export/sites/umivale/despacho/asesoramiento_online/PLAN-INTEGRADO-2015.pdf

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional 207/2015 (Sala de lo social, sección 1ª), de 4 de diciembre (procedimiento 301/2015). Ponente: *Ricardo Bodas Martín*. Fundamento tercero

Por tanto, al ser un medio de prueba documental para la acreditación de las horas extraordinarias, el registro de la jornada diaria resulta ser el cauce para controlar dichas horas.

En la misma línea se pronuncia la propia Audiencia Nacional en Sentencia 25/2016 de 19 de febrero⁵⁹. En este caso, se pretende por parte del demandante que se obligue a la empresa a establecer un sistema de registro de jornada para poder controlar el número real de horas extras trabajadas y cumplir así con lo dispuesto en el artículo 35.5 ET. La Audiencia, igual que en la Sentencia anteriormente mencionada, declara que el objetivo del artículo 35.5 ET es el de proporcionar al trabajador un medio de prueba documental para acreditar la realización de horas extras, por lo que el registro de la jornada diaria es la forma de controlar las horas extraordinarias realizadas por el personal individualmente. La resolución también se pronuncia, en el fundamento jurídico cuarto, sobre el derecho de información del registro. El tribunal relaciona la obligación de efectuar el registro diario de jornada con la obligación de información, diciendo resumidamente que para poder cumplir con la obligación informativa es necesario que la empresa realice el registro, y así poder informar de manera individual a su personal. La Audiencia estima tanto la obligación de establecer un sistema de registro, como de informar mensualmente de la jornada a los trabajadores.

Igualmente se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, las Palmas⁶⁰ que conoce del recurso de suplicación interpuesto por la el fallo desestimatorio de la sentencia de instancia en litigio de una trabajadora contra ALPHA TRAVEL INTERNACIONAL CANARY por reclamación de cantidad. En el recurso se denuncia la infracción del artículo 35.5 ET, considerando que es obligación de la empresa el registro día a día de las horas extraordinarias trabajadas, además de corresponder a la empresa “en función de la disponibilidad y facilidad probatoria”. El tribunal manifiesta que del precepto cuestionado se desprende que *para computar las horas extraordinarias, el empresario tiene la obligación de llevar un registro con los cuadrantes horarios de entrada y salida para entregarlos a final de mes al trabajador*. Consecuencia de la dificultad de demostrar por el trabajador las horas extras realizadas, el legislador prevé en la normativa la obligación de la empresa de llevar a cabo el registro de la jornada.

La realización de horas extras que posteriormente no son retribuidas acarrea consecuencias nocivas para el mercado laboral. En España, según datos del Instituto Nacional de Estadística, se trabajan 3.350.000 horas extraordinarias semanales, de manera que los empresarios se ahorran así alrededor de 84.000 puestos de trabajo y se favorece la pérdida de derechos sociales y la disminución de ingresos de la Seguridad Social ya que no se crean nuevos empleos, por ello es muy importante llevar a cabo un control exhaustivo.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016 (sala de lo social, sección 1ª), de 19 de febrero (procedimiento 383/2015). Ponente: *Emilia Ruiz Jarabo Quemada*

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, las Palmas 391/2015 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 2 de marzo (recurso de suplicación 797/2013). Ponente: *Oscar González Prieto*

VI. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y Convenio del Sector del comercio en la Provincia de Gerona

La Ley de Ordenación del Comercio Minorista⁶¹ es fruto de los cambios producidos a lo largo de los años en el sector comercial, por la introducción de nuevos mercados y sectores, y la ampliación del comercio a nivel internacional. Como todas las leyes, tiene por objetivo fijar la regulación normativa, a nivel estatal, del comercio minorista entendido como *“la actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento”*⁶².

Se manifiesta sobre puntos importantes del comercio en los que es necesario establecer unos mínimos comunes para asegurar su buen funcionamiento. Respecto a la jornada de trabajo en los comercios no dispone ninguna regulación específica, dejando dicho plano a los convenios autonómicos, provinciales y sectoriales. Únicamente el precepto 64 b) de la ley, sobre infracciones leves, determina que se considerará una infracción leve llevar a cabo actividades comerciales en horario superior a aquél establecido como máximo.

Se aprecia la gran libertad de regulación que se brinda a las autonomías y provincias a la hora de organizar y normativizar el sector. En Cataluña, como norma de referencia damos con el IX Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio para los años 2015 y 2016, analizado en el punto anterior del trabajo.

Concretamente, en la provincia de Gerona la norma marco es el Convenio Colectivo del sector del comercio en general para los años 2014 – 2015⁶³.

En primer lugar, determina las partes a las que se aplica y su ámbito funcional, personal, territorial y temporal, rigiendo en la totalidad de la provincia de Girona hasta 2015, entendiéndose prorrogado de año en año.

Respecto a la materia objeto de estudio, el Convenio se pronuncia en los artículos 12, 13 y 14 del mismo, englobados en el apartado de Organización del trabajo.

El precepto 12 aborda la jornada de trabajo, en relación con el artículo 34 ET, estableciendo un cómputo anual de 1.794 horas distribuidas en 40 horas semanales con día y medio de descanso, aunque éste puede fraccionarse si el trabajo se realiza en zonas turísticas de la provincia. Seguidamente, se pronuncia en lo referido al descanso dentro de la jornada laboral que es de 25 minutos y se computa como tiempo de trabajo

⁶¹ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Boletín Oficial del Estado, 15, de 17 de enero de 1996

⁶² Artículo 1 Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista

⁶³ Resolución núm. 8415, por la que se dispone la inscripción y publicación del Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio en general en la provincia de Gerona, para los años 2014 – 2015. Código de convenio núm. 17000035011994

efectivo, siempre que la jornada continuada sea superior a cinco horas y media. En este punto el Convenio provincial favorece el bienestar del trabajador, atribuyendo un descanso de 25 minutos cuando la jornada de trabajo continua supere las cinco horas y media, mientras que el ET señala que la jornada consecutiva tiene que ser de 6 horas para poder disfrutar de dicho descanso. El ET es una norma de mínimos, por lo que es posible que los distintos convenios aplicables al sector dispongan preceptos más propicios para los empleados.

Avanzando en el articulado del Convenio, el artículo 30 versa sobre las horas extraordinarias. En armonía con la disposición 35 ET, el Convenio recalca el carácter voluntario de las horas extras, como hemos analizado no procede obligar al trabajador a ejecutar dichas horas. En caso de trabajarlas serán compensadas por períodos equivalentes de descanso retribuido o abonadas.

VII. Afectación de la jornada laboral en la esfera personal del trabajador

El interés por la conciliación familiar cada vez gana más adeptos, entre otros factores por la creciente igualdad de género y el cambio de actitud respecto a ella, la demandas de mejora en la calidad de vida y los cambios en los modelos de familia.

Específicamente hay tres niveles de actuación: el primero es el ámbito que compete al estado, consistente en proporcionar servicios de cuidados a infantes y personas dependientes, y reducciones de jornada y regulación de excedencias. En segundo lugar, se encuentran las políticas de conciliación familiar aplicadas por las empresas. En tercer lugar, es el cambio del sistema de horarios de trabajo.

La conciliación familiar responde al contenido del precepto 14 de la Constitución Española que garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación, y a la disposición del artículo 39.1 de la misma que contempla el deber de los poderes públicos de asegurar la protección jurídica de la familia. Y artículo 9.2 CE que impone el deber de promover las condiciones para la libertad e igualdad de los individuos, así como eliminar los obstáculos que impiden su plenitud.

El Estatuto de los Trabajadores contempla la conciliación familiar desde la regulación de la jornada en los artículos 34.8 y 37.1, disponiendo como medida para que el trabajador pueda lograr la conciliación adecuada adaptar la duración y distribución de su jornada. Respecto al descanso semanal del artículo 37.1 ET, es un claro guiño a la conciliación, pudiendo por convenio colectivo o acuerdo individual modificar el tiempo de descanso para poder disfrutarlo, por ejemplo, entre semana pudiendo así atender a las necesidades personales y escolares de sujetos dependientes, de esta forma se ofrece a los empleados con responsabilidades paternas elegir el descanso semanal.

La ley de conciliación familiar⁶⁴ tiene como objetivo introducir cambios en la normativa laboral para ayudar a los asalariados, sean hombre o mujer, a compaginar la vida familiar y laboral. Una de las principales aspiraciones de ésta normativa es favorecer los permisos de maternidad para ambos sexos sin que influyan negativamente en el acceso al empleo, además de brindar al hombre la oportunidad de disfrutar y cuidar de sus hijos en sus primeras semanas de vida⁶⁵.

Por otro lado, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶⁶ introduce cambios en el articulado del ET respecto al tiempo de trabajo, concretamente en los artículos 34 y 37 ET⁶⁷. Se introduce un nuevo apartado en el artículo 34 que dispone el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para mejorar y disfrutar del derecho a la conciliación de la vida personal y familiar. El artículo 34 ha sido modificado en muchas ocasiones *con el fin de conseguir una mejor coordinación y adaptación a los convenios internacionales y normas comunitarias*⁶⁸, *especialmente por lo que se refiere a la Directiva 93/104/CE*⁶⁹, *reemplazada por la Directiva 2003/88/CE*⁷⁰.

La facultad de adaptar la jornada a las necesidades familiares no es total, ya que se establecen términos en negociación colectiva o acuerdos individuales, por lo que no es una decisión unilateral del trabajador y sin límites. Precisar que el precepto cuando habla de la duración de la jornada hace referencia al cómputo anual de la jornada efectiva de trabajo, mientras que cuando hace alusión a la distribución de la jornada se refiere a la distribución irregular de la jornada por semanas⁷¹.

El nuevo apartado octavo ofrece al trabajador, sin discriminación entre hombre o mujer, el derecho de iniciar con la empresa una negociación para modificar y concretar su jornada de trabajo sopesando tanto las necesidades del asalariado, como las exigencias de la actividad laboral (técnicas, productivas y organizativas) además de los costes que puede suponer para el empleador.

⁶⁴ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Boletín Oficial del Estado, 266, de 6 de noviembre de 1999.

⁶⁵ Exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre

⁶⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 71, de 23 de marzo de 2007

⁶⁷ Disposición adicional décimo primera. Modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

⁶⁸ Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo (directores), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Núm. 747. Valencia, 2011. P. 209

⁶⁹ Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la Ordenación del tiempo de trabajo (D.O.C.E 13/12/1993).

⁷⁰ Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. (D.O.C.E: 18/11/2003)

⁷¹ Pilar Núñez Cortés, Teresa Velasco y Amparo Garrigues, *Igualdad y Conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas (Tras las modificaciones introducidas por la Ley 3/2007, para la igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del empleado Público*. Madrid, 2008. P. 190

En separación del marco jurídico general, las empresas tienen en su mano favorecer la conciliación familiar y laboral aplicando políticas de recursos humanos adecuadas. Existen cinco tipos de prácticas de conciliación⁷². Cuanto a la jornada de trabajo nos interesan dos de las medidas. En primer lugar, la flexibilidad en el tiempo de trabajo, consistente en la flexibilidad de horarios y calendario en el cumplimiento de las actividades laborales individuales, permitiendo coordinar los ámbitos laboral y personal. En segundo lugar, fijar horarios que favorecen la conciliación, mediante la modificación de la estructura de los horarios de la empresa.

La aplicación de políticas conciliadoras aportan un beneficio extra no económico a las empresas, dando una imagen positiva, mejorando el clima laboral, haciendo atractiva la empresa para nuevos trabajadores y evitando el abandono, reduciendo el absentismo laboral por razones familiares y consecuentemente aumentando la productividad. Aunque por contra, también supone unos costes y existen ciertas limitaciones relacionadas con la actividad que se realiza, que impiden la aplicación de ciertas prácticas, tanto de la actividad en sí, como de los horarios que implica ésta. Un ejemplo es el sector del comercio o de hostería en los que en infinidad de ocasiones los horarios obedecen a las necesidades de cada momento.

Definitivamente, es menester ayudar desde las empresas a los empleados para poder compaginar trabajo y familia a través de la imposición de medidas conciliadoras respecto a la jornada laboral, el gran obstáculo con el que se encuentran los trabajadores a la hora de hacer posible la repetida conciliación.

⁷² Rocío López-Ibor, Albert Lorenzo Escot, José Andrés Fernández y María Teresa Palomo, *Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral desde la perspectiva del empleador. Problemas y ventajas para la empresa*. Cuaderno de trabajo número 02/2010. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2010. P.6.

VIII. CONCLUSIONES

El sistema laboral español es complejo y está desarrollado pensando en el beneficio de empleados y empleadores.

Con la última reforma introducida por el Real Decreto – Ley 16/2013, se favorece la flexibilidad interna de las empresas haciendo posible la distribución irregular de la jornada para adecuar las necesidades productivas, organizativas y técnicas de las empresas en cada momento. Aunque esta práctica facilita a las empresas incurrir en la ilegalidad, sobre todo respecto a la jornada laboral, ya que a través de la distribución irregular consiguen que los trabajadores realicen más horas extraordinarias de las permitidas, las cuales no son retribuidas ni compensadas con tiempos de descanso, tal y como indica el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores. Esto provoca la destrucción de numerosos puestos de trabajo, así como el deterioro y pérdida de los derechos laborales de los asalariados consagrados en la Constitución Española y la normativa laboral. Se trata de un problema generalizado que afecta a todo tipo de contrato, mientras que hace unos años los principales afectados eran las personas contratadas a tiempo parcial, por lo que antes de la modificación de 2013 el artículo 35 ET obligaba al registro diario de la jornada a dichos contratos, actualmente el problema se ha extendido a los contratos a tiempo completo, tengan carácter indefinido o temporal. Por esta razón han aumentado las inspecciones de trabajo y se impone la obligación, respaldada por la doctrina y jurisprudencia, para el empresario de realizar el registro de jornada individual para cada empleado independientemente del contrato que mantenga con la empresa.

A pesar de todas las trabas y vigilancias interpuestas para evitarlo, la realidad es que el número de horas extras trabajadas y no pagadas va en aumento por las necesidades inherentes de los sectores de trabajo, sobretodo el de servicios, concretamente en el comercio, la hostelería y la educación.

En respuesta a las preguntas planteadas en la introducción, han quedado dilucidadas entendiéndose que las horas extraordinarias no son de obligatorio cumplimiento excepto supuestos contemplados por ley, como por causas de fuerza mayor, por lo que los asalariados no pueden ser perjudicados con despidos o imposición de sanciones ante la negativa de trabajarlas.

En cuanto a su retribución, he indagado en si es posible su no retribución, obteniendo como respuesta que no puede darse este supuesto en ningún caso. La normativa es clara y precisa al establecer su retribución o compensación por tiempos de descanso equivalentes, sin opción a pactar por convenio colectivo o contrato de trabajo su ejercicio sin resarcimiento. Además, el trabajo extra no es ilimitado, está sujeto a condiciones y prohibiciones. Existen dos tipos de límites; por un lado el temporal, por el que no puede realizarse un número de horas extraordinarias superior a 80 horas al año, excepto que las trabajadas que pasen de éste máximo cuando respondan a situaciones de fuerza mayor y para prevenir y reparar siniestros y daños. Por otro lado, el límite subjetivo, el ET prohíbe su ejecución por menores de edad, trabajadores nocturnos y minusválidos contratados en Centros Especiales de Empleo.

En conclusión, las horas extraordinarias es un punto dentro de la jornada de trabajo regulado tanto en la norma general del sistema laboral, como en las distintas normativas estatales y sectoriales. Aún así, es necesario controlar más exhaustivamente su realización puesto que se infringe de forma masiva su regulación por las empresas al realizar los trabajadores más horas de las permitidas, además de no ser retribuidas en numerosas ocasiones y ser trabajadas por colectivos que las tienen prohibidas. Es cierto que desde la Inspección de Trabajo se han endurecido las políticas de vigilancia mediante la obligación de las empresas de llevar a cabo un registro individualizado de la jornada diaria de trabajo de cada empleado, independientemente del tipo de contrato que rija su relación laboral. A pesar de ello, ni empleadores ni empleados se conciencian, suficientemente, del perjuicio que ésta práctica ilegal provoca en el sistema laboral provocando la destrucción de miles de puestos de trabajo y pérdida de derechos sociales de los ciudadanos.

IX. BIBLIOGRAFIA

MANUALES

- GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA, (2016). *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch.
- RUBIO DE MEDIANA, MARÍA DOLORES y IDÍGORAS HURTADO, CONCEPCIÓN, (2005). *Las horas extraordinarias, biblioteca básica de practica procesal 2005, núm. 286*. Biblioteca básica de practica procesal
- BUTRÓN OCHOA, JUAN CARLOS BENITO; MARCOS GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO y MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, (2013). *Primeras interpretaciones judiciales de la reforma laboral 2012 ¿Aplicación o recreación?*
- THIBAUT ARANDA, JAVIER (dir.) y JURADO SEGOVIA, ÁNGEL(coord.), (2012). *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el derecho del trabajo*
- CABEZA PEREIRO, JAIME y FERÁNDIZ DOCAMPO, BELÉN (2011). *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, núm. 747. Valencia
- NÚÑEZ CORTÉS, PILAR; VELASCO, TERESA y GARRIGUES, AMPARO (2008). *Igualdad y Conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas (Tras las modificaciones introducidas por la Ley 3/2007, para la igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del empleado Público*. Madrid.
- LÓPEZ-IBOR, ROCÍO; LORENZO ESCOT, ALBERT; FERNÁNDEZ, JOSNE ANDRÉS y PALOMO, MARÍA TERESA (2010). *Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral desde la perspectiva del empleador. Problemas y ventajas para la empresa*. Cuaderno de trabajo número 02/2010. Universidad Complutense de Madrid. Madrid

REVISTAS

- REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, núm. 183. Enero, 2016. Pág. 15

SENTENCIAS

- Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil), de 21 de octubre de 1994 (Recurso 3149/1993). Ponente: *Leonardo Bris Montes*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala tercera), de 10 de septiembre de 2015 (cuestión prejudicial). Ponente: *A. O. Caoimh*

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 12 de mayo de 2015 (RJ/2015/5005), recurso de casación 153/2014. Ponente: *Miguel Angel Luelmo Millán*
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, de 24 de mayo de 2015, rec. 7141/2014 (AS 2015, 978).
- Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social, sección 1ª), de 16 de julio de 2015 (recurso de casación 180/2014). Ponente: *Luis Fernando de Castro Fernández*
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 178/2013 (Sala de lo Social, Sección 5ª), de 4 de marzo (recurso de suplicación 2655/2012). Ponente: *Alicia Catalá Pellón*. Fundamento de derecho segundo
- Sentencia del Tribunal Supremo 1 de marzo de 2012, RCU 4478/2010; Sentencia 3 de abril de 2012, RCU 3222/2011)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, las Palmas 391/2015 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 2 de marzo (recurso de suplicación 797/2013). Ponente: *Oscar González Prieto*
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 375/2003 (Sala de lo Social, sección única), de 11 de junio (recurso de suplicación 351/2003). Ponente: *Pedro Bravo Gutiérrez*
- Sentencia del Tribunal Supremo 292/2016 (Sala de lo Social, sección 1ª), de 14 de abril (recurso de casación 119/2015). Ponente: *Fernando Salinas Molina*
- Sentencia de la Audiencia Nacional 207/2015 (Sala de lo social, sección 1ª), de 4 de diciembre (procedimiento 301/2015). Ponente: *Ricardo Bodas Martín*. Fundamento tercero
- Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016 (sala de lo social, sección 1ª), de 19 de febrero (procedimiento 383/2015). Ponente: *Emilia Ruiz Jarabo Quemada*

NORMATIVA

- Constitución Española, 1978. Boletín Oficial del Estado, 311, 29 de diciembre de 1978
- Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (D.O.C.E: 299 de 18.11.2003, pp. 9-19).
- Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. Boletín Oficial del Estado, 211, de 3 de septiembre de 1985
- Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. Boletín Oficial del Estado, 230, de 26 de septiembre de 1995
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Boletín Oficial del Estado, 162, de 7 de julio de 2012

- Real Decreto – Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 305, de 21 de diciembre de 2013
- Real Decreto – Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Boletín Oficial del Estado, 36, de 11 de febrero de 2012
- 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 (derogada). Boletín Oficial del Estado, 75, de 29 de marzo de 1995
- Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 d abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (derogada). Boletín Oficial del Estado, 11 de abril de 1995
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado, 245, de 11 octubre de 2011
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 255, de 24 de octubre de 2015
- Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y oficinas – C030, 30, 28 de junio de 1930
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C030
- Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas) relativo al descanso semanal en el comercio y oficinas – C106, 106, 26 de junio de 1957
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C106
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm 105) – C105, relativo a la abolición del trabajo forzoso
- Convenio sobre el trabajo forzoso, 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 28 de junio de 1930
- Resolución EMO/2812/2014, de 2 de diciembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de trabajo interprovincial del sector de la industria de hotelería y turismo de Cataluña para los años 2014, 2015 y 2016. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, 6776, de 23 de diciembre de 2014
- Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. Boletín Oficial del Estado, 230, de 26 de septiembre de 1995
- Resolución EMO/1769/2015, de 24 de julio, por la que se dispone la inscripción y publicación del IX Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio para los años 2015 y 2016. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, 6926, de 3 de agosto de 2015
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Boletín Oficial del Estado, 15, de 17 de enero de 1996

- Resolución núm 8415, por la que se dispone la inscripción y publicación del Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio en general en la provincia de Gerona, para los años 2014 – 2015. Código de convenio núm. 17000035011994
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Boletín Oficial del Estado, 266, de 6 de noviembre de 1999.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Boletín Oficial del Estado, 71, de 23 de marzo de 2007
- Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la Ordenación del tiempo de trabajo (D.O.C.E 13/12/1993).

PERIODICO

- <http://www.elmundo.es/economia/2016/08/22/57b48637e2704ecb698b4588.html>
- http://cincodias.com/cincodias/2016/07/11/economia/1468249147_456268.html

TRABAJOS

- Estudio general acerca del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm 29), y el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm 105), 2007. Párrafo 132
- *Plan integrado de actuación de la inspección de trabajo y seguridad social para 2015 – 2016.* Documento elaborado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en base a los acuerdos adoptados en los órganos de colaboración bilateral de la ITSS hasta el 27 de febrero de 2015. P. 17.
http://www.umivale.es/portal/export/sites/umivale/despacho/asesoramiento_online/PLAN-INTEGRADO-2015.pdf
- http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/38/est03.pdf

PÁGINAS WEB

- https://www.boe.es/diario_boe/
- <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- Aranzadi:<https://vpngateway.udg.edu/maf/app/search/,DanaInfo=aranzadi.aranzadidigital.es+template?stnew=true&stid=jurisprudencia>
- <http://eur-lex.europa.eu/>
- <http://noticias.juridicas.com/>

- <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4036854>
- <http://www.economista.es/economia/noticias/6419344/01/15/Las-horas-extras-no-pagadas-impiden-crear-75000-empleos.html>
- <http://www.laboroteca.com/2015/01/la-importancia-de-recoger-pruebas.html>