

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- 50 Reformas Estructurales y negociación colectiva. XXX Hornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Fco. Javier Prados de Reyes (Coord.)
- 51 Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico. XXXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Eva Garrido Pérez (Coord.)
- 52 Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Luis Monereo Pérez (Coord.)
- 53 El Derecho a la Negociación Colectiva Liber Amicorum. Profesor Antonio Ojeda Aviles
Juan Corelli Hernández (Coord.)
- 54 Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público. XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
José Manuel Gómez Muñoz (Coord.)
- 55 Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo
Jesús Cruz Villalón, Eva Garrido Pérez y Carmen Ferradans Carames (Coord.)
- 56 La política y del derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo. Liber Amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura
Jose Luís Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto (Directores)
- 57 Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: Perspectivas y Retos. XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jose Luís Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto (Directores)
- 58 Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social
Jesús Cruz Villalón, José M. Gómez Muñoz y Patrocinio Rodríguez-Ramos Velasco (Coord.)
- 59 Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años de la Unión. XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Juan Gorrelli Hernández (Coord.)
Las modalidades de contratación laboral
- 60 Las modalidades de contratación laboral. Libro homenaje al prof. Francisco J. Prados de Reyes
Ángel Javier Gallego Morales, Jesús Cruz Villalón y Sebastián de Soto Rioja
- 61 Impacto sobre la Legislación Laboral Española de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Ángel Javier Gallego Morales, Jesús Cruz Villalón y Sebastián de Soto Rioja

Aunque solamente referida a la cuestión del registro de jornada, la reforma del Estatuto de los Trabajadores por obra del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo y su aplicación práctica posterior ha tenido el efecto de traer a la actualidad una de las dimensiones centrales de la relación laboral como es la de la jornada de trabajo. De aquí que, aceptando ese reto, las XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en diciembre de 2019, se dedicaran a la materia del nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo.

El presente libro recopila las numerosas aportaciones realizadas a dichas Jornadas abarcando desde luego el tema del registro de jornada pero abriéndose a otras dimensiones del tiempo de trabajo, incluyendo cuestiones como las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo, la forma de computar el denominado tiempo de trabajo efectivo, la repercusión sobre la jornada de trabajo de las nuevas formas de prestación del mismo relacionadas con la aplicación al proceso productivo de las tecnologías de la información y de la comunicación, las conexiones entre tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal, el trabajo a tiempo parcial en sus distintas dimensiones como figura contractual en la que el tiempo de trabajo alcanza una relevancia particular, el control sindical del tiempo de trabajo y, en fin, la cuestión del tiempo de trabajo y los derechos digitales.

Como puede apreciarse, en fin, el volumen con el que se hacen públicas esas aportaciones así como las numerosas comunicaciones hechas a los diferentes temas, constituye una visión actualizada de toda la problemática laboral que suscita el tiempo de trabajo desde la perspectiva de su condición esencial del contrato, respondiendo con ello tanto las Jornadas como esta misma publicación a los estándares de calidad científica que se han convertido en una seña de identidad de las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Junta de Andalucía

Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES



M
TEMAS
LABORALES

62

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO
XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS
ANDALUZAS DE DERECHO DEL
TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Santiago González Ortega
Coordinador

62

ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- 37 La aplicación de la ley de Dependencia en Andalucía
Santiago González Ortega (Director)
Estefanía Rodríguez Santos, Cristina Blasco Rasero, Margarita Arenas Viruez
- 38 Políticas laborales de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Fco. Javier Prados de Reyes (Coordinador)
- 39 La situación sociolaboral de los profesionales de la comunicación en Andalucía
Francisco Javier Calvo Gallego (Director)
Joaquín Guzman Cuevas, Francisco Liñán Alcalde, María José Gómez Biedma, José Fernández Serrano, Antonio J. Valverde Asencio
- 40 Efectividad de la mediación en conflictos laborales
Roberto Martínez Pecino
- 41 Derechos de Libertad Sindical y Principio de Igualdad
Esther Carrizosa Prieto
- 42 Cuestiones Problemáticas de la Negociación Andaluza. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Sebastián de Soto Rioja (Coord.)
- 43 La seguridad y la salud en el trabajo autónomo. Un enfoque sectorial
Antonio Álvarez Montero, Manuel García Jiménez (Coords.)
- 44 El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito
Juan Corelli Hernández
- 45 Reestructuraciones de Empresas. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castiñera Fernández (Coord.)
- 46 El Servicio Público de Empleo y el proceso jurídico de colocación
María Salas Porras
- 47 Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de seguridad social
Santiago González Ortega, Joaquín García Murcia, Fernando Elorza Guerrero (Coord.)
- 48 Relaciones Laborales y nuevo modelo productivo. XXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales
Jaime Castiñera Fernández (Coord.)
- 49 Políticas de Empleo y Nuevos Territorios de la Regulación: Discursos y Prácticas para un Modelo de Gestión Regional-Local
María Rosa Vallecillo Gámez

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE
TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección:

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2020

© Los autores, 2020

ISBN: 978-84-09-24408-9

Impresión y maquetación: GM Technology, S.L.

Depósito Legal: SE 1897-2020

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL NUEVO ESCENARIO EN MATERIA DE
TIEMPO DE TRABAJO

XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS
DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
COORDINADOR

62



Junta de Andalucía

Consejería de Empleo, Formación
y Trabajo Autónomo

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
Santiago González Ortega	
PONENCIAS GENERALES:	
Ponencia General Primera:	
LAS FUENTES REGULADORAS DEL TIEMPO DE TRABAJO.....	17
Juan Escribano Gutiérrez	
TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO.....	57
Miguel Ángel Almendros González	
TIEMPOS DE TRABAJO Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO.....	99
Antonio José Valverde Asensio	
Ponencia General Segunda:	
TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL.....	125
Juan Gorelli Hernández	
CUESTIONES DE ACTUALIDAD SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL	161
Carmen Ferradans Caramés	
EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	191
Julia Muñoz Molina	

Ponencia General Tercera:

REGISTRO DE JORNADA Y CONTROL HORARIO.....	215
María José Gómez-Millán Herencia	
EL CONTROL SINDICAL DEL TIEMPO DE TRABAJO.....	261
María Sepúlveda Gómez	
TIEMPO DE TRABAJO Y DERECHOS DIGITALES	289
Francisco Lozano Lares	
ACUERDO DE COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE RELACIONES LABORALES.....	327
PONENCIAS ESPECÍFICAS PREMIADAS:	
TIEMPO DE TRABAJO Y DESCONEXIÓN DIGITAL	329
M. ^a Rosa Martín Muñoz	
RECUSACIONES DOGMÁTICO-JURÍDICAS AL TIEMPO DE PRESENCIA.....	355
Francisco Vigo Serralvo	
EL CONTROL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TRAVÉS DE LA TECNOLOGÍA PORTÁTIL EN LA ERA DIGITAL: TIEMPO DE TRABAJO Y DERECHO A LA INTIMIDAD.....	379
Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado	
EL CÁLCULO DE LOS PERÍODOS COTIZADOS Y LA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS EN LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL. UNA REGULACIÓN DISCRIMINATORIA Y DESFAVORABLE	405
José Bascón Marín	
ÍNDICE DE LA TARJETA DE MEMORIA.....	432

PONENCIA ESPECÍFICA PREMIADA

RECUSACIONES DOGMÁTICO-JURÍDICAS AL TIEMPO DE PRESENCIA

FRANCISCO VIGO SERRALVO

*Profesor Interino, Dpto. de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
en la Universidad de Málaga*

Introducción

1. Aproximación al régimen jurídico del tiempo de presencia. Ámbitos materiales de vigencia
2. Algunos rasgos caracterizadores del tiempo de presencia
3. Déficits de justicia, iniquidades y disfuncionalidades jurídicas de la actual regulación de los tiempos de presencia
 1. Los tiempos de presencia como transgresión del objetivo fundacional del Derecho laboral, la garantía de tiempos suficientes de desapego a la subordinación laboral
 2. Sobre la discriminación interprofesional propiciada por la actual regulación de los tiempos de presencia
 3. Sobre la incongruencia de la regulación nacional del tiempo de presencia y la normativa comunitaria rectora del tiempo de trabajo
 4. La aporía del tiempo de presencia en el debate sobre la distribución del tiempo de trabajo
 5. Sobre el amplio margen conferido al desarrollo reglamentario y la negociación colectiva
 6. La imprecisión conceptual del tiempo de presencia y la consecuente proliferación litigiosa
4. Propositiones de lege ferenda

Bibliografía

“La vida de quienes preparan con un gran esfuerzo lo que poseerán con un esfuerzo mayor es desgraciadísima, y no solo muy breve. Con gran trabajo consiguen las cosas que quieren, con ansiedad mantienen las que han conseguido, entretanto, no hay ningún cálculo del tiempo, de ese que no va a tornar nunca más”. Lucius Annaeus Seneca, De la brevedad de la vida, 59 d.C.

“En la relación establecida entre el obrero y el capitalista, el obrero cede en un tiempo determinado su capacidad de trabajo, y la cede en el sentido más riguroso de la palabra. Es decir, que durante un tiempo determinado su subjetividad, su trabajo, ya no le pertenecen”. Karl Marx, Trabajo asalariado y capital, 1849.

INTRODUCCIÓN

Permítasenos que comencemos afirmando algo que en realidad es público y notorio: uno de los objetivos primigenios y tradicionales del derecho laboral es la limitación del tiempo de trabajo. Si acudimos a las primeras disposiciones normativas integrables en esta rama del ordenamiento, comprobaremos que estas perseguían institucionalizar un máximo al número de horas de prestación de servicios que el operario podría comprometer a su empleador. Este límite perseguía un doble objetivo, en primer lugar, uno vinculado a la salubridad, tal y como era evitar la extenuación y el marasmo psíquico y fisiológico del operario; pero existía también otro objetivo -llamémosle así- humanista, al tratar de garantizar al proletario un determinado tiempo de libre disposición, allende cualquier vínculo jurídico de subordinación, que podría ser dedicado, bajo su libre albedrío, a su vida familiar, a su ocio o a su acendramiento intelectual y espiritual. Se asumía, con base en la experiencia empírica brindada por la primera industrialización, que una libertad irrestricta de contratación llevaría al establecimiento de una jornada laboral draconiana, a la que el trabajador aportaba todo el tiempo potencialmente empleable, enajenándolo de otras facetas vitales no profesionalizadas. A partir de esta concienciación, se inicia una contienda política y social que, con diferentes episodios, culminó -o entró en un apaciguamiento que se mantiene hasta la fecha- con la institucionalización a nivel internacional de la jornada máxima de 48 horas en el año 1919.

Hechas estas apreciaciones, con ellas solo queríamos justificar el interés que como laboralista nos suscita el denominado tiempo de presencia. Sin perjuicio de una mayor concreción, valga por ahora definir esta figura como un exceso en el límite máximo de jornada de trabajo, durante el cual el vínculo contractual entre empresario y trabajador permanece latente, imponiendo sobre este último una serie de obligaciones que, si bien no derivan en la prestación de actividades laboriosas, sí conllevan limitaciones sobre su libertad decisoria y ambulatoria. Así entendida, esta figura, el tiempo de presencia, colisionaría con los objetivos que se perseguían con la restricción legal de jornada, especialmente con el segundo de ellos -el que llamábamos humanista-, al detraer un periodo de tiempo de la libre disposición del trabajador que no podrá ser empleado en la promoción de cualesquiera de las facetas no profesionalizadas de su proyecto existencial. Esta contradicción con el espíritu original del derecho laboral nos resulta a mayor abundamiento relevante desde el momento en que, como se verá, tales periodos de presencia solo están previstos para determinados sectores profesionales -principalmente, aunque no de manera exclusiva, trabajos domésticos, marítimos o los vinculados al transporte-, produciéndose así un diferente trato que, a nuestro juicio y según trataremos de razonar, carece de cualquier fundamentación.

Desde estas consideraciones liminares quizás pueda justificarse el intitulo escogido para este estudio. Cuando allí anunciábamos una crítica al tiempo de presencia desde una perspectiva dogmática no utilizábamos esta expresión de manera ampulosa o pretenciosa; la empleamos en la sexta de sus acepciones reconocidas por la RAE, id est, como lo relativo al “conjunto de dogmas o principios de una doctrina”. Lo que aquí queremos efectuar es una crítica a la institución del tiempo de presencia desde los propios principios estructurales del isulaboralismo, en el entendimiento de que precisamente en estos es posible encon-

trar argumentos con los que reprobar la legitimidad de dicha figura o, cuanto menos, con los que postular una reforma legislativa que reconfigure su actual regulación normativa. Para alcanzar tal conclusión el iter expositivo seguido en esta contribución comenzará por una breve alusión al régimen jurídico -o, mejor dicho, regímenes jurídicos- del tiempo de presencia en nuestro país; seguidamente trataremos de compendiar los principales rasgos distintivos de esta figura para, a partir de las mismas y a renglón seguido, relacionar las principales censuras que le planteamos. Finalmente, incorporamos un apartado propositivo en el que enunciaremos algunas líneas de actuación por las que podría transitar la acción legislativa para corregir o paliar algunos de los vacíos de justicia que, siempre desde nuestra particular opinión, cabe imputarle a la actual regulación del tiempo de presencia.

1. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TIEMPO DE PRESENCIA. ÁMBITOS MATERIALES DE VIGENCIA

Para tratar de circunscribir con alguna precisión el objeto de nuestra investigación, diremos que cuando aquí aludimos al tiempo de presencia nos estamos refiriendo todos aquellos lapsus de tiempo, allende los límites de la jornada ordinaria de trabajo, en los que el operario permanece, de alguna manera u otra, con mayor o menor intensidad, ligado a su actividad profesional bajo un, aun tenue, vínculo de subordinación. En otras palabras brindadas por doctrina más autorizada, podríamos definir estos periodos de presencia como aquellos “en los que el trabajador se compromete durante un determinado tiempo a estar a disposición del empresario para entrar a realizar sus funciones si así fuera necesario, esta disponibilidad se puede limitar a exigir al trabajador estar localizable o puede ir acompañada de la obligación de encontrarse en un determinado lugar, el centro de trabajo, en cuyo caso se trata de una disponibilidad presencial”¹.

Esta aclaración definitoria resulta pertinente desde el momento en que esta realidad sustantiva, u otras análogas, se presenta en nuestro Derecho positivo bajo nomenclaturas diferentes -v.gr., horas de presencia, guardias de localización, tiempos de espera, etc.-. Y es que -anunciando desde un comienzo cual será uno de nuestros principales reproches a la configuración legal de esta figura- no encontraremos en nuestro ordenamiento jurídico una definición unívoca y de alcance general de los tiempos de presencia. Esta será, quizás, la principal dificultad analítica que encontrará quien se acerque a esta figura, la ausencia de una definición legal y omnicomprendensiva de la realidad sustantiva cubierta por la misma. Por el contrario, esta institución encuentra una caracterización diferente en cada uno de los sectores profesionales en los que adquiere operatividad. En atención a ello, estimamos que la forma más diligente de abordar esta institución es identificar cada uno de estos ámbitos para, seguidamente, tratar de compendiar algunos rasgos comunes de cada uno de ellos.

Ante este objetivo puede comenzarse diciendo que el hábitat natural y tradicional de las horas de presencia se ha encontrado en el sector del transporte -por carretera, fe-

1 Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el Derecho comunitario y en el Derecho Interno”, Revista de Justicia Laboral núm. 41/2010 (Versión digital en la base de datos Westlaw con la signatura BIB 2013\51297).

roviario o aeronáutico- y los trabajos en el mar. En efecto, si acudimos al Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (en lo que sigue, RDJET) comprobaremos cómo las alusiones que en esta norma se hacen al tiempo de presencia aparecen ubicadas en su sección cuarta, “transportes y trabajo en el mar”. Más concretamente, será en el art. 8.1 sobre disposiciones comunes a estas diferentes actividades donde encontramos la principal definición de esta categoría brindada por nuestro ordenamiento, presentándola como aquel periodo de tiempo “en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares”. Puede decirse, de añadidura, que la asociación de los tiempos de presencia al sector del transporte no es una particularidad patria, sino que es coherente con las disposiciones transnacionales de regulación del tiempo de trabajo, como las emanadas de la O.I.T., que en su C067 - Convenio sobre las horas de trabajo y el descanso (transporte por carretera), 1939 (núm. 67), bajo la expresión de periodos de simple presencia, engloba los “períodos durante los cuales una persona permanece en su puesto únicamente para atender a posibles llamadas o para reanudar su actividad en el momento fijado por el horario” (art. 4.d). También en el ámbito europeo, la Directiva 2002/15, de 11 de marzo, sobre ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, se refiere al “tiempo de disponibilidad” para aludir a “los períodos distintos de los períodos de pausa o de descanso durante los que el trabajador móvil no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos”. Aludiendo a estas normas transnacionales hacemos una aclaración pertinente, el tiempo de presencia no es una figura autóctona del Derecho español, sino que ha encontrado arraigo en otros ordenamientos, entre ellos el supranacional, por lo que parte de la crítica que aquí efectuamos no debe entenderse, no al menos en exclusividad, como un reproche al Legislador patrio.

Algunas de las disposiciones comunes de este tiempo de presencia en las distintas actividades donde el RDJET le reconoce operatividad se refieren a su remuneración y su límite máximo. En cuanto al primero de estos elementos, queda al albur de las partes, sin que pueda rebajar, en ningún caso, el valor salarial correspondiente a las horas ordinarias. En lo que se refiere a su límite cuantitativo, se estipula en 20 horas semanales, salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, en cuyo caso la norma no incorpora ninguna limitación.

Más allá de esta definición y estas líneas comunes, no encontraremos en esta norma ningún aditamento que abunde en el significado de las horas de presencia. En la regulación específica que hace de esta institución para sector del transporte por carretera sí incorpora una relación ejemplificativa de actividades o servicios que podrían ser desplegados por los operarios durante estos periodos de tiempo y que no se considerarían, por ende, prestación efectiva de trabajo (art. 10.4); enunciación la cual quizás pueda clarificar el significado de la figura que analizamos. Según dicho listado, computarían como tiempo de presencia, entre otros, los períodos durante los cuales el trabajador acompañe a un vehículo transportado en transbordador o tren, los períodos de espera en fronteras o los causados por las

prohibiciones de circular o las dos primeras horas de cada período de espera de carga o de descarga. Es una lista ampliable o concretizable por la negociación colectiva, ya que en el art. 8.1 in fine -de alcance general, no circunscrito al transporte por carretera- se encomienda a los agentes sociales determinar “en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia”². Por lo demás, cabe decir que para que esos periodos tengan la consideración jurídica de tiempo de presencia se requiere, además, que se conozca de antemano su existencia y duración (art. 10.3); lo cual acontece, según se encarga de precisar la norma, cuando sean esperas propias de un trayecto ya transitado con anterioridad o cuando, por ejemplo, el corte de la circulación haya sido previamente anunciado por las autoridades públicas. A contrario sensu, cuando este conocimiento previo no acontezca, la calificación que debe tener tales periodos será la de tiempo efectivo de trabajo, con las consecuencias que de ello se siguen a los efectos de determinar el máximo de jornada u horas extraordinarias.

El resto de los sectores en los que el RDJET prevé el sometimiento al tiempo de presencia no incorpora ninguna aclaración reseñable, se hace una mera remisión a las normas comunes de remuneración y tope máximo de horas permitidas. Así ocurre en el transporte ferroviario (art. 13.2) y el transporte y trabajos aéreos (art. 14.3)³. Es curioso constar que la regulación específica del trabajo marítimo (arts. 16 y 17) no hace ninguna referencia al tiempo de presencia, ni siquiera remite de manera expresa a la regulación del art. 8.1, sin embargo, es dable entender que, conteniendo este último precepto disposiciones comunes a todas las actividades incluidas en la sección de transportes y trabajo en el mar, resulta en este último ámbito plenamente aplicable el régimen que en el mismo se establece.

Extramuros ya del RDJET el tiempo de presencia es mencionado en dos disposiciones normativas que regulan sendas relaciones laborales de carácter especial, la de estiba y desestiba de buques y la de empleo doméstico. 1) Con respecto a la primera de ellas, el Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo de 1986, de estiba y desestiba de buques, indica en su artículo 20 que la jornada de los estibadores portuarios estará integrada por tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia. No incorpora el precepto ningún aditamento sobre el régimen jurídico de este tipo de presencia, sobre su remuneración o sobre su límite máximo; solo cabría inferir, a través de una lectura a sensu contrario del mismo, que dichos periodos de presencia no computan a los efectos del límite máximo de jornada

2 Al menos a nivel estatal la negociación colectiva no ha efectuado una relación más extensiva de supuestos. Si acudimos a la norma paccionada del sector de ámbito nacional, la Resolución de 13 de marzo de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo general para las empresas de transporte de mercancías por carretera, encontraremos en su art. 28.3 un catálogo casuísticas incardinables dentro de la categoría de tiempo de presencia que recoge los mismos supuestos previstos en la norma reglamentaria.

3 Si bien aquí con notables matices, ya que aquí el real decreto establece un número máximo de horas de trabajo anuales, 2.000, y dentro de este incluye las actividades de presencia. Es decir, la regulación en este concreto ámbito no pasa por imponer un límite semanal a las horas de presencia, sino por incluirlas dentro del límite anual de jornada permitido y comprensivo del tiempo efectivo de trabajo y del tiempo de presencia.

de trabajo y de horas de extraordinarias. 2) Con similar indolencia descriptiva se expresó en su día el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, que permitía a las partes acordar tiempos de presencia que excedían de la jornada máxima de 40 horas (art. 7.1) y durante los cuales los trabajadores estaban obligados a permanecer en el domicilio familiar (art. 7.1 párrafo segundo, a contrario sensu). Esta referencia lacónica dejaba en la más profunda incertidumbre aspectos tan relevantes como el número máximo de horas de presencia que podrían acordar las partes, su remuneración, o el tipo de actuación que puede exigirse al trabajador durante las mismas. Estas omisiones resultan aquí reforzadamente criticables si tenemos en cuenta que nos encontramos en un ámbito en el que la negociación colectiva no tiene ningún margen para la regulación de las condiciones de trabajo, por lo que la labor de complementación que a través de esta se hizo en el sector de transporte por carretera resulta inoperante. En cualquier caso, sí que aportó algo de claridad, aunque con todo, tenue, la regulación actual de esta prestación de servicios y que se contiene en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Esta norma, en efecto, afirma la necesidad de que el régimen de estas horas conste por escrito en el contrato de trabajo (art. 5.4.b); establece un límite máximo, no pudiendo exceder las veinte horas semanales de promedio salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido (art. 9.2); y se remunerarán con un estipendio no inferior al correspondiente a las horas ordinarias (art. 9.2). Sin embargo, sigue dejando en el limbo cualquier concreción, aun ejemplificativa, de las esperas o pausas que integrarían el tiempo de presencia en este ámbito.

Más allá de estas referencias explícitas o literales al tiempo de presencia, ya decíamos líneas atrás que la realidad sustantiva que subyace bajo ese calificativo es regulada normativamente recurriendo a otras nomenclaturas. Así ocurrió en el R.D. 1331/2006 de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Según dispone esta norma en su artículo 14.1, “no se computará a efectos de la duración máxima de la jornada de trabajo, sin perjuicio de su compensación económica, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas, salvo que durante los mismos realicen actividades propias de su profesión”. De esta suerte, se excluye potencialmente del tiempo efectivo de trabajo una variada gama de sucesos que reducen el tiempo de libre disposición del trabajador por causas absolutamente ajenas a su voluntad. Valga puntualizar que la inconcreción de la norma fue denunciada por la doctrina⁴ y aunque es cierto que el precepto, in fine, hace un llamado a la negociación colectiva, mediante la cual se “determinarán los supuestos concretos de desplazamientos y esperas que no se computarán a efectos de la duración máxima de la jornada”, la norma no hacía ninguna precisión sobre su régimen jurídico. Precisamente esta imprecisión fue uno de los motivos que llevó a nuestro Tribunal Supremo a anular el tercer párrafo del art. 14.1 en la STS, Sala Tercera, de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008/5991), que acogió la tesis del sindicato accionante -la Asociación de Abogados

4 Aragón Gómez, C.: “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Información Laboral* núm. 9/2018 (signatura Westlaw BIB 2018\12748).

Laboralistas de Trabajadores de la Comunidad de Madrid- según la cual el establecimiento de este pseudo tiempo de espera conculcaría las disposiciones de la Directiva 2003/88 de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁵. Aunque volveremos más adelante sobre ello, ya anunciamos que el criterio de esta sentencia es sumamente sugerente, pues, según lo estimamos, resulta válido, *mutatis mutandi*, para cuestionar la legitimidad de las distintas manifestaciones de los tiempos de presencia, y no solo del que se previó para el colectivo de abogados⁶.

Otra referencia implícita o indirecta al tiempo de presencia lo encontramos en la Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, cuando en su art. 7.2, relativo a la remuneración, delega a la negación colectiva “el tratamiento retributivo de aquellos tiempos en los que, sin estar comprendidos en la noción de jornada de trabajo [...], el trabajador se encuentre en situación de disponibilidad respecto del empresario”. Se trata, nuevamente de una afirmación totalmente imprecisa que deja en el limbo el tiempo de actividades remunerables por esta vía, el límite temporal máximo de las mismas e, incluso, su remuneración, para cuya determinación concede una libertad absoluta a los agentes sociales. Algo similar ocurre, sin ánimo de exhaustividad, en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, cuyo art. 9.3 excluye del tiempo de trabajo “los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas, ni los empleados en los desplazamientos hasta el lugar de la celebración de las mismas”.

Para cerrar este primer apartado, debe necesariamente aludirse a otra figura afín al tiempo de presencia y que, es quizás, el caso más paradigmático de tiempo a disposición del empleador sin prestación efectiva de servicios: nos referimos a las guardias de los profesionales sanitarios u otros servicios de atención urgente, como bomberos, protección civil o policía. Y es que, como se ha encargado de advertir nuestra mejor doctrina, “ontológicamente nos encontramos con una especialidad de los tiempos de presencia, en la medida en que durante la realización de guardias, y con independencia de la existencia de prestaciones materiales efectivas, la jornada de trabajo durante las mismas está caracterizada esencialmente por la necesidad del personal facultativo de encontrarse disponible (presencia física o localizada) ante cualquier requerimiento de asistencia sanitaria”⁷. La propia juris-

5 Monreal Bringsvaerd, E: “El cómputo del tiempo de trabajo. A propósito de la STS (3.a) de 16 de diciembre de 2008 sobre la duración de la jornada de los abogados”, *Diario La Ley*, núm. 7149/2009, págs. 6 y ss.

6 Valga añadir que la Directiva Comunitaria 2003/88/CE, que los Sindicatos invocaron para defender la ilegalidad del art. 14.1 párrafo 3º del Real Decreto 1331/2006, fue utilizada con anterioridad por el Consejo de Estado en su Dictamen 2206/2006 para mantener la tesis contraria, id est, que es plenamente conforme la consideración de tiempo de trabajo como tiempo «efectivo» de trabajo, y no la mera presencia en el puesto de trabajo. Vid. Areta Martínez, María y Sempere Navarro, Antonio V.: “Control judicial del Reglamento regulador de la relación laboral especial de abogacía (Comentario a la STS, Contencioso, de 16 diciembre 2008)”, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 30/2008, (RJ 2008, 5991).

7 Gómez Muñoz, J.M.: *Las jornadas especiales de trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pág.

prudencia ha definido el tiempo dedicado a estas labores de guardia como “horas de mera presencia física y ausencia localizable”⁸. Estas guardias tienen una regulación específica en cada una de las profesiones para las que se prevé, por lo que su abordamiento abigarraría de manera indeseable el contenido de este pliego. En consecuencia, solo nos referiremos a estas guardias de manera puntual, sobre todo lo haremos más adelante cuando aludamos a algún reciente pronunciamiento sobre el particular del TJUE que incorpora sugerentes reflexiones para la cuestión que nos ocupa. Por incorporar aquí meramente una definición aproximada a la figura, citaremos la que nos proporciona el art. 46.2.d) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, donde define la guardia de localización como el periodo durante el cual “el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicio efectivo cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente se puedan producir”. Este mismo texto normativo se encarga de aclarar, en su art. 48.2, que estos períodos no serán tomados en consideración para la duración máxima de la jornada “salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento”.

2. ALGUNOS RASGOS CARACTERIZADORES DEL TIEMPO DE PRESENCIA

Si en el apartado anterior hemos aludido a la configuración fragmentaria o sectorial del tiempo de presencia, ahora nos proponemos bocetar una definición omnicompreensiva de esta figura a través de los rasgos comunes que pueden predicarse de las distintas modalidades de tiempo de presencia previstas en nuestro ordenamiento normativo. La existencia de estos rasgos comunes, entendemos, nos permiten además afirmar la sustantividad propia de la figura que analizamos, con independencia de su plurivocidad y su dispersa regulación. La enumeración de estos rasgos, no necesariamente exhaustiva, pueda quedar como sigue:

a) No se trata de tiempo de trabajo ni de tiempo de descanso. De esta forma, escapa de la clásica dicotomía que caracteriza la regulación ortodoxa del tiempo de trabajo. Algunos exponentes de la doctrina lo identifican con un *tertium genus* entre sendas categorías⁹; otros hablan de “el nacimiento de un nuevo tiempo contractual”¹⁰.

b) En cuanto a su computo dentro de la jornada y su remuneración, recuperando un pronunciamiento remoto, pero plenamente vigente, del profesor García Ninet, cabría destacar las siguientes notas: 1) No se computan como horas de trabajo efectivo, ni, por ello,

128.

8 STS, Sala Cuarta, de 14 de marzo de 1985 (RJ, 1985, 1339).

9 Gorelli Hernández, J: “Tiempo de Trabajo y Jornada. Regulación y Tratamiento en la Negociación Colectiva”, en A.A.V.V.: *Tiempo de trabajo. XXIX jornada de estudio sobre negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, págs. 63-186, pág. 155. En idéntico sentido, Rodríguez Sanz de Galdeano, R.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (...)”, *op. cit.*

10 Rodríguez Sanz de Galdeano, B: “La regulación de los tiempos de disponibilidad...op.cit.

no inciden en el límite de horas extraordinarias. 2) Deben ser estipendiadas, como mínimo, por el mismo importe previsto para el trabajo efectivo¹¹.

c) Se trata de una figura limitadora los derechos de los trabajadores¹². Esta apreciación, que puede tacharse de indolente, es de la mayor importancia. Desde el momento en que dichos tiempos de presencia son remunerados, al menos con el importe previsto para la hora ordinaria, pudiera atribuírsele a la figura un impacto neutral en el equilibrio sinalagmático del contrato de trabajo. Huelga aclarar que, aunque la limitación de la jornada máxima suponga, en parte, una restricción a la libertad contractual del trabajador, se concibe en realidad como una garantía para este, que impide la competencia desleal entre operarios y que los patronos puedan exigir el sometimiento a jornadas excesivas para la incorporación a un puesto remunerado. Admitiendo así que los tiempos de presencia comportan un perjuicio para el operario, puede sostenerse que se trata de una opción excepcional que debe ser contemplada con carácter restrictivo, en palabras nuevamente de García Ninet, “dado que se trata de una excepción que contempla una importante rebaja de derecho del trabajador en concepto de tiempo de trabajo, deberá interpretarse restrictivamente”¹³.

d) Otra cuestión de alusión necesaria pasará por resolver si nos encontramos ante una figura de alcance general, que pueda ser aplicada en el común de las relaciones laborales, o si, por el contrario, solo resulta de aplicación en aquellos sectores o ramos de actividad designados de manera explícita por el Legislador -o el Ejecutivo en el ejercicio de su potestad reglamentaria-. En otras palabras, determinar si resulta preceptivo una habilitación legal para la operatividad de los tiempos de presencia en una relación laboral determinada o si, por el contrario, las partes -ora a nivel colectivo, ora a nivel individual- cuentan con autonomía para pactar el sometimiento a este régimen horario con independencia de la actividad profesional ejecutada. Entendemos que es la primera opción la que encuentra un mejor acomodo en nuestro sistema jurídico y la que ha avalado nuestra doctrina científica al afirmar que los tiempos de presencia “constituyen una «especialidad» dentro de la ordenación general del tiempo de trabajo, y por eso han sido previstos únicamente para determinados ámbitos”¹⁴. Y es que solo desde este carácter excepcional podría afirmarse la coherencia de los tiempos de presencia con los preceptos comunitarios de ordenación del tiempo de trabajo contemplados en la Directiva 2003/88. Si efectuamos una lectura superficial de la misma comprobaremos que esta no contempla tiempos de presencia, tampoco tiempos de espera, disponibilidad u otra figura análoga. Todas sus disposiciones orbitan sobre el más ortodoxo binomio tiempo de trabajo-tiempo de descanso, por lo que, en todas las relaciones laborales que queden dentro del ámbito de vigencia de dicha norma solo podrá articularse en esos términos maniqueos¹⁵. Dicho lo anterior, debe decirse que existen

11 García Ninet, J.I.: “Las jornadas especiales de trabajo”, en A.A.V.V. (coord. De la Villa Gil, Luís Enrique): Estudios sobre la jornada de trabajo, Madrid, ACARL, 1991, págs. 225-360; págs. 334 y 334.

12 Ibid., pág. 333.

13 Ibid.

14 Martínez Yáñez, N.M.: “El tiempo de presencia en el sector de los transportes” (BIB 2011\5519), en Martínez Yáñez, N.M. y Cabeza Pereiro, J: El régimen jurídico de la disponibilidad horaria, Cizur Menor, Aranzadi, 2011 (BIB 2011\204)

15 De hecho, este y no otro fue el argumento principal con el que el Tribunal Supremo revocó la

una serie de ámbitos excluidos de la vigencia de esta norma, tal y como se anuncia en el primero de sus artículos, concretizándose el régimen de exclusiones en los arts. 14, 15, 17 y 18. El artículo 14 concede prioridad sobre la Directiva general a las directivas específicas que para concretos sectores de actividad se puedan aprobar. Por su parte, el artículo 17 permite a los Estados miembros establecer excepciones al régimen general sobre descansos, duración de la jornada máxima y duración del trabajo nocturno en determinadas actividades que no tengan una duración medida. Por último, el artículo 20 de la Directiva aclara que lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5 y 8 en materia de descanso diario, pausas intrajornada, descanso semanal y trabajo nocturno, no se aplicará a los trabajadores móviles ni tampoco a los trabajadores off-shore. Lo mismo establece el artículo 21 para los trabajadores que presten su actividad en buques de pesca marítima. De la lectura conjunta de estos preceptos cabría deducir que los tiempos de presencia solo adquirirían legitimidad en algunas de estas actividades excluidas de la precitada norma, pero no en las que, por defecto, quedan dentro de su ámbito de vigencia. En realidad, una exégesis más atenta de la norma nos permitiría mantener una postura más restrictiva, como la que ha efectuado parte de la doctrina para afirmar que “a la luz de este elenco de excepciones, se puede concluir que sólo es posible el establecimiento del tiempo de presencia, como categoría diferente dentro de la ordenación del tiempo de trabajo, si existe una normativa comunitaria específica que así lo recoja”¹⁶. Y es que, como se ha visto, los artículos 15, 17, 18, 20 y 21 de la directiva, que son los que autorizan la existencia de ordenaciones diferentes del tiempo de trabajo para determinados sectores de actividad, se limitan al establecimiento de regímenes diferentes en materia de descanso diario o semanal, pausas, etc. Así las cosas, “con base en estos artículos, no es posible, por tanto, introducir una nueva categoría de tiempo de trabajo como la del tiempo de presencia”¹⁷. Es decir, al no admitir la norma comunitaria que regula el tiempo de trabajo con carácter general los periodos de presencia, estos solo tendrán cabida cuando otra norma del mismo rango y de mayor especificidad la haya admitido de forma explícita, tal como ha ocurrido, por ejemplo, en materia de transporte por carretera a través de la Directiva 2002/15 anteriormente aludida.

e) Sobre el cauce normativo pertinente para su regulación, ya hemos visto que con carácter principal encuentra su desarrollo en el nivel reglamentario, como sabemos, en el RDJET. Este real decreto encuentra su razón de ser en las delegaciones contempladas en el Estatuto de los Trabajadores. En efecto, el artículo 34.7 ET, teniendo en cuenta “aquellos sectores y trabajos que, por sus particularidades así lo requieran”, autoriza al Gobierno a “establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de descanso”. Igualmente, el apartado 1 del artículo 36 y el apartado 1 del artículo 37 de la precitada norma confieren al Gobierno idéntica facultad en relación con la duración de la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos y con el descanso semanal, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas. Estos preceptos fueron invocados por el titular de la potestad reglamentaria para justificar

disposición que preveía los tiempos de presencia en el colectivo de abogados, al traste de una categoría jurídica indeterminada que no tenía ninguna cabida en la norma comunitaria. Vid. La ya aludida STS, Sala Tercera, de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008/5991).

16 Rodríguez Sanz de Galdeano, B: “La regulación de los tiempos de disponibilidad...op.cit.

17 Ibid.

la aprobación del RDJET a través del cual se regulaban las horas de presencia en determinados sectores profesionales, confeccionado, en palabras del profesor Alarcón Caracuel, “un traje a medida de las diversas necesidades”¹⁸. Aunque pudiera tratarse de una opción discutible¹⁹, desde el momento en que se trata de imponer por vía reglamentaria un trato más gravoso que el admitido por la ley laboral, ha sido validada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7^a), cuando se cuestionó la legitimidad formal del Decreto 2001/83 de 28 de julio -precedente normativo del RDJET- en su sentencia de 31 enero 1990 (RJ 1990\574), admitiendo que no o hay una reserva de ley absoluta en materia de regulación de las condiciones de trabajo²⁰. Con no menos importancia, y con mayores dudas en cuanto a su corrección jurídica, encontramos el margen de autonomía que el RDJET y otras normas -como el R.D. 1435/1985 que se regula la relación laboral especial de los artistas - confieren a la autonomía colectiva para la determinación de los supuestos incardinables dentro del tiempo de presencia. Dejamos meramente señalada tal facultad sin perjuicio de que en el siguiente de los apartados evacuemos una crítica al respecto.

f) Otro rasgo diferenciador del tiempo de presencia es su carácter obligatorio, en la medida que puede ser impuesto unilateralmente por la empresa o supeditarse al acontecimiento de una situación objetiva determinada. A diferencia de las horas extraordinarias -el exceso en la jornada que puede darse en el común de los trabajadores-, el sometimiento del trabajador al tiempo de presencia no requiere el concurso de voluntades de las partes contratantes, solo requieren de la aparición de un elemento objetivo accionante como puede ser, por ejemplo, una avería, la carga y descarga del vehículo o una retención aduanera. Ocurrido cualquiera de estos incidentes, el sometimiento al tiempo de presencia resulta preceptivo, sin ningún margen de elección para el trabajador, que, salvo disposición en contrario del convenio colectivo o el contrato individual, ni tan siquiera podrá escoger entre la remuneración de dicho tiempo de presencia o su permuta por un descanso equivalente. Debe decirse, en aras del rigor, que alguna normativa específica, como la rectora del empleo doméstico, exige para la habilitación de las horas de presencia el acuerdo explícito del empleado y el empleador, sin embargo, aun en este caso no debe hablarse de horas de libre aceptación por el trabajador en la medida que dicho acuerdo se produce en el momento genético del contrato de trabajo, cuando, como es extensamente asumido, la libre autonomía del trabajador aparece menguada por la necesidad de acceder a una ocupación remunerada, id est, un medio de sustento.

¹⁸ Alarcón Caracuel, M.R.: prólogo a Gómez Muñoz, J.M: Las jornadas especiales de trabajo... op.cit., pág. 17.

¹⁹ Sobre la discusión en torno a la legitimidad del cauce reglamentario vid Gómez Muñoz, J.M: Las jornadas especiales de trabajo... op.cit. págs. 33 y ss.

²⁰ Mejor opinión nos merece el voto particular emitido por el magistrado Conde Martín de Hijas, para quien las cuestiones relativas al tiempo de trabajo si deben gozar de reserva de ley. “Tal conclusión -se lee en el voto particular- viene además impuesta por el art. 53.1 del propio texto constitucional, en que se formula la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, que es el marco sistemático en el que se encuadra el art. 35.2”. Dicho lo anterior, el magistrado no se separará del voto mayoritario nada más que en la argumentación, pues entiende que, asentada esta reserva de ley, esta es salvada por la delegación expresa que el Legislador incluyó en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que no discrepará del fallo de la sentencia.

g) Por último, para una mejor comprensión de la crítica que acometemos en el siguiente apartado, debe decirse que estas horas de presencia no tienen carácter extraordinario. Más allá del tope semanal de 20 horas fijado por el RDJET o el RD 1620/2011, y más allá de los límites que indirectamente impone el régimen de descansos obligatorios, no se establece ninguna limitación al uso continuado de las horas de presencia. La normativa no introduce un máximo mensual, trimestral o anual de horas de presencia ni sanciona su utilización recurrente, lo que equivale a decir que sería permisible una prestación de servicios en la que, de ordinario y sin solución de continuidad, además del máximo de jornada ordinaria de trabajo, se alcancen también las 20 horas de presencia²¹.

3. DÉFICITS DE JUSTICIA, INIQUIDADES Y DISFUNCIONALIDADES JURÍDICAS DE LA ACTUAL REGULACIÓN DE LOS TIEMPOS DE PRESENCIA

Hasta ahora hemos pretendido mantener una exposición meramente descriptiva, ajena a toda consideración crítica. Con todo, en mérito de lo expuesto en el epígrafe anterior ya podrán intuirse, en parte, las líneas por las que discurrirá nuestra invectiva al tiempo de presencia. Estos motivos serán de dos tipos, en primer lugar, algunos de carácter ontológico, que cuestionan la legitimidad material de las horas de presencia en nuestro acervo político y social; y otros, de índole jurídico-positiva, que descansan en la deficiente articulación normativa operada por el Legislador para la regulación de esta figura.

1. Los tiempos de presencia como transgresión del objetivo fundacional del Derecho laboral, la garantía de tiempos suficientes de desapego a la subordinación laboral

Como decíamos en trámite introductorio, no sería impropio afirmar que las primeras normas históricas subsumibles en la disciplina iuslaboral fueron aquellas que trataron de imponer un tope temporal máximo a la exposición del operario al trabajo. Estas primeras normas, ya se ha dicho, “estaban guiadas no solo por un deseo de humanizar las condiciones de trabajo, sino también por el deseo de que, al recortarse horas de trabajo, fuera factible escolarizar adecuadamente a los menores e instruir a los adultos”²². Sugestivamente, la primera norma documentada que establecía restricciones horarias a las partes contratantes, la *Fabric Act* aprobada por el Parlamento de Reino Unido en 1802, recibía el nombre *Ley de Salud y Moral de los Aprendices*. En el ámbito patrio, esta misma finalidad se persiguió a través de la *Ley Benot* de 24 de julio de 1873, cuya exposición de motivos anunciaba que a través de la misma “el Gobierno de la República cumple el grato deber someter a las Cortes Constituyentes una ley de humanidad, que favorezca el desarrollo de la generación obrera

21 Por ejemplo, la OIT, en alguna recomendación específica, como la Recomendación sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 157), ha pautado “recurrir lo menos posible al servicio de guardia”, para lo cual, añade “deberían adoptarse medidas apropiadas en el campo de la organización del trabajo, la determinación y la utilización del personal y de la planificación de los horarios”, sin embargo, tal pauta no ha cristalizado en ninguna disposición vinculante de este organismo.

22 Martínez Peñas, L: “Los inicios de la legislación laboral española: La ley Benot”, *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*; Volumen 1, págs. 25-70, pág. 35.

tanto en lo físico como en lo intelectual y moral”²³. En el ámbito supranacional a raíz del sistema de Tratados de la Paz de Versalles de 1919, se funda la Organización Internacional del Trabajo, entre cuyos objetivos fundacionales, cuya consecución se consideraba urgente para garantizar la paz social, se encontraba “la reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo”²⁴.

Este objetivo seminal del derecho laboral, que a veces se difumina, sigue hoy resultando incuestionablemente pertinente²⁵. A pesar de ello, a través de los tiempos de presencia, según nosotros los entendemos aquí, se ha articulado un subterfugio jurídico que permite la enajenación al trabajador de parte de su tiempo de libre disposición, extendiendo la jornada máxima durante unos periodos en los cuales permanece vigente -de manera más o menos latente- el vínculo de subordinación para con el empresario, imponiendo, las más de las veces, la obligación de permanecer expectante en una determinada localización y persistiendo durante el mismo las facultades patronales de fiscalización y disciplina. Ello permite la revitalización de jornadas laborales decimonónicas en las que el trabajador dispone de un tiempo nulo para el desarrollo de su vida desprofesionalizada.

Permítasenos ilustrar este planteamiento con un ejemplo casuístico que, con ser rudimentario, ayuda a expresar los motivos de nuestra discrepancia: imagínese un trabajador del transporte por carretera que asume una ruta diaria de reparto entre Málaga y Ciudad Real, regresando cada noche a su domicilio. Dentro de su jornada, ocho horas diarias pueden ser dedicadas de ordinario al trabajo efectivo y otras cuatro horas -en un horario de lunes a viernes- a la mera presencia o espera durante los periodos de carga y descarga de la mercancía. Imaginando que el trabajador no realice además horas extraordinarias -que sería perfectamente legítimo, no impedido por la norma, al menos hasta el límite permitido por el régimen de descansos- este trabajador contará cada día con unas doce horas alejadas del ámbito profesional²⁶. Si aceptamos que en torno a ocho horas -según los estándares pautados por la OMS²⁷- las empleará al sueño, este trabajador dispondrá de un total de

23 “Proyecto de ley, presentado por el Sr. Ministro de Fomento, regularizando el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos”. Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, Volumen 1, Tomo 1, Apéndice al número 23. Madrid, 1874. Añadía este preámbulo de la norma que “Para que un país ocupe puestos de honor en el gran concierto de las Naciones civilizadas, es preciso que produzca hombres, no solo criados para las faenas de la acuicultura, los trabajos de la industria y las agitaciones del comercio, sino educados también para las luchas de la inteligencia”.

24 Preámbulo Constitución de la OIT.

25 OIT: El tiempo de trabajo en el siglo XXI: Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo, 17-21 de octubre de 2011, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

26 Según la cuantificación efectuada por Gómez Muñoz, esta limitación podría ser mayor; llegando hasta las 68 horas y 15 minutos, disgregadas en 47 horas efectivas de conducción, 12 horas y media de presencia, y 8 horas y 45 minutos en concepto de horas extras. Vid. Gómez Muñoz, J.M: *Jornadas especiales...op.cit.*, pág. 147.

27 Martínez Martínez, M.A: “¿Cuánto hay que dormir para un sueño saludable?. Sueño saludable: evidencias y guías de actuación. Documento oficial de la Sociedad Española de Sueño”, *Revista de Neurología*, Vol. 63, Supl. 2, Octubre 2016, págs. 7-10; pág. 7.

cuatro horas diarias para su asueto, su dedicación familiar y doméstica y demás quehaceres de la vida diaria. Ello, valga puntualizar, en el más benevolente de los casos en el que este trabajador reside junto al lugar de partida de la ruta. En otro caso, a estas cuatro horas de libre disposición, habrá que restarle el tiempo empleado en el desplazamiento hacia dicho emplazamiento base. Así las cosas, la dimensión más elevada del ser humano, promovida a través de actividades que se alejan del trabajo y la satisfacción de las necesidades fisiológicas elementales, quedará confinada, al menos en este supuesto, al fin de semana, las vacaciones y los festivos.

2. Sobre la discriminación interprofesional propiciada por la actual regulación de los tiempos de presencia

En base a lo anterior, la institucionalización de los tiempos de presencia no nos parece solo inecuánime sino, además, sumamente discriminatoria. Y ello en la medida que esta mayor severidad horaria solo opera sobre determinados colectivos profesionales determinados por el Legislador -cuando no por el Ejecutivo vía delegación normativa-. Mientras el común de los trabajadores admite de ordinario un tiempo máximo de subordinación de ocho horas diarias -sobre una semana laboral de cinco días-, algunas ocupaciones concretas podrán ver este límite incrementado en un 50%. La determinación de profesiones afectadas por este incremento es, además, sumamente arbitraria. Ciertamente es que en las profesiones en las que se aplica el tiempo de presencia encontraremos algunos elementos objetivos con los que justificarlo, pero no es menos ciertos que existen otras muchas profesiones a las que también les son consustanciales tiempos de espera, sin ocupación efectiva, o de mera disposición, a las que no se les habilita dicho régimen jurídico. Así, a vuela pluma, se nos ocurre el ejemplo de los repartidores a domicilios de cadenas de hostelería, en los tiempos entre servicio y servicio, o los teleoperadores ocupados en la atención al usuario. Afirmando esto no estamos sosteniendo la bondad de una proposición de lege ferenda que extienda la habilitación de los tiempos de presencia a todos los sectores profesionales, pero sí sostenemos que este diferente trato acaba por distorsionar el concepto dogmático-jurídico del trabajo, en la medida que tareas esencialmente iguales -como por ejemplo la inactividad transitoria por la avería de un bien de equipo- acaba adquiriendo una denominación y un tratamiento diferenciados según un criterio subjetivo como es la actividad profesional desempeñada.

Permítasenos justificar ello a través de dos ejemplos. Desde tiempos remotos el TJUE asentó que el tiempo de pernocta en el que un trabajador permanece en el centro de trabajo, a disposición de atender los eventuales avisos de urgencia que puedan darse, debe calificarse a todos los efectos como tiempo de trabajo²⁸. En tiempos más recientes, matizando su doctrina anterior y estableciendo un criterio más proclive a los intereses de los trabajadores, ha dictaminado que inclusive el tiempo durante el cual un trabajador se halla pernoctando en su propio domicilio, pero sin libertad ambulatoria plena y a disposición

²⁸ SSTJUE 3 de octubre de 2000 (C-303/98), Simap; 9 de septiembre 2003 (C-151/02), Jaeger; 1 de diciembre 2005 (C-14/04), Dellas y otros; y 10 de septiembre 2015 (C-266/14), Tycos y Autos 11 de enero 2007 (C-437/05), Vorel; y 4 de marzo de 2011 (C-258/10) Grigore.

de atender urgencias en un breve lapso temporal, también debe tener la consideración de tiempo de trabajo²⁹. Así las cosas, nos preguntamos entonces desde qué perspectiva de justicia material y equidad cabe excluir del tiempo de trabajo el periodo que los empleados domésticos permanecen en el domicilio del cabeza de familia, expectantes para atender las necesidades médicas de este o de alguno de sus familiares, tal y como hace el art. 9.1 del R.D. 1620/2011 al considerarlo como tiempo de presencia³⁰. Otro ejemplo de esta arbitrariedad legislativa, esta vez censurado por las instancias judiciales, es la exclusión del tiempo de trabajo de los desplazamientos y esperas en los que incurriese el colectivo de abogados asalariados por ministerio del art. 14.1 del R.D. 1331/2006. Esta opción legislativa no se extendía a otros operadores jurídicos excluidos del ámbito subjetivo de dicha norma, como por ejemplo los graduados sociales. Durante la vigencia de este precepto podría haberse dado el absurdo de que para un graduado social y un letrado que se encuentran esperando la celebración de un mismo juicio, la normativa suministrase un diferente trato: para el primero dicha espera se computaría como tiempo de trabajo mientras que para el segundo se contabilizaría como tiempo de presencia y, por ende, se traduciría en excesos obligatorios sobre el tiempo máximo de la jornada laboral.

3. Sobre la incongruencia de la regulación nacional del tiempo de presencia y la normativa comunitaria rectora del tiempo de trabajo

El carácter heteróclito de los periodos de presencia se confirma si acudimos a la normativa comunitaria reguladora del tiempo de trabajo, concretamente la Directiva 2003/88/CE sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y la interpretación de la misma efectuada por el TJUE. Si acudimos a estas dos fuentes, constataremos que, en relación con la actividad profesional del trabajador, solo cabe una lectura dicotómica del tiempo según la cual una determinada situación podrá calificarse, ora como tiempo de trabajo, ora como tiempo de descanso, sin lugar a una tercera opción miscelánea o híbrida entre estas dos categorías³¹. Según el TJUE, haciendo una interpretación flexible del art. 2 de la mentada directiva, bastaría la concurrencia de dos factores para calificar una situación como tiempo de trabajo: La presencia en el lugar de trabajo y la disponibilidad para atender o reanudar el proceso productivo³². Convendremos por lo demás en que sendos elementos concurren en los tiempos de presencia tal y como aparecen configurados en nuestro ordenamiento interno. Con base en este criterio es como se justifica la ya consolidada jurisprudencia del TJUE que venía calificando las guardias con presencia física como tiempo de trabajo, y que más recientemente se ha extendido a aquellas guardias de

29 STJUE, de fecha 21 de febrero 2018, C-518/15 (asunto Matzak).

30 De hecho, alguna sentencia reciente, con invocación de la doctrina comunitaria, ha sorteado las disposiciones del R.D. 1620/2011 para entender que el tiempo presencial en casa aunque no haya actuación directa, es plenamente equiparable a la situación de estar de guardia localizada en el domicilio pendiente de llamada por lo que se considera como tiempo de trabajo ya que existe obligación de atención; acordando su retribución como horas extraordinarias. STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1^a) Sentencia de 8 octubre 2018 (AS 2019\1882).

31 Por todas, STJUE 1 de diciembre 2005, C-14/04 (asunto Dellas).

32 Ibid.

localización en las que el trabajador permanece en su domicilio, pero se le exige un periodo de respuesta breve, debe ser calificado como tiempo efectivo de trabajo -novedoso criterio que, dicho sea de paso, se aparta del mantenido por nuestro Tribunal Supremo³³ en ocasiones precedentes-. La ratio decidendi de estas resoluciones descansa en la limitación de la libertad del trabajador que tal régimen de guardias ocasiona³⁴, lo que toca preguntarse es si estas restricciones no se dan en mayor grado en los tiempos de presencia reconocidos por nuestra normativa y, en caso afirmativo, cuál es la legitimación material de un diferente trato jurídico y su exclusión del concepto de tiempo de trabajo.

4. La aporía del tiempo de presencia en el debate sobre la distribución del tiempo de trabajo

Por otro lado, la legitimidad del exceso de jornada que representa el tiempo de presencia también puede cuestionarse desde los dogmas contemporáneos de la política de empleo, ámbito en el cual se ha acogido con convicción el planteamiento del reparto del tiempo de trabajo, bien sea como forma de afrontar la crisis del fin del empleo, bien lo sea como una distribución social más equitativa de los beneficios derivados de la mayor productividad tecnológica. Ciertamente, de un tiempo a esta parte ha aflorado abundante literatura social propugnando el reparto del tiempo de trabajo y la reducción del jornada laboral³⁵, y son numerosos los informes que muestran una relación positiva entre la reducción del tiempo del trabajo y el mantenimiento del empleo³⁶. En lo que a nosotros nos resulta más relevante, este planteamiento es acogido por las instituciones competentes de la ordenación de las relaciones de trabajo, como la O.I.T., que define el ajuste del tiempo de trabajo como “una política clave para responder a la crisis mundial del empleo”³⁷. El mantenimiento del tiempo de presencia, sin embargo, se contrapone a esta tendencia; si los tiempos de presencia que se dan en determinadas relaciones laborales computasen a los efectos de la jornada máxima, es obvio que los empresarios se verían en la necesidad de incrementar el número de empleados para cubrir estas horas de exceso, promoviéndose así un reparto más extensi-

33 Y, de hecho, así lo entendió también nuestro Tribunal Supremo que apuntó que la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede ser calificada como tiempo de trabajo. Con todo, cabe decir que este criterio no necesariamente es contrapuesto al mantenido por el TJUE en el asunto Matzak, pues como ya concluyó el TJUE en aquella ocasión, habrá de estarse a la casuística concreta, considerando, entre otros factores, la brevedad del tiempo de respuesta exigido.

34 STJUE, de fecha 21 de febrero 2018, C-518/15 (asunto Matzak).

35 Por todos, y limitándonos a autores nacionales, Medina Castillo, J.E.: Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo, Comares, Granada, 1999; Jáuregui, R, Egea, F, De la Puerta, J: El tiempo que vivimos y el reparto del trabajo: la gran transformación del trabajo, la jornada laboral y el tiempo libre, Barcelona, Paidós, 1998; Ferrer Sais, A: “El tiempo de trabajo y el reparto del empleo”, Temas para el debate, núm. 280 (marzo), 2018, págs. 38-42.

36 Vid. OIT: El tiempo de trabajo en el siglo XXI: Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo, 17-21 de octubre de 2011, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

37 Ibid.

vo del tiempo de trabajo. Esta aporía fue advertida por el profesor Gómez Muñoz cuando comentaba que “nadie sabe adónde conduce el sendero de la reducción de jornada, ni por qué razones concretas dicho trecho ha de ser transitado. Mientras tanto puede decirse alto y claro [...] que los camioneros siguen jugándosela con rutas de hasta 70 horas, y la gente del mar, cuando trabaja, lo que es un logro, sigue volviendo a casa con síndrome de agotamiento por falta de descansos efectivos”³⁸. No desconoce esta parte que una distribución del trabajo por la vía de la supresión del tiempo de presencia entrañaría dificultades organizativas para las empresas -y económicas, aunque en menor proporción-, pero creemos que es una dificultad inherente al riesgo empresarial, o por lo menos, defenderemos que esta mayor dificultad en la gestión del proceso productivo no puede salvarse mermando el derecho al tiempo libre de los trabajadores.

5. Sobre el amplio margen conferido al desarrollo reglamentario y la negociación colectiva

Ya habíamos afirmado en el apartado anterior que la determinación de la categoría del tiempo de presencia se había efectuado en ocasiones a través de normas de rango reglamentario. Y ello con cobijo en la delegación contenida en los arts. 34, 36 y 37 del ET, lo cual, valga añadir ahora, ha sido censurado por la doctrina científica³⁹. Adhiriéndonos a ese parecer crítico, creemos que dos aspectos son reprochables. Con carácter más estructural o político, la propia bondad de la delegación efectuada por el Legislador, que ha sustraído del debate parlamentario un aspecto de las relaciones laborales tan relevante como la organización del tiempo de trabajo. Se trata de una delegación por otra parte amplísima, una suerte de patente de corso que no llega, ni tan siquiera, a delimitar sobre que colectivos pudiera extenderse esta regulación específica de la jornada laboral ni hasta que límite. En segundo lugar, puede reprobarse el uso que de esta facultad delegada ha hecho el Gobierno. Repárese en que la delegación introducida en el Estatuto de los Trabajadores no se refiere de manera explícita a la ampliación del tiempo de subordinación laboral, no faculta, por así decirlo, la introducción de los tiempos de presencia. Si hemos concluido que esta figura se sitúa allende del tiempo de trabajo, que no participa de tal condición, expresamos nuestras dudas de que esta figura pueda entenderse incluida en el tenor literal de los arts. 34.7 y 37.1 ET, y ello aun a sabiendas, como hemos expuesto, de que la integridad de la regulación reglamentaria en esta materia ha sido convalidada por el Tribunal Supremo⁴⁰.

Más dudas planteará la legitimidad de delegar -o redelegar, si se nos permite la expresión- a la negociación colectiva la concreción de las actividades subsumibles bajo la categoría del tiempo de presencia. El real decreto de las jornadas especiales de trabajo,

38 Gómez Muñoz, J.M.: Jornadas especiales...op.cit., pág. 23.

39 Gómez Muñoz, J.M.: Jornadas especiales...op.cit., pág. 36, Martín Valverde, A.: “El reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995”, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica núm. 2/1995, págs. 398-413, pág. 403.

40 Según dijimos supra, en la Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), cuando se cuestionó la legitimidad formal del Decreto 2001/83 de 28 de julio -precedente normativo del RDJET- en su sentencia de 31 enero 1990 (RJ 1990\574)

como vimos, preveía que “en los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia”. Esta delegación a la norma paccionada debe enmarcarse en el contexto de una tendencia legislativa que ampliaba, en otros muchos aspectos, el ámbito de la negociación colectiva frente a la norma⁴¹. Pues bien, como se dijo, ello ya fue criticado por el Tribunal Supremo cuando enjuició la remisión de este tipo que se hacía en el art. 14.1 del RD. 1220/2006. Concluía el Alto Tribunal que “no hay que olvidar, que las normas en materia de jornada de trabajo lo que han de hacer es clarificar y dar las pautas exigidas y no introducir confusiones o dudas y esperar que las mismas sean resueltas por lo convenios colectivos”⁴². No obstante lo anterior, no queda claro si ese pronunciamiento fue parte determinante de su ratio decidendi o si, por el contrario, fue un obiter dictum, un alegato a mayor abundamiento con el que reforzar el verdadero motivo de anulación que fue, recordemos, la contrariedad con las disposiciones comunitarias sobre el tiempo de trabajo. En cualquiera de los casos, por escapar del asunto litigioso, este pronunciamiento dejó imprejuizada la validez de otras disposiciones de nuestro Derecho positivo que encomiendan a los agentes sociales la concreción de los supuestos tipificables como tiempo de presencia, tal y como ocurre en el RDJET. Si se nos admite nuestro parecer propio, no apreciamos ninguna bondad ni, cabría decir, corrección jurídica, en esta delegación. Si hemos sostenido ut supra que los tiempos de presencia suponen un recorte en los derechos de los trabajadores, no podría ser instaurado por la norma convencional, que está llamada a establecer mejoras en los mínimos no dispositivos previstos en la norma legal o reglamentaria. Creemos que el papel en esta materia de la negociación colectiva solo podría pasar por imponer una lectura restrictiva de los supuestos de tiempos de presencia que -siguiendo con el ejemplo en el sector transportes- se enuncian en el art. 10 del RDJET, pero en ningún caso podría ampliar esta panoplia de supuestos o introducirla ex novo en aquellos sectores profesionales en los que la norma haya hecho omisión de cualquier enumeración enunciativa. En caso contrario, la situación desigualitaria que antes denunciábamos podría verse agravada si dentro de una misma actividad profesional determinadas conductas se califican o no como tiempos de trabajo en función de la empresa o el lugar geográfico donde se desempeñe.

6. La imprecisión conceptual del tiempo de presencia y la consecuente proliferación litigiosa

Otra de los motivos que sustentan nuestra disconformidad con la regulación del tiempo de presencia es la deficiente precisión definitoria conseguida por el ejecutivo. Ello permite la aparición de muchas zonas grises entre la laboralidad y la mera presencia que genera una inseguridad jurídica reprochable. En efecto, lo difuso de los límites entre el tiempo de trabajo y tiempo de presencia ha sido advertido por nuestra doctrina⁴³ y es una conclusión que se corrobora si acudimos a los abundantes pronunciamientos judiciales recaídos sobre el particular. Así, por ejemplo, ha generado cierta litigiosidad la determinación de la natu-

41 Gómez Muñoz, J.M.: *Jornadas especiales...* op.cit., págs. 53 y 54.

42 FJº., Quinto, párrafo cuarto, in fine.

43 Aragón Gómez, C.: “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo...” op.cit.; Gómez Muñoz, J.M.: *Jornadas especiales...* op.cit., pág. 144.

raleza del llamado tiempo de “toma y deje”, es decir, los periodos ubicados en los confines de la jornada en los que el trabajador recoge y devuelve el vehículo de trabajo a la base de operaciones⁴⁴, o el tiempo en el que han de permanecer los conductores-controladores en el vehículo para expender, controlar o picar los billetes de los pasajeros⁴⁵.

Además, la parca regulación de la figura deja en el aire otras cuestiones adyacentes. A vuela pluma puede referirse la que se refiere al carácter sustancial o no de este elemento del contrato de trabajo a los efectos de su sujeción a las previsiones del art. 41 ET para la alteración de su régimen o su duración. Para el caso de que esta sea unilateralmente decidida por el empresario, la norma no aclara si este debe seguir los trámites previstos en la norma estatutaria para las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo. La relación ejemplificativa de elementos esenciales que se hace en el apartado primero del precitado artículo, en efecto, se refiere a la jornada de trabajo y el horario y distribución del tiempo de trabajo. La singular naturaleza de la figura que analizamos, a caballo entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, nos genera ciertas dudas sobre si tendría cabida en estas categorías. De hecho, aunque no compartimos íntegramente la decisión, en alguna ocasión se ha descartado el carácter de modificación sustancial de las condiciones de trabajo la alteración operada unilateralmente por la empresa sobre la distribución de los tiempos de presencia. Según se leía en el FJ^o. Quinto de la STSJ de Cataluña de fecha 9 de octubre de 2014, número 6600/2014: “no podemos sino reconocer que la hora y media a la que se refiere el órgano judicial de instancia [...] es y debe ser considerado y tratado, materialmente y a todos los efectos legales, incluidos los previstos en el artículo 20 de la norma colectiva, como tiempo de presencia. Y si ello es así la decisión de la empresa de configurarlo expresa y formalmente como tal no debe ser tachada o considerada como modificación sustancial de condiciones de trabajo en cuanto que, y materialmente, y como decimos, ninguna modificación en términos de jornada u horario se ha realmente producido”. Este criterio nos lleva nuevamente a comprobar lo pernicioso que resulta el régimen de las horas de presencia para los trabajadores, desde el momento que inclusive se permite su alteración por parte del empresario sin sujeción al cauce garantista que se contempla en el art. 41 ET.

Otro interrogante que creemos que no queda satisfactoriamente resuelto por la normativa vigente en la materia, es la que se refiere al calificativo, común o profesional, que debe atribuírsele al siniestro acontecido durante estos periodos. Obviamente, cuando sea derivado de cualquier agente externo, será fácil establecer la conexión con el trabajo que requiere el art. 156.1 LGSS. ¿Qué ocurre sin embargo con la presunción de laboralidad que se contiene en el apartado tres de este mismo artículo, según el cual “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo”? A través de esta cláusula se ha resuelto la etiología profesional de aquellos episodios morbosos internos, como el infarto de miocardio o el ictus cerebral, que se manifiestan súbitamente durante la prestación de

⁴⁴ Calificándose ya pacíficamente como tiempo de presencia por las STS 2 octubre 2007. Rec 30/2007 (RJ 2007, 8887), STSJ Andalucía (Granada) de 20 de octubre de 2016 (JUR 2018, 41959) o STSJ Galicia, en su STSJ Galicia 23 mayo 2017, Rec 1135/2017 (AS 2017, 1035)

⁴⁵ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 3445/2011 de 15 diciembre. AS 2011\3144

servicios. ¿Qué ocurrirá si alguno de estos episodios sobreviene durante los tiempos de presencia? Desde una interpretación literal de la norma cabría descartar que en ese caso sea de aplicación la precitada presunción, aunque tenemos nuestras dudas si lo afrontamos desde una interpretación sistemática o teleología del precepto. De hecho, el Tribunal Supremo, cuando se ha enfrentado a la cuestión, ha resuelto extender la presunción de laboralidad a las horas de presencia “porque durante ellas el trabajador está a disposición del empresario, razón por la que con respecto a las patologías que se presenten durante las horas de presencia juega la presunción de laboralidad que establece el artículo 115-3 de la L.P.L. [sic]”⁴⁶.

En cualquiera de los casos, expresando estas incertidumbres solo queríamos advertir las zonas grises propiciadas por la actual regulación de los tiempos de presencia que genera una indeseable situación de inseguridad jurídica, y ello a pesar de que, como se ha dicho, la relevancia de esta cuestión es notable “debido a la repercusión que el tiempo de trabajo tiene no sólo sobre el salario, sino también sobre el derecho al descanso y su incidencia en la salud, en la vida personal, familiar y social del trabajador”⁴⁷.

4. PROPOSICIONES DE LEGE FERENDA

En base a todas las consideraciones efectuadas esperamos que haya quedado justificada nuestra discrepancia hacia el tiempo de presencia y su actual configuración normativa; al menos, llegados a este punto, deseamos que la misma, aunque no sea compartida por quien leyere, no se considere arbitraria o infundada. Por lo demás estimamos que todo pronunciamiento crítico debe ir acompañado de una propuesta reformista so riesgo de incurrir en una crítica indolente o derrotista. Desde este parecer, cerraremos este estudio incorporando algunas propuestas de lege ferenda que, en nuestro modesto entendimiento, podrían superar, subsanar o, al menos, paliar, las iniquidades que genera la actual regulación de los tiempos de presencia. Las proposiciones que seguidamente se relacionan son, en algunos casos subsidiarias o alternativas entre sí, y en otros casos complementarias. De cualquier forma, aquí serán ordenadas en orden descendente en relación con el grado de transformación de nuestro ordenamiento que requeriría su implementación.

Así, según este criterio de ordenación, la primera alteración normativa que proponemos será la más subversiva o maximalista: la supresión del tiempo de presencia o cualquier otra figura análoga que extienda el vínculo de subordinación -aun latente- más allá del máximo temporal previsto para la jornada legal ordinaria. Esta proposición, somos plenamente consciente, no solo afectaría al ordenamiento nacional, sino también al transnacional que, sobre un ámbito material más concreto, ha dado cabida a esta modalidad sui generis de subordinación. Como ya ha anunciado, este posicionamiento descansa en el escaso margen de libertad ostentado por el trabajador bajo este régimen, y las perniciosas derivadas, físicas, psíquicas y morales, que de ello se siguen. Como otros motivos concu-

46 STS (Sala de lo Social, Sección1^a) de 19 julio 2010 (RJ 2010\4886), F.J. 2^a. Seguido entre otras, por la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1^a) núm. 3760/2012 de 18 junio. AS 2012\2702 y por la STSJ de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección1^a) núm. 2055/2013 de 3 octubre (JUR 2013\372081)

47 Aragón Gómez, C.: “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo...op.cit.

rentes se encuentra la discriminación o segregación entre sectores profesionales que esta figura genera, y la transgresión del objetivo del reparto del trabajo que hoy día se promueve. Por lo demás, asumimos que esta posición es contraria a parte de la doctrina que ha abogado por la introducción de figuras intermedias entre el tiempo de trabajo y el descanso como fórmula de flexibilización de las relaciones de trabajo⁴⁸. Aunque somos conscientes de que suprimir los tiempos de presencia acarreará, de suyo, problemas organizativos a las empresas, creemos mismamente que ello forma parte del riesgo patronal asumido, y que una mayor facilidad organizativa de estas nunca debería lograrse a través de la devaluación de derechos laborales históricos, como el de la jornada laboral máxima de trabajo, que, reiteramos ya por última vez, perseguía limitar el tiempo de actividad física pero también garantizar un tiempo de libre disposición suficiente para el desarrollo personal y familiar del trabajador, objetivo el cual queda afectado negativamente por estos tiempos de presencia.

La segunda proposición, enteramente subsidiaria de la anterior, pasaría por introducir normativamente una definición precisa y generalizable del tiempo de presencia referido a situaciones objetivas determinadas y no a la pertenencia a uno u otro sector profesional. En otras palabras, lo que promovemos es que, si el tiempo de presencia no puede ser erradicado, se regule de manera igualitaria para todas las profesiones en las que la situación material accionante acontezca. Sabemos que con ello estamos planteando una ampliación en el alcance de esta figura, que se haría extensible en realidad a todos los sectores profesionales, pero ello no es del todo aporético con respecto a todo lo que hemos expresado con anterioridad. La existencia de esta figura es tan injusta como su imposición a determinados colectivos sin ningún criterio material, si la pervivencia de la figura no pudiera discutirse, creemos que debería afrontarse esta segunda injusticia y suprimir los agravios comparativos que actualmente se generan, y ello pasa por ligar la habilitación de los tiempos de presencia a una situación de hecho previamente tipificada. En caso contrario, cualquier intento de obtener un significado dogmático del tiempo de trabajo se desvanece si idénticas situaciones fácticas adquieren una u otra calificación jurídica según el criterio subjetivo de la pertenencia profesional y según la discrecionalidad libérrima del Legislador o el Ejecutivo.

Con menor alcance transformador, otra proposición reformista que postularemos -en la medida que ya ha sido reclamada por parte de la doctrina- es una más perfecta armonización entre la normativa nacional y la normativa comunitaria. En este sentido, se ha

48 “Se ha optado por una regulación bipolar del tiempo de trabajo que sólo diferencia entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de presencia y no contempla el establecimiento de otras categorías intermedias, como los tiempos de presencia o de disponibilidad, bien dentro o bien fuera del lugar. Esta división un tanto simplista de los tiempos en la relación de trabajo entre tiempo de trabajo efectivo y tiempo de descanso, multiplica los problemas a la hora de dar respuesta a cuestiones ya de por sí complicadas”. Pérez de los Cobos Orihuel, F. Y Monreal Bringsvaerd, E.J.: “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58/2005, págs. 57-78, pág. 58. En este mismo sentido, Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad...op.cit.: “La interpretación comunitaria simplifica tanto la ordenación del tiempo de trabajo que, a la postre, impide tener en cuenta la riqueza de matices que se dan en la práctica y no da respuesta a las cuestiones que las nuevas formas de organización del trabajo plantean”.

dicho que el Legislador español ha efectuado una transposición imperfecta de la norma comunitaria⁴⁹, instaurando una configuración más gravosa para los trabajadores, al calificar como tiempo de presencia algunas actividades que en la norma comunitaria se integra, decididamente, en la categoría del tiempo efectivo de trabajo. Por ejemplo, la directiva europea rectora del tiempo de trabajo en el transporte terrestre incorpora una acepción estrecha del tiempo de presencia limitada a “los períodos distintos de los períodos de pausa o de descanso durante los que el trabajador móvil no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo, pero tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos” (art. 2 b), sin embargo el RDJET califica también como tiempos de presencia aquellos en los que el operario necesariamente debe permanecer en el lugar de trabajo, como las averías o las retenciones de tráfico. También, el Legislador español incurre en una grave incongruencia con la normativa europea al habilitar tiempos de presencia sobre colectivos que quedan integrados en el ámbito subjetivo de la Directiva 2003/88 -v.gr. artistas, estibadores o deportistas- lo cual, como dijimos (vid. supra apartado 3.d), contraviene abiertamente las disposiciones de la misma. Entendemos, en consecuencia, que debería suprimirse la habilitación de los tiempos de presencia sobre todos aquellos colectivos que no encuentran en el ámbito comunitario una regulación específica; y ello no ya por una disconformidad con la justicia material de esta figura, sino por la vulneración del Derecho de la UE en la que se incurriría -y se incurre- en caso contrario.

Otra alternativa reformista, que implicaría una remodelación parcial de la actual normativa, podría ser la compensación obligatoria en tiempos de descanso. Y es que no negamos que, en determinados sectores, como el de transporte, pueden darse multitud de situaciones que incrementan la jornada prevista para un determinado día, y que en este concreto sector resulta sumamente difícil reemplazar al trabajador durante la ruta para que aquel se ajuste a un máximo legal establecido. Pues bien, nada de ello empece a que, en término mensual o anual este trabajador del transporte se someta a una jornada equiparable a la del resto de los trabajadores, bastaría con compensar de manera preceptiva los tiempos de presencia acometidos por un descanso proporcional o equivalente. Esta medida cabría enmarcarla dentro de las proposiciones de la O.I.T., cuando abogaba por el “logro de una flexibilidad equilibrada del tiempo de trabajo”⁵⁰ y las ventajas que ofrecería superar el periodo semanal como referente para la articulación del tiempo de trabajo.

Por último, de forma más concisa y sin alterar notablemente el actual régimen jurídico de las horas de presencia, otras medidas que lo harían más equitativo o indulgente podrían pasar por limitar o desincentivar su uso continuado -v.gr. a través de un precio hora progresivo-; mejorar la definición incorporada a cada una de las regulaciones sectoriales, tratando de incrementar la seguridad jurídica; restar protagonismo regulador al Gobierno, atribuyendo todas las cuestiones derivadas de excesos demorada al Legislador ordinario; o limitar más rigurosamente el papel de la negociación colectiva a través de mínimos no dispositivos previstos normativamente.

49 Cabeza Pereiro, J.: “¿Para cuándo la transposición de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo en los transportes por carretera?”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 15/2004 (BIB 2004/103)

50 OIT: El tiempo de trabajo en el siglo XXI...op.cit., págs. 71 y 72.

BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V. (coord. De la Villa Gil, L.E.): Estudios sobre la jornada de trabajo, Madrid, ACARL, 1991.

A.A.V.V.: Empleo y tiempo de trabajo: el reto de fin de siglo, Conferencia Internacional de Donostia (1996. San Sebastian); País Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Vitoria-Gasteiz, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1997.

ARETA MARTÍNEZ, M. Y SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Control judicial del Reglamento regulador de la relación laboral especial de abogacía (Comentario a la STS, Contencioso, de 16 diciembre 2008”, Repertorio de Jurisprudencia núm. 30/2008, (RJ 2008, 5991).

ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que, al respecto, ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Revista de Información Laboral núm. 9/2018 (signatura Westlaw BIB 2018\12748).

BASTERRA HERNÁNDEZ, M: Tiempo de trabajo y tiempo de descanso, Valencia, Tirant lo Blanch, 2107.

CABEZA PEREIRO, J: “¿Para cuándo la transposición de la Directiva de ordenación del tiempo de trabajo en los transportes por carretera?”, Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 15/2004 (Versión digital en la base de datos Westlaw con la signatura BIB 204/102).

FERRER SAIS, A: “El tiempo de trabajo y el reparto del empleo”, Temas para el debate, núm. 280 (marzo), 2018, págs. 38-42.

GALLEGO MOYA, F: “Singularidades de la relación laboral de carácter especial de los abogados en despachos en materia de jornada y descansos, y de derechos y deberes derivados del contrato de trabajo (comentario a los Capítulos V y VI del Real Decreto 1331/2006)”, en AAVV: Relaciones Laborales Especiales: relación laboral especial de los penados y de los abogados, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pags. 391-399.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, S: Tiempo de trabajo y vida privada, Granada, Comares, 2016.

GORELLI HERNÁNDEZ, J: “Tiempo de Trabajo y Jornada. Regulación y Tratamiento en la Negociación Colectiva”, en A.A.V.V.: Tiempo de trabajo. XXIX jornada de estudio sobre negociación colectiva, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, págs. 63-186.

JÁUREGUI, R, EGEA, F, DE LA PUERTA, J: El tiempo que vivimos y el reparto del trabajo: la gran transformación del trabajo, la jornada laboral y el tiempo libre, Barcelona, Paidós, 1998.

MARTÍN VALVERDE, A.: “El reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm. 2/1995, págs. 398-413.

Martínez Martínez, M.A.: “¿Cuánto hay que dormir para un sueño saludable?. Sueño saludable: evidencias y guías de actuación. Documento oficial de la Sociedad Española de Sueño”, *Revista de Neurología*, Vol. 63, Supl. 2, Octubre 2016, págs. 7-10.

MARTÍNEZ PEÑAS, L.: “Los inicios de la legislación laboral española: La ley Benot”, *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*; Volumen 1, págs. 25-70

MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. Y CABEZA PEREIRO, J.: El régimen jurídico de la disponibilidad horaria, Cizur Menor, Aranzadi, 2011 (Versión digital en la base de datos Westlaw con la signatura BIB 2011\204).

MEDINA CASTILLO, J.E.: *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*, Comares, Granada, 1999.

MONREAL BRINGSVAERD, E.: “El cómputo del tiempo de trabajo. A propósito de la STS (3.a) de 16 de diciembre de 2008 sobre la duración de la jornada de los abogados”, *Diario La Ley*, núm. 7149/2009.

OIT: *El tiempo de trabajo en el siglo XXI: Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo*, 17-21 de octubre de 2011, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

OIT: *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Informe, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2010.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y MONREAL BRINGSVAERD, E.J.: “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58/2005, págs. 57-78.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el Derecho comunitario y en el Derecho Interno”, *Revista de Justicia Laboral* núm. 41/2010. (Versión digital en la base de datos westlaw con la signatura BIB 2013\51297).