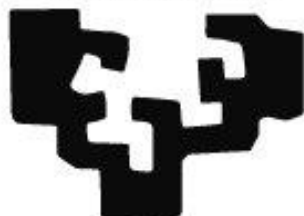


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

El tiempo de trabajo máximo en la UE y su flexibilización a través de la cláusula opt-out desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales

TESIS DOCTORAL

Presentada por

Rosario Goñi Calvo

Dirigida por

Prof. Dr. D. Aitor Bengoetxea

Donostia – San Sebastián, julio 2020

INTRODUCCIÓN.....	1
Capítulo 1: LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TIEMPO DE TRABAJO.....	12
1.1. Concepto de tiempo de trabajo.....	14
1.1.1. Relación entre trabajo y tiempo.....	14
1.1.2. Distintas aproximaciones al complejo concepto de tiempo de trabajo.....	17
1.1.2.a. El tiempo de trabajo según las ciencias.....	18
1.1.2.b. El tiempo de trabajo como ganancia.....	18
1.1.2.c. El tiempo de trabajo como mercancía.....	19
1.1.3. Definición de tiempo de trabajo en la UE.....	21
1.2. Evolución histórica de la regulación jurídica del tiempo de trabajo.....	23
1.2.1. Situación previa a la Revolución Industrial.....	23
1.2.2. La Revolución Industrial.....	25
1.2.3. Los inicios de la legislación laboral.....	27
1.2.3.a. Reino Unido.....	27
1.2.3.b. Francia.....	29
1.2.3.c. España.....	31
1.2.3.d. Primeros pasos en otros países europeos.....	32
1.2.4. La gran reivindicación: la jornada de 8 horas.....	33
1.2.5. Lento avance por posturas contrapuestas.....	35
1.2.6. La influencia de la I Guerra Mundial.....	37
1.2.7. Del tiempo de trabajo diario al semanal y anual.....	37
1.2.8. Cambio conceptual: instrumento para acabar con el desempleo.....	38
1.2.9. Situación tras la II Guerra Mundial.....	39
1.2.10. Crisis económica y reorganización del tiempo de trabajo.....	40
1.2.11. Cambio en los objetivos económicos.....	42

1.2.12. Francia, la gran defensora de la reducción del tiempo de trabajo.....	44
1.2.13. De la flexibilidad a la flexiguridad.....	45
1.2.14. Estrategia Europa 2020.....	50
1.2.15. Una Europa sostenible de aquí a 2030.....	53
Capítulo 2: LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	56
2.1. Competencia de la Unión Europea en materia socio-laboral y en materia del tiempo de trabajo.....	57
2.1.1. Competencia de la Unión Europea en materia socio-laboral.....	62
2.1.2. Competencia de la Unión Europea en materia del tiempo de trabajo.....	65
2.2. El derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo en la normativa de la Unión Europea.....	68
2.2.1. Antecedentes.....	68
2.2.2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	71
2.2.2.a. Naturaleza jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales.....	71
2.2.2.b. Eficacia frente a terceros de los Derechos Fundamentales.....	76
2.2.2.c. Eficacia de los Derechos Fundamentales en la relación laboral	87
2.2.3. El artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.....	94
2.3 El Pilar Europeo de los Derechos Sociales.....	101
2.3.1. Antecedentes.....	101
2.3.2. Las condiciones de trabajo en el Pilar Europeo de los Derechos Sociales....	103
2.3.3. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.....	110

Capítulo 3: LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y LA CLÁUSULA OPT-OUT.....116

3.1. Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre 1993. Interpretación del concepto de tiempo de trabajo.....	117
3.1.1. Sentencia SIMAP.....	120
3.1.2. Sentencia Jaeger.....	123
3.1.3. Sentencia Pfeiffer.....	125
3.1.4. Sentencia Dellas.....	125
3.1.5. Sentencia Matzak.....	126
3.2. Directiva 2000/34/CE.....	129
3.3. Informe sobre el Estado de aplicación de la Directiva 93/104/CE.....	131
3.4. Directiva 2003/88/CE.....	133
3.5. Comunicación de la Comisión en relación con la revisión de la Directiva 93/104/CE.....	136
3.5.1. Excepciones a los periodos de referencia y la opt-out.....	137
3.5.2. Interpretación del concepto de tiempo de trabajo.....	140
3.5.3. Compatibilidad de la vida profesional y la vida familiar.....	141
3.5.4. Criterios para la revisión.....	142
3.6. Modificaciones legislativas propuestas en el periodo 2004-2009.....	144
3.6.1. Propuesta de modificación	144
3.6.1.a. Contenido material de la Proposición.....	145
3.6.1.b. Valoración de sindicatos y patronal.....	148
3.6.2. Informe Cercas.....	149
3.6.3. Primera lectura del Parlamento.....	151
3.6.4. Propuesta modificada.....	153

3.6.5. Primera lectura del Consejo.....	154
3.6.6. Segunda lectura del Parlamento Europeo y del Consejo.....	157
3.6.7. Comité de conciliación.....	159
3.7. Proceso actual de revisión de la Directiva 2003/88/CE.....	160
3.7.1. Primera fase de consultas.....	160
3.7.1.a. Tendencias y perspectivas.....	161
3.7.1.b. Regulación y puntos que necesitan revisión.....	162
3.7.2. Segunda fase de consultas.....	164
3.7.2.a. Revisión de la Primera fase de consultas.....	164
3.7.2.b. Principales efectos sociales y económicos de la Directiva.....	166
3.7.2.c. Opciones para la revisión.....	167
3.8. Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva.....	171
3.8.1. Aplicación de la limitación del tiempo de trabajo.....	171
3.8.2. Aplicación para ciertos colectivos.....	172
3.8.3. Aplicación de instrumentos clásicos de flexibilización.....	172
3.8.4. Aplicación de la flexibilidad total: la opt-out.....	173
3.8.5. Evaluación por los Estados miembros y los interlocutores sociales.....	175
3.8.6. Conclusiones de la Comisión.....	176
3.9. Segundo Informe sobre la aplicación de la Directiva.....	177
3.9.1. Aplicación de la limitación del tiempo de trabajo.....	177
3.9.2. Aplicación para ciertos colectivos.....	178
3.9.3. Aplicación de instrumentos clásicos de flexibilización.....	179
3.9.4. Aplicación de la flexibilidad total: la opt-out.....	179
3.9.5. Evaluación por los interlocutores sociales.....	180
3.9.6. Conclusiones de la Comisión.....	181

3.10. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE.....	182
3.10.1. Interpretación del concepto de tiempo de trabajo.....	183
3.10.2. Interpretación de la duración máxima del tiempo de trabajo.....	186
3.10.3. Interpretación de la opt-out.....	187
Capítulo 4. FLEXIBILIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO.....	192
4.1. Introducción al concepto de flexibilización.....	193
4.2. Flexibilización clásica.....	200
4.2.1. Vacaciones anuales.....	201
4.2.2. Trabajo nocturno y a turnos.....	207
4.2.3. Ritmo e intensidad del trabajo.....	212
4.2.4. Pausas.....	214
4.2.5. Días de descanso.....	216
4.2.6. Periodos de referencia.....	218
4.2.7. Horas extraordinarias.....	223
4.3. Flexibilización a través de las excepciones y cláusula opt-out.....	224
4.3.1. Las Excepciones introducidas en la Directiva	225
4.3.1.a. Artículo 17, excepciones.....	226
4.3.1.a.a. Los denominados “trabajadores autónomos”.....	226
4.3.1.a.b. Descanso compensatorio o protección adecuada.....	228
4.3.1.a.c. Excepción a ciertas actividades y situaciones concretas.....	231
4.3.1.a.d. Turnos, jornada fraccionada y médicos en periodo de formación.....	232
4.3.1.b. Artículo 18, excepciones mediante convenios colectivos.....	233
4.3.1.c. Artículo 19, límites a las excepciones a los períodos de referencia.....	234

4.3.2. La excepción de la cláusula opt-out.....	235
---	-----

Capítulo 5. CLÁUSULA OPT-OUT FRENTE A DERECHOS

FUNDAMENTALES.....	244
---------------------------	------------

5.1. Defensa de la cláusula opt-out.....	245
--	-----

5.1.1. Entorno cambiante que vive la empresa.....	246
---	-----

5.1.2. Diferenciación de la demanda y del consumo.....	248
--	-----

5.1.3. La innovación como respuesta.....	250
--	-----

5.1.4. Exigencia de mayor flexibilidad laboral.....	251
---	-----

5.1.5. Consecuencias de la flexibilización del tiempo de trabajo para la empresa...252	
--	--

5.1.6. Reacción de los Estados.....	254
-------------------------------------	-----

5.2. Defensa de los DDFF y del Derecho a la limitación del tiempo de trabajo.....	257
---	-----

5.2.1. Cúspide normativa y abstracción.....	258
---	-----

5.2.2. Tendencia expansiva o Principio de interpretación expansiva.....	262
---	-----

5.2.3. Carácter transversal de la protección de los DDFF.....	266
---	-----

5.2.4. El establecimiento de límites a los DDFF.....	267
--	-----

5.2.5. Contenido esencial y efectividad.....	272
--	-----

CONCLUSIONES.....	281
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	303
--------------------------	------------

JURISPRUDENCIA.....	314
----------------------------	------------

ANEXOS.....	321
--------------------	------------

ANEXO I: Documentos y publicaciones de la Unión Europea.....	321
--	-----

ANEXO II: Documentos y publicaciones europeas e internacionales.....	327
--	-----

ANEXO III: Datos estadísticos.....	329
------------------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ha inaugurado un nuevo y apasionante escenario para la Unión Europea. El establecimiento de la Carta de los Derechos Fundamentales como parte del Derecho primario de la Unión, hace que sea necesaria una revisión de la normativa europea para confirmar que se ajusta a sus postulados. El examen de esa normativa es imprescindible para asegurar que los ciudadanos europeos están bajo la protección de los Derechos que la sociedad se ha otorgado para poder funcionar y desarrollarse.

Dentro de toda la normativa europea la tesis que se presenta a continuación se ha centrado en la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. La jornada laboral constituye un pilar esencial en las relaciones laborales y el análisis de su limitación a la luz de los Derechos Fundamentales puede ser una forma de llevar esos Derechos de un estado teórico a uno práctico. Profundizar en el ejercicio diario de esos Derechos Fundamentales afianzará el sistema de valores de la Unión Europea que harán de ella una Unión más social como es su deseo y no solo una unión económica como viene siendo hasta la actualidad.

No cabe duda del cambio ocasionado en el entorno productivo debido entre otros factores a las nuevas tecnologías, la informatización y la robotización de las empresas, el aumento de los servicios prestados por estas, la globalización de los mercados o la mutación de la clase trabajadora al ganar peso en ella las mujeres y los migrantes. El tiempo de trabajo es un factor productivo sustancial y valioso para poder adaptarse a esta nueva situación. En la actualidad se cree que el tiempo de trabajo ha de proporcionar flexibilidad a las empresas para contrarrestar la incertidumbre y cambios que se producen en los mercados y no se discute la flexibilización que proporciona la normativa laboral pero sí de cómo se sustancia esa flexibilización en la realidad

empresarial. La necesaria flexibilidad no debe impedir que se sigan cumpliendo los Derechos Fundamentales de los que la sociedad se ha dotado.

Las distintas modalidades de organización del tiempo de trabajo existentes, las situaciones específicas en lo relativo al tiempo de trabajo de algunos trabajadores, la necesaria competitividad del empresario y su libertad de actuación dentro de la empresa son realidades que se desarrollan bajo unas reglas esenciales, unas normas que regulan ese tiempo de trabajo. Por eso, esta tesis se pregunta si las nuevas formas de organización del tiempo de trabajo en la sociedad actual respetan los Derechos Fundamentales que la Unión se ha otorgado. Se cuestiona si es posible el respeto del derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo en una sociedad en la que la flexibilidad del trabajador para adaptarse a las necesidades de la empresa es cada vez mayor y más exigente.

El objetivo de la investigación, por tanto, no es otro que el de comprender cómo el tiempo de trabajo y su actual flexibilización se recoge en la normativa europea y ahondar en si se respeta el derecho fundamental a su limitación. Para lograr este objetivo se parte de la hipótesis o pregunta central de si la flexibilización del tiempo de trabajo y la opt-out, expresión máxima de esa flexibilización y recogida en la Directiva 2003/88/CE, respetan los Derechos Fundamentales. De ella deriva como hipótesis secundaria o complementaria la pregunta de si esta cláusula opt-out sirve para la cohesión de los Estados y para que se produzca un desarrollo equilibrado entre ellos que favorezca el avance en la construcción europea.

Como punto de partida se inició la investigación realizando una lectura de la bibliografía existente sobre el tiempo de trabajo, su flexibilización y el derecho fundamental de su limitación para poder ubicar tanto la Directiva como el derecho

fundamental de la limitación del tiempo de trabajo en el pensamiento teórico establecido.

Para profundizar en el conocimiento de la Directiva se han repasado sus antecedentes, el documento principal y documentos conexos. Se han analizado también los distintos textos dentro del Derecho de la Unión relacionados con su revisión, poniendo especial atención en el análisis de los puntos más problemáticos. Entre estos problemas se encuentran tanto el concepto de tiempo de trabajo como el de la cláusula opt-out. Se pretende ver si la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que debe establecer las normas mínimas que han de respetarse en este tema, facilita o dificulta el cumplimiento de esas normas mínimas que pretende legislar.

Para profundizar en el conocimiento del derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo se ha realizado una lectura en profundidad de la bibliografía existente sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, su eficacia y cómo debe aplicarse e interpretarse al intentar llevar a la práctica los Derechos que recoge su articulado. Al mismo tiempo, se ha repasado la doctrina sobre los Derechos Fundamentales prestando especial atención a la interpretación de su contenido esencial y su efectividad, al igual que la posibilidad de la existencia de límites a esos Derechos Fundamentales.

También se ha tenido que realizar una lectura en profundidad de la bibliografía existente sobre los avances en la construcción europea que quiere realizar la Unión y en especial del Pilar Europeo de los Derechos Sociales y se ha repasado igualmente la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha redactado sobre el tema del tiempo de trabajo y su limitación para reflexionar sobre la hipótesis propuesta por esta tesis, esto es, si la Directiva 2003/88/CE respeta el derecho fundamental a una

limitación del tiempo de trabajo y contribuye a la construcción de una Europa más social.

En cuanto a los datos estadísticos que se aportan y dado que la tesis aborda el tema a nivel europeo, se han obtenido básicamente de la Oficina Europea de Estadística (Eurostat).

El texto que se presenta se centra en el tiempo de trabajo productivo, dejando de lado el tiempo de trabajo en el ámbito reproductivo y de cuidados, que se sitúa fuera del mercado de trabajo. El estudio que se realiza del tiempo de trabajo, se realiza bajo la perspectiva del derecho fundamental a su limitación aunque se entiende que hay otros Derechos Fundamentales relacionados con el tiempo de trabajo y que son igualmente relevantes pero que no son abordados ya que sobrepasarían los límites de este trabajo.

En cuanto a la redacción del texto y para una mayor facilidad en la lectura siempre se hace referencia al género masculino, cuando se habla por ejemplo de los trabajadores y los ciudadanos, pero en estos términos se quiere englobar a toda la ciudadanía ya que no hay que olvidar que más de la mitad de la población europea son mujeres.

Como resultado de todos estos datos recogidos en las múltiples lecturas realizadas se presenta esta tesis que se inicia con un primer capítulo dedicado a la regulación jurídica del tiempo de trabajo, empezando por definir el concepto de tiempo de trabajo y recorriendo la historia de esa regulación desde los tiempos anteriores a la revolución industrial hasta la actualidad. Se quiere poner de manifiesto que la demanda de una jornada justa ha sido una reivindicación del movimiento obrero desde su nacimiento y que hoy sigue siendo un elemento fundamental de la relación laboral. Este segundo apartado del primer capítulo aunque largo, permite comprender cómo se ha

tratado la regulación del tiempo de trabajo cuando no existía la visión actual en la que se tienen en cuenta los Derechos Fundamentales. Comprendiendo la realidad pasada se puede conocer mejor la situación actual. El estudio del pasado normativo nos permite descubrir las causas del estado actual y poder actuar con conocimiento en los cambios futuros que se quieran realizar en este ámbito. Se busca en definitiva, reflexionar sobre si los cambios sufridos encaminados a una mayor flexibilización repercuten de forma directa en el tipo de sociedad que se construye y que se quiere construir para el futuro.

En un segundo capítulo se hace un repaso de la limitación del tiempo de trabajo en el derecho de la Unión Europea. Se comienza por un estudio de la competencia de la Unión en materia laboral y la base jurídica en la que se establece la normativa del tiempo de trabajo. Se pasa a continuación a analizar el derecho fundamental a una limitación de ese tiempo de trabajo, no sin antes hacer un examen de la Carta de los Derechos Fundamentales en la que se recoge. Por último, en este capítulo se hace referencia al Pilar Europeo de los Derechos Sociales y cómo se recogen en él las condiciones de trabajo de los ciudadanos europeos, para terminar este apartado final haciendo referencia a la Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles que se ha presentado para avanzar en la consolidación de los derechos sociales de los ciudadanos de la Unión.

En el capítulo tercero el estudio se centra en la normativa europea sobre la limitación del tiempo de trabajo y la cláusula opt-out. Antes de centrarse en la Directiva 2003/88/CE, se hace un repaso de las directivas anteriores referentes al mismo asunto, la Directiva 93/104/CE y Directiva 2000/34/CE y la jurisprudencia derivada de ellas. Con posterioridad se hace un repaso del proceso de revisión de la Directiva de 2003 con sus propuestas de modificación sobre puntos clave tan críticos que hicieron imposible llevar a cabo la revisión que se pretendía. Se avanza haciendo un repaso al proceso

actual de revisión de la Directiva y cómo se aplica en los diferentes Estados miembros para terminar este capítulo con la última interpretación que se ha hecho de esta Directiva por parte de la Comisión.

Una vez repasada la normativa sobre la limitación del tiempo de trabajo, en el cuarto capítulo se trata el concepto de flexibilización de ese tiempo productivo. Se repasan los instrumentos de flexibilización clásicos. Las vacaciones, el trabajo nocturno y a turnos, el ritmo e intensidad, las pausas, los días de descanso, los periodos de referencia y las horas extraordinarias son instrumentos que facilitan la flexibilidad del tiempo de trabajo y se hace un repaso de su tratamiento en la Directiva 2003/88/CE. Con posterioridad en este mismo capítulo se profundiza en la flexibilización que se establece a través de las excepciones y la cláusula de no aplicación que contiene esta misma Directiva.

El punto central de la tesis se sitúa en el capítulo quinto donde se oponen por una parte la defensa que se hace de los planteamientos de la opt-out, máxima flexibilización el tiempo de trabajo recogida en la Directiva 2003/88CE y por otra la defensa del derecho fundamental a la limitación del tiempo del trabajo. Pasando a continuación a un último capítulo con las conclusiones.

Esta introducción al tema que se desarrolla en esta tesis que a continuación se presenta, quedaría incompleta si no se explicara el componente personal que ha intervenido en la elección de su temática. Además de la relevancia del tema, también tiene un componente personal como en la mayoría de las investigaciones de este tipo. Cuando comencé mis estudios universitarios ya había entrado en contacto con el mundo laboral, hubo una época en la que era fácil encontrar trabajos temporales sin demasiada cualificación y saltar de uno a otro, lo que permitía una independencia económica que

algunos jóvenes aprovechamos para independizarnos y construir nuestras vidas. Sin embargo, ese camino no fue un camino de rosas, tuvo su contrapartida años después cuando ya no era tan fácil encontrar trabajo sin estar especializado. Fue ahí cuando me di cuenta del tratamiento que daban y dan muchas empresas a los recursos humanos y empezó mi búsqueda personal de respuestas. Empecé por algo pequeño, mi diplomatura en Dirección y Administración de empresas pero en una rama que a mí me interesaba especialmente, la de Recursos Humanos. La siguiente meta fue el Grado con un punto de inflexión importante la realización del TFG, también relacionado de alguna manera con el comportamiento que deben o deberían tener las empresas. Aprendí que no basta el crecimiento económico, que es imprescindible un desarrollo sostenible de nuestra sociedad para poder avanzar. En esta necesidad de avance y cohesión de toda la ciudadanía descubrí el papel de la UE y fue como un flechazo. Me volví una pro europeísta convencida pero a la vez muy crítica con algunas de sus actuaciones. Todo el potencial que tienen tanto los Tratados como la Carta de los Derechos Fundamentales parece perderse en su aplicación en la realidad europea.

Los padres fundadores hablaban de personas no tanto de Estados, y siguiendo mi trayectoria a mí me interesaban los trabajadores. Por ello al elegir el tema de la tesis me decanté por un tema en el que se conjugan por una parte esa hermosa y gran herramienta que son los Derechos Fundamentales de la UE y por otra su influencia en la vida de los ciudadanos. Me interesaba un tema relacionado con los trabajadores y su vida, sobre la obligación que tenemos de avanzar en la mejora de las condiciones de vida de todos los europeos para que avancemos en un desarrollo sostenible de nuestra sociedad en lugar de producirse un crecimiento económico devastador que beneficia solo a una parte y que a la postre perjudica a todos. Debido al papel central que desarrollan los trabajadores en ese desarrollo sostenible, más ahora cuando la UE quiere empezar a

construir el Pilar social en el que las personas tienen que situarse en el medio de las políticas europeas, he elegido la Directiva 2003/88/CE para reflexionar sobre trabajadores y Derechos Fundamentales.

Por una parte, el debate abierto en la UE sobre cómo se debe avanzar en su construcción, pone en el centro de la discusión como uno de los temas a tener en cuenta este aspecto del tiempo de trabajo y su limitación y por otra, mi experiencia personal sobre el aumento de la flexibilización del mercado laboral en todas sus facetas que parece la única solución a los problemas que éste presenta, me han llevado a querer reflexionar sobre ciertos comportamientos que parecen no respetar esas reglas esenciales con las que todos debemos jugar. El Derecho relativo al tiempo de trabajo es altamente complejo entre otras cosas porque es una competencia compartida entre Estados y UE pero lo que no está en duda es que debe respetar las reglas de juego que nos hemos otorgado, esto es, los Derechos Fundamentales.

No quiero acabar esta introducción sin dar las gracias. Por una parte al Director de esta Tesis, Aitor Bengoetxea, que me ha ayudado en esta carrera de fondo que supone presentar un trabajo de estas características. Él ha sabido acompañarme dando luz en los momentos oscuros y ánimo en los momentos de desfallecimiento. Ha sido la encarnación de un verdadero profesor que mostrando el camino a sus alumnos les permite el libre pensamiento crítico y les abre los ojos en aspectos que no habían considerado para que ellos mismos reflexionen y avancen en su comprensión. Tampoco puedo dejar de agradecer la ayuda de Juan Ignacio Ugartemendia que me ha facilitado la comprensión de conceptos del Derecho que en ocasiones resultan complejos por todos los matices que conllevan.

Por otra parte no puedo olvidarme de mi familia y amigos que han tenido que sufrir en muchos casos los malos momentos en los que se produce un bloqueo pero que con su comprensión y apoyo he podido superar. Ellos me han animado a llevar a buen puerto este estimulante y motivador trabajo que es el realizar una tesis doctoral.

De verdad, muchas gracias.

“Perder el tiempo es, por lo tanto, el primero y
en principio el más grave de todos los pecados”.

La ética protestante y el espíritu del capitalismo. Max Weber

Capítulo 1 .

LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TIEMPO DE TRABAJO

Se aborda en un primer momento en este capítulo inicial, la aproximación al concepto de tiempo de trabajo viendo la relación entre sus dos componentes tiempo y trabajo. Se comienza por el estudio de la noción de trabajo, un concepto complejo que puede estudiarse desde distintas perspectivas. Su carácter multidimensional hace que en ocasiones se asimile trabajo a empleo. Esta concepción reducida del trabajo hace que sea concebido en nuestra sociedad como el realizado exclusivamente dentro del sector productivo y remunerado. Será en este ámbito en el que con posterioridad se centrará esta tesis, sin embargo no se puede abordar este estudio sin contraponer aunque sea de forma sucinta una concepción amplia del concepto de trabajo.

En un segundo momento, el capítulo se centra ya en el concepto de tiempo de trabajo que sigue organizando la sociedad pues ordena su estructura económica y social, orienta las condiciones de trabajo y la vida de los ciudadanos. El tiempo de trabajo es una pieza clave para entender la sociedad ya que la articula, conectando el trabajo productivo con el trabajo reproductivo y de cuidados, uniendo trabajo con sociedad. El tiempo de trabajo es por tanto un concepto complejo y para definirlo de forma más concreta e ir acotando el ámbito de estudio se revisa la definición que de él propone la UE.

Para poder llegar a estudiar la actual regulación sobre el tiempo de trabajo se cree necesario revisar su evolución histórica. La industrialización marca un antes y un después apareciendo las primeras legislaciones en los países que antes se industrializan por lo que se hace un repaso más profundo de Reino Unido y Francia. También se estudia con detenimiento España para ver con posterioridad cómo la legislación va evolucionando en otros estados europeos que llegarán a constituir la UE.

La gran reivindicación sobre el tiempo de trabajo ha sido la lucha por la jornada de 8 horas. En este sentido se aprecian lentos avances que se paralizan con la I Guerra Mundial después de la cual se utiliza el tiempo de trabajo para acabar con el desempleo. Sin embargo enseguida la II Guerra Mundial vuelve a paralizar cualquier avance. Tras la crisis económica de los 70, el tiempo de trabajo se reorganiza pasando con posterioridad a producirse cambios en los objetivos económicos que influyen en la legislación sobre el tiempo de trabajo. En la Unión Europea se pasa de una idea de flexibilidad en el tiempo de trabajo a una idea novedosa: la flexiguridad¹. La Europa de 2030 nos dirá si la senda escogida para definir y legislar sobre el tiempo de trabajo es la acertada.

1.1. Concepto de tiempo de trabajo

1.1.1. Relación entre trabajo y tiempo

El verbo trabajar proviene etimológicamente del latín vulgar *tripaliare*, torturar, derivado del latín tardío *tripalium*, instrumento de tortura formado por tres palos en los que se amarraba a los esclavos para que sufrieran un castigo. Cuando se concibió este vocablo la mayoría de la población trabajaba en el campo realizando un gran esfuerzo físico que se percibía como un castigo. También en euskera, *nekazale*, trabajador manual o campesino, se asocia a *neke*, cansancio, o sufrimiento y a la raíz *-zale* o *-tzale*, aficionado a, por lo que *nekazale* o *nekazaria* también se asociaría a la idea de cansancio o sufrimiento.

¹ A lo largo de la tesis se utiliza el término flexiguridad por estar más cerca de la forma inglesa flexicurity. Expresa con mayor fuerza la necesidad de dar igual importancia a la flexibilidad y a la seguridad. Sin embargo hay autores que utilizan la expresión flexiseguridad para referirse a este mismo concepto.

Por una parte trabajar es dedicarse con esfuerzo a la realización de algo² y por otra, tiempo es la duración de las cosas³, por lo que se puede decir que el tiempo de trabajo es la duración del esfuerzo para lograr un objetivo.

El vínculo existente entre tiempo y trabajo es muy estrecho. Dependiendo de qué actividades consideremos trabajo resultará un tiempo diferente dedicado a trabajar. Además de la clásica clasificación del trabajo como un valor positivo frente a otro negativo⁴, es decir, ver el trabajo como bien supremo y fuente de todo progreso o despreciarlo totalmente por considerarlo el causante de todos los males, existen otras clasificaciones que nos dan una visión más amplia.

Una de las formas de clasificación del trabajo es su dimensión. Surgen así una dimensión amplia y otra reducida del concepto de trabajo.

Por una parte, un concepto amplio de trabajo incluirá no solo el trabajo productivo, tanto de un producto o de un servicio, que se incorpora al mercado sino que incluirá así mismo, el trabajo que genera solidaridad social, el trabajo reproductivo y de cuidados, y el trabajo que engendra autorrealización personal, por lo que no necesariamente consiste en una actividad pura y exclusivamente instrumental. Desde ese punto de vista amplio se puede definir el trabajo como el conjunto de tareas y actividades que realizan las personas para satisfacer sus necesidades vitales⁵. Para poder satisfacer esas necesidades vitales necesitamos tiempo. Si en otras épocas trabajo ha significado pertenencia social y deber moral, hoy se considera como un medio de

² RAE. Trabajar. 10. tr. Aplicarse o dedicarse con esfuerzo a la realización de algo.

³ RAE. Tiempo. 1. m. Duración de las cosas sujetas a mudanza.

⁴ Noguera, J. A. (2002). El concepto de trabajo y la teoría social crítica. *Papers: Revista de sociología*.

⁵ Riechmann, J. (2013). *¡Peligro! Hombres trabajando. El trabajo en la era de la crisis ecológico-social*. Madrid: los libros de la catarata.

expresión de las potencialidades y vía de realización personal⁶. El trabajo supone un medio para desplegar la totalidad de las capacidades de un individuo⁷. Sin embargo, en los últimos tiempos la precarización de las condiciones de trabajo ha hecho que, aunque sea necesario para poder cubrir las necesidades de los individuos, no sea suficiente en ocasiones para cubrir las en su totalidad, creándose la figura de los trabajadores pobres⁸.

Por otra parte, un concepto reducido solo incluiría la acción destinada a la producción, reduciendo la idea de trabajo a la de empleo. Sin embargo, aunque solo pensemos en el trabajo como una producción necesaria porque aporta ingresos, es indiscutible que “impone una estructura temporal de la vida”⁹. El tiempo dedicado al trabajo es tiempo no utilizado para otros fines.

El trabajo también puede clasificarse como productivista y anti-productivista. En el primer caso se ve la producción de bienes como el fin último del trabajo, se reduce así el concepto de trabajo a la realización de tareas con interés económico, mientras que en el segundo de los casos la producción es considerada como algo necesario pero no el fin último del trabajo.

Por último, el trabajo se puede clasificar dependiendo del puesto que se le conceda en la sociedad. Puede ocupar un lugar central en la vida de los ciudadanos o un lugar menos importante.

Estas tres ideas de trabajo pueden combinarse de forma distinta ya que no son excluyentes y podemos tener desde una idea de trabajo reducida, productivista y central a una en la que el trabajo tenga una dimensión amplia, anti-productivista y sin

⁶ Riffault, H.; Tchernia, J. (2002). Les Européens et le travail, un rapport plus personnel. *Futuribles* nº 277.

⁷ Méda D. (2007). ¿Qué sabemos sobre el trabajo? *Revista de Trabajo Época*, 17-32.

⁸ Mendialdea, B.; Alvarez, N. (2005). Ajuste neoliberal y pobreza salarial: los “working poor” en la Unión Europea. *Viento Sur* nº82, 56-64

⁹ Jahoda, M. (1984) ¿El hombre necesita el trabajo? Citado por Méda, D. (2007). P.28. Óp. cit.

centralidad en la vida de las personas. Por lo tanto, el tiempo de trabajo puede reducirse al tiempo productivo y limitarse al ámbito estrictamente profesional o ampliarlo al tiempo dedicado por ejemplo a los cuidados, la reproducción y al mantenimiento de la vida o al dedicado a nuestra autorrealización como seres humanos.

Está claro que si solo atendemos a una definición limitada de trabajo se deja fuera una parte importante del tiempo que se cede a la sociedad. El tiempo de trabajo tiene una clara vertiente cuantitativa, el tiempo que se pone a disposición del empresario a cambio del salario que recibe¹⁰; pero también se le está reconociendo otra vertiente, la cualitativa, que no solo afecta a la organización del trabajo sino a la propia persona¹¹. Sin embargo, aunque cada vez más se están incluyendo los tiempos dedicados al cuidado y la reproducción, el dedicado al mercado productivo sigue siendo el más importante. Sigue siendo en torno al que se ordenan en la actualidad los otros tiempos sociales. Es un factor crucial en la forma en la que nuestra sociedad se organiza y tiene influencia tanto en la vida económica de las personas como en su vida social. Es por este motivo que el trabajo debe desarrollarse bajo el paraguas y la protección de los Derechos Fundamentales (DDFF).

1.1.2. Distintas aproximaciones al complejo concepto de tiempo de trabajo

Hablar de tiempo de trabajo es hablar también de productividad, de salarios. Es hablar de conciliación, de condiciones y seguridad en el trabajo. Es hablar de empleo ya sea para mantenerlo o para crearlo. Por su conexión con la vida misma de las personas el tiempo de trabajo se puede definir y estudiar desde muy diversos ángulos.

¹⁰ Alarcón Caracuel, M. R. (1988). *La ordenación del tiempo de trabajo*. Madrid: Tecnos.

¹¹ Alarcón Caracuel, M. R. (2007). La jornada ordinaria de trabajo y su distribución. En J. Aparicio Tovar; J. López Gandía, *Tiempo de trabajo* (págs. 33-56). Albacete: Bomarzo,

1.1.2. a. El tiempo de trabajo según las ciencias

Desde un punto de vista sociológico, es uno de los tiempos sociales que marcan el ritmo de la vida de las personas. Desde un punto de vista jurídico-social la determinación de la jornada se establece con el fin de proteger la salud y seguridad de los trabajadores y garantizar su dignidad. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el tiempo de trabajo es el tiempo de subordinación del trabajador, ya que el trabajo se realiza bajo la dirección del empresario y dentro de la organización empresarial. Desde un punto de vista económico y entendiendo que debe satisfacer a las dos partes, trabajador y empresario, el tiempo de trabajo podría definirse como la duración de la jornada que asegure al trabajador tener sus necesidades cubiertas, asegure la viabilidad de la empresa y asegure un beneficio para el empresario.

1.1.2. b. El tiempo de trabajo como ganancia

En la actualidad tanto para el trabajador como para el empleador, el tiempo de trabajo es el tiempo de la ganancia. No hay que perder tiempo, al contrario, hay que utilizarlo con el máximo entusiasmo en el trabajo. Entramos de lleno en los planteamientos expuestos por Max Weber al hablar de protestantismo y capitalismo. “El tiempo es infinitamente valioso porque cada hora perdida significa una hora restada al trabajo puesto al servicio de la gloria de Dios”¹². El mejor profesional es aquel que no tiene tiempo. Se inventa así la manera actual de ver las actividades humanas, condicionando de forma absoluta la vida fuera del trabajo. Al ir cambiando la sociedad y el valor que en ella tiene la religión, “en lugar de afirmar que el esfuerzo en el trabajo era el camino hacia una vida moralmente superior, se lo promocionaba como un medio

¹² Weber, M. (1994). *La ética protestante y el Espíritu del Capitalismo*. Península. P.239.

de ganar más dinero. Ya no importaba lo mejor solo contaba el más”¹³. De una ética del trabajo como la búsqueda de ganancia espiritual pasamos a una ética del trabajo que busca exclusivamente la ganancia económica.

Aunque el nivel salarial haya sido primado a la hora de intentar repartir los beneficios, de intentar repartir esa ganancia económica que se deriva del trabajo, el tiempo dedicado a la producción ha sido esencial a la hora de distribuirlos. Muchos aspectos relacionados con el tiempo de trabajo hacen posible ese reparto. La duración de la jornada, su intensidad o las condiciones en las que se realiza afectan de forma directa a la redistribución.

1.1.2. c. El tiempo de trabajo como mercancía

El tiempo dedicado a trabajar es una mercancía con la que se negocia, el trabajador alquila su tiempo y el empleador dispone de él. El objetivo del empleador es racionalizar el tiempo de presencia del asalariado en el puesto de trabajo que él ha comprado. Lo que pretende es intensificar el trabajo ya que no se contratan los servicios de un asalariado para que simplemente trabaje, sino para que produzca. El empleador “controla, distribuye y gobierna”¹⁴ el tiempo del trabajador.

El tiempo de trabajo es una mercancía que se vende y compra en una negociación entre empleador y asalariado. El poder negociador es por tanto clave. Si el trabajador controla su tiempo de trabajo tiene más poder que si no lo controla, por lo que el tiempo de trabajo es importante para repartir el poder de forma más equitativa entre las personas trabajadoras y empleadoras.

¹³ Bauman, Z. (2017). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. GEDISA. p. 40

¹⁴ Rivera, A. (1999). El tiempo es oro. Reflexiones desde la historia acerca de la reducción de la jornada y el control del tiempo. *Lan Harremanak - Revista de Relaciones laborales*, 19-36. P.21.

El derecho del trabajo según Supiot¹⁵ tiene como objeto encuadrar ese empleo de poder. Es notable que sea la regulación del tiempo de trabajo donde se encuentran los orígenes de derecho laboral. Se buscaba en ese primer momento salvaguardar la seguridad física de los trabajadores, defendiéndoles de los empleadores pero también de ellos mismos. Nace una norma social, la duración del trabajo semanal que constituye la figura emblemática y central de la regulación del tiempo de trabajo. Lo sustancial no es tanto la duración del trabajo propiamente dicha sino su control y con él, el control de la producción y el del reparto de la riqueza¹⁶.

Cuando se habla del tiempo de trabajo como una mercancía no se puede olvidar la diferencia entre trabajo y fuerza de trabajo que realiza Marx¹⁷. Según la teoría del valor-trabajo, no es el trabajo sino la fuerza del trabajo la que se considera una mercancía. Además es una mercancía especial por lo que su valor viene determinado por el tiempo de trabajo necesario para producir los medios de existencia y reproducción del trabajador.

Pero reducir el trabajo a una mercancía es reducirlo a su dimensión mercantil. Sin embargo el trabajo es algo más, debe proporcionar dignidad y estabilidad al trabajador, creando de esta forma cohesión social. “El mundo del trabajo es el lugar donde la gente decodifica su calidad de vida, lo que explica el carácter central de la actividad laboral. Y cuando el mundo del trabajo no está funcionando correctamente, significa que tampoco están funcionando correctamente ni la sociedad ni la familia”¹⁸. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la Declaración de Filadelfia lo especifica de forma clara, pues establece como el primero de los principios

¹⁵ Supiot, A. (1994). *Critique du droit du travail*. Presses Universitaires de France.

¹⁶ Guedj, F.; Vindt, G. (1997). *Le temps de travail, une histoire conflictuelle*. Syros.

¹⁷ Marx, K. (2005). *El Capital*. Siglo XXI.

¹⁸ Somavía, J. (2002). Discurso del Director General de la OIT ante la XII Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo de la OEA. En *Dimensión social de la globalización y de los procesos de integración*. Lima: OIT.

fundamentales sobre los que está basada la Organización. Para la OIT “el trabajo no es una mercancía”¹⁹. Sería así, el Derecho del trabajo, el que reclamaría y velaría para que el trabajo no sea considerado una mercancía²⁰. La limitación del tiempo de trabajo sería necesaria para dotar al trabajo de la capacidad de dignificar a la persona que lo realiza valorando más la calidad que la cantidad.

1.1.3. Definición de tiempo de trabajo en la UE

Si nos acercamos a los textos legales, el concepto de tiempo de trabajo es el que se reduce a la actividad profesional ya que es en la que se pretende legislar. La Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, es la Directiva clave para entender qué es y cómo debe regularse el tiempo de trabajo. En ella se establece que tiempo de trabajo es “todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”²¹.

Teniendo en cuenta esta definición es de actualidad la llamada desconexión tecnológica del trabajo²², que se entiende como la posibilidad de dar por finalizada la jornada laboral una vez abandonado el centro de trabajo. El trabajador tiene derecho “a

¹⁹ OIT. Declaración de Filadelfia.

²⁰ Bonet Pérez, J. (1999). Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998. Bilbao: Universidad de Deusto.

²¹ Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Directiva en la que se centrará la presente tesis recoge esta definición del tiempo de trabajo en su artículo 2 dedicado a definiciones en su apartado 1.

²²Para estudiar este concepto: Aguilera Izquierdo, R. y Cristóbal Roncero, R. (2017). *Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: El derecho a la desconexión tecnológica. El futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita OIT; Molina Navarrete, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* nº 138, 249-283; Purcalla Bonilla, M.A. (2018). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas. *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales Universitat Autònoma de Barcelona*; Reche Tello, N. (2019). La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad. *IUSLabor* nº3, 31-54.

no ser contactado por parte de la empresa tras la terminación de la jornada así como el derecho a no responder a las comunicaciones en caso de que estas se produzcan”²³ de clientes o terceros vinculados al ámbito profesional durante esos periodos.

El respeto a la vida privada y familiar no puede darse si no se produce esa desconexión. Sin embargo en España²⁴, y algo similar se produce a nivel europeo, más de la mitad de los trabajadores afirma que desarrollan trabajos en horas libres o reciben emails o llamadas de trabajo fuera del horario laboral²⁵.

Es imprescindible que tanto empleador como empleado tengan claro qué es y qué no es tiempo de trabajo. El empleado necesita estar al corriente de cuál es su jornada, su horario y el tiempo que debe estar a disposición del empleador ya que fuera de ese tiempo la intromisión del empresario vulnera los derechos de los trabajadores. Se vuelve imprescindible por tanto una reflexión en profundidad sobre las virtudes del mundo digital relacionadas con el tiempo de trabajo y la merma de autonomía del trabajador en el ámbito laboral²⁶.

Aun siendo de gran interés, esta cuestión se deja aquí solo apuntada para volver al fondo de la cuestión que no es otro que la posibilidad y la obligación que tiene la UE para legislar sobre las disposiciones mínimas que favorezcan la coordinación de las condiciones de trabajo respetando los DDFD y de esa forma avanzar en un desarrollo cohesionado de la sociedad europea.

²³ López Alvarez, M.J. (2019). *Jornada laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*. Madrid: Lefebvre. P.66.

²⁴ La desconexión digital en el ámbito laboral queda regulada por primera vez en el ordenamiento español en el art. 88 de la LO 3/2018 de Protección de Datos personales.

²⁵ Pérez del Prado, D. (2017). *Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo*. Fundación para el diálogo social. Madrid. Citado por Poquet Catalá R. (2019).

²⁶ Poquet Catalá, R. (2019). Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad y limitación del tiempo de trabajo efectivo. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 19, 171-198.

1. 2. Evolución histórica de la regulación jurídica del tiempo de trabajo

La manera de producir que tiene la sociedad y sus cambios demográficos, sociales y culturales han hecho que el tiempo de trabajo cambie a lo largo de los siglos. Su evolución a partir de la Revolución Industrial ha sido una progresiva restricción de los periodos dedicados al trabajo en el medio empresarial. Esta limitación se ha producido de una manera lenta pero progresiva, con avances y retrocesos y siempre tras una fuerte reivindicación por parte de los trabajadores, no de una manera natural. Los planteamientos sociales relativos al tiempo de trabajo han tenido que ser duramente defendidos para imponerse al beneficio empresarial. En esta evolución han intervenido distintos actores. Los movimientos sociales, los conflictos entre asalariados y patronos, los Estados, los teóricos reformadores sociales; todos ellos, han ido impulsando los cambios. Ahora bien, para apoyar y defender el progreso social siempre se ha contado con las normas jurídicas y en la cúspide de ellas se encuentran los Derechos Fundamentales.

1.2.1. Situación previa a la Revolución Industrial

Ya en la Edad Media se puede establecer la existencia de cierta preocupación por el tiempo de trabajo. Es la edad del comercio en la que mercaderes y artesanos se separan del tiempo natural al que estaban atados los trabajadores del campo y del tiempo de la iglesia que alejaba a los trabajadores de la producción.

Los obreros del siglo XIII practicaban la jornada continua dejando de trabajar hacia las tres de la tarde, cuando se llamaba a vísperas²⁷, aunque se piensa que tenían gran libertad de horarios. La jornada de trabajo y el cálculo del salario por horas se

²⁷ Menjot, D. (2010). El mundo del artesanado y la industria en las ciudades de Europa occidental durante la Edad Media (siglos XII-XV). *Catharum. Revista de Ciencias y Humanidades del Instituto de Estudios Hispánicos de Canarias*, 5-18.

vieron afectados por la aparición hacia 1330 de relojes mecánicos instalados en las torres de las ciudades dedicadas a la producción textil. Se pasa de ver el tiempo en el campanario a verlo en el reloj²⁸. El tiempo de trabajo se vuelve laico y rompe su relación con el mundo rural y natural. En el siglo XIV el trabajo nocturno era considerado una herejía urbana aunque ya en 1322 se autorizase legalmente por el preboste de París en una ordenanza del 19 de enero²⁹. En esta época tan temprana la duración de la jornada era objeto ya de reclamaciones contradictorias, aumento o disminución según los casos.

Sin buscar la exhaustividad baste señalar esta muestra de autores para ver la preocupación que desde tiempos antiguos ha suscitado el tema del tiempo de trabajo³⁰. En 1516 Thomas Moro en *Utopía*³¹, apuesta por un horario de 6 horas, duración más que suficiente, según el autor, para procurarse los recursos necesarios para cubrir las necesidades básicas. Campanella en su obra *Cité du soleil*³², de 1611, apuesta por 4 horas por día tanto para hombres como para mujeres. En su *Histoire des Sévarambes*³³ fechada en 1677, Veiras d'Alais, organiza la jornada en tres periodos de 8 horas (8 horas de trabajo, 8 de ocio y 8 de reposo). Esta idea de división del día en tres periodos de 8 horas fue recogida posteriormente y se convirtió en la gran reivindicación sindical. La idea de los tres ochos se encuentra en los orígenes del derecho del trabajo.

En la Edad Media, al igual que entre los siglos XVI y XVII, la presión del tiempo en la vida económica y productiva era débil. El número de días no laborables y

²⁸ Jens, T. (2000). *Vers la fin du temps de travail?* Presses Universitaires de France.

²⁹ En esa época era la autoridad municipal la que regulaba las ordenanzas profesionales confiriéndoles poder coercitivo.

³⁰ Guedj, F.; Vindt G., (1997). Óp. cit.

³¹ Moro, T. (2016). *Utopía*. Ariel.

³² Campanella, T. (s.f.). *Cité du soleil*.

³³ Veiras, D. (s.f.). *Histoire des Sévarambes*.

fiestas religiosas era importante. Desde la Edad Media hasta el inicio de la Revolución Industrial se produce un incremento lento del tiempo de trabajo.

1.2.2. La Revolución Industrial

Con la llegada de la Revolución Industrial la concepción del tiempo de trabajo cambia. El incremento de la jornada laboral va unido al desarrollo de la fábrica. El tiempo de trabajo es el tiempo de la tarea y del beneficio, es la concepción del tiempo que se instala en el siglo XIX, la de un tiempo industrial. El tiempo de trabajo llega a su punto máximo con el apogeo de la Revolución Industrial y desde entonces hasta la actualidad el tiempo dedicado al trabajo ha ido menguando de una manera u otra.

El motor de la era industrial no es tanto la máquina como el reloj. El tiempo marcado por el reloj es el medio con el que se cuantifica el valor económico del trabajo. Los empleadores miden el valor del trabajo según el tiempo empleado y buscan el máximo provecho alargando la jornada y eliminando cualquier desperdicio del tiempo en la fábrica. El obrero se somete al ritmo del reloj (entrada y salida de la fábrica, tiempo de descansos) y luego al ritmo de la máquina cuyo empleo máximo es el objetivo prioritario. Aunque no cabe duda de la importancia de la mecanización en el tiempo de trabajo durante la primera mitad del siglo XIX son los tiempos de la fábrica dirigida por los empleadores los que imponen el tiempo de trabajo a todas las actividades mecanizadas o no. Ahora bien, esa utilización maximizada del tiempo no trae como contrapartida para el obrero ni seguridad en el empleo ni garantía de salario³⁴. El asalariado depende de las decisiones arbitrarias del empleador.

En esta época previa a la existencia del derecho laboral, la regulación se basa en las normas civiles donde la libertad de cada una de las partes es el principio rector.

³⁴Guedj, F.; Vindt G., (1997). Óp. cit.

Formalmente las dos partes, empleado y empleador aparecen libres e iguales. De ese principio de libertad derivarán los derechos y obligaciones de cada uno de ellos.

El derecho del trabajo nace debido a las carencias que presenta el derecho civil para dar respuesta a la distinta posición en la que se encuentran empleadores y empleados. La igualdad de las partes no se acomoda a una relación subordinada de trabajo en la que la igualdad es inexistente³⁵. El derecho del trabajo rompe con el individualismo del Código Civil, con el objetivo de proteger a los trabajadores de los abusos del liberalismo económico³⁶ que basándose en una supuesta igualdad y libertad de las partes contratantes³⁷, busca más un crecimiento económico y menos un desarrollo humano. Es así como “empezó a elaborarse el derecho de trabajo moderno como una respuesta a reclamaciones de un real equilibrio entre las partes sociales”³⁸.

No es hasta finales del siglo XIX cuando se puede hablar de Derecho del Trabajo por lo que en esta época es el derecho civil el que se aplica en las relaciones de trabajo, utilizando el contrato de arrendamiento de servicios como contrato base. Hay que esperar a que se desarrolle el Derecho laboral para que aparezca el contrato de trabajo.

Durante la Revolución Industrial se llevaba a los trabajadores a un agotamiento físico extremo con jornadas de trabajo de hasta 16 horas. No existe en esa época más limitación que el descanso para comer y dormir. Marx es un buen cronista de esta

³⁵ Mangarelli, C. (2008). El derecho del trabajo y su relación con el derecho civil. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N^o7, 105-123.

³⁶ Pélissier, J; Supiot, A; Jeammaud, A. (2000). *Droit du travail*. París: Dalloz.

³⁷ Pérez Amorós, F. (2007). Tiempo y trabajo. Algunas consideraciones sobre el trabajo nocturno y trabajadores nocturnos. En J. A. Aparicio Tovar; J. López Gandía, *Tiempo de trabajo* (págs. 93-120). Albacete: Bomarzo.

³⁸ Krotoschin, E. *Tratado práctico del derecho del trabajo*. Citado por Mangarelli, C. (2008).P. 107. Óp. cit.

época³⁹, describiendo a los trabajadores como apéndices de las máquinas. Estas tiránicas condiciones de trabajo hacen que a principios del siglo XIX las reivindicaciones sobre el tiempo de trabajo así como la medida del tiempo, se centren en el tiempo diario dedicado a la fábrica. El cálculo de la jornada semanal no aparece hasta finales de ese siglo, siendo muy utilizado en el periodo entre guerras.

De esta realidad conflictiva brota de forma espontánea el enfrentamiento capital-asalariado y se inician las exigencias de mejores salarios y limitaciones en el horario. Los congresos obreros del siglo XIX que abordaron la temática de la duración de la jornada laboral vieron ya necesario un período de descanso diario para racionalizar la duración de la jornada. Esta aspiración quedó sintetizada en la ya mencionada “regla de los tres ochos” que establecía ocho horas de trabajo, ocho horas destinadas al ocio y la familia y otras ocho horas dedicadas al reposo físico. Defender a los más débiles físicamente constituyó el propósito de las primeras normas que se adoptaron sobre el tiempo de trabajo. Primero se restringió el tiempo de trabajo de mujeres y niños, luego se reclamó para hombres adultos. La reivindicación de un tiempo de trabajo justo ha estado ligada a proyectos sociales más equitativos que proyectaron los utopistas⁴⁰ en la primera mitad del siglo XIX.

1.2.3. Los inicios de la legislación laboral

1.2.3. a. Reino Unido

Los primeros textos legislativos limitadores de la jornada hacían referencia a niños y mujeres y desde luego no reivindicaban las 8 horas diarias. El primero de estos

³⁹ Ver el punto 3 *Ramas industriales inglesas sin límite legal de explotación* del capítulo VIII que trata sobre la jornada de trabajo de su obra estrella *El Capital*.

⁴⁰ Henry de Saint-Simon (1760-1825), Charles Fourier (1772-1837), Etienne Cabet (1788-1856) en Francia o Richard Owen (1771-1858) en Inglaterra, influenciaron a la sociedad con la idea de que el interés colectivo, sustituyendo al individualismo, debe ser el punto de apoyo para conseguir la transformación social.

textos limitaba la jornada laboral a 10 horas para niños de entre nueve y trece años y a 12 para los de edades entre catorce y dieciocho. Data de 1802 y se conoce con el nombre de *Health and Morals Approntices Act*. El texto inglés fijaba también el horario desde las 6 de la mañana a las 9 de la noche para los niños y solo afectaba a las fábricas de algodón y a las industrias en las que trabajaran tres o más aprendices o veinte o más personas⁴¹.

En 1819 se aprobó, también en Inglaterra, la conocida como *Cotton Mills Act*. Su especial interés reside en que se percibe el deseo de una intervención regular y sistemática del Estado en el ámbito laboral. Circunscrita a las fábricas de algodón, prohibía el trabajo de los niños menores de nueve años y establecía una jornada de 12 horas para los niños entre nueve y dieciséis. Con posterioridad de forma gradual estas disposiciones se extendieron a otro tipo de fábricas.

No es hasta 1833 cuando se incluyen medidas de inspección para verificar el cumplimiento de la legislación laboral, pero su ineficacia era total porque los inspectores no podían comprobar las horas trabajadas por los empleados. Por otra parte, reducir el trabajo de los niños implicaba una reforma del trabajo de los adultos para que la producción no se colapsara, por lo que en 1833 se aprobó el *Althorp's Act*, que aun limitándose a la industria textil, establecía una jornada máxima diaria para todos los trabajadores de 12 horas. Esta norma prohibía el trabajo nocturno para los menores de dieciocho años y limitaba a 9 horas la jornada de los niños entre nueve y trece años⁴².

Se tiene que esperar a 1847 para que se aprobara, con la oposición del partido liberal, una nueva reducción de la jornada para jóvenes y mujeres llegando a

⁴¹ Peñas, L. M. (2011). Los inicios de la legislación laboral española: La ley Benot. *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, 25-70.

⁴²Guedj, F.; Vindt G., (1997). Óp. cit.

establecerse su tope en las 10 horas. Esta última ley fabril fue contestada con bajadas de salarios del 10% y donde fue posible hasta de un 25%. El ámbito de aplicación de la normativa era, en principio, las fábricas de algodón que fue extendiéndose a los demás establecimientos de tipo textil pero hubo que esperar al *Factory Acts extension Act* de 1867 para que se ampliara la aplicación a otros establecimientos industriales como las fábricas de tabaco o de maquinaria.

La normativa fue completada en 1876 por una nueva ley que aumentó la edad mínima para el trabajo industrial, elevándola hasta los diez años desde los nueve que habían sido el límite previo. Para 1878 con la *Factory and workshop Act* las normas laborales se extendían a cualquier trabajador y se aplicaban a cualquier actividad.

La normativa británica de esta época tiene tres objetivos. En primer lugar reducir el trabajo excesivo de los niños que los hacía menos productivos. En segundo lugar mejorar su educación, dedicando a ella las horas que antes destinaban al trabajo con lo que se intentaba mejorar la capacidad de producción del obrero y por último que estos cambios no perjudicaran a los trabajadores adultos⁴³. Las mejoras conseguidas para niños fueron posibles porque interesaban tanto a obreros como a patrones.

1.2.3. b. Francia

En Francia la primera ley laboral, la conocida como *Ley Guizot*, data de 1841 y es consecuencia de un movimiento social iniciado en Alsacia en 1827. Repite la idea de la necesidad de dar educación a los niños antes de empezar a trabajar para que lo hicieran mejor. Prohíbe el trabajo a los menores de ocho años, establece 8 horas para la jornada de trabajo de niños entre ocho y doce años y de 12 horas para los niños entre

⁴³ Peñas, L. M., (2011). Óp. cit.

doce y dieciséis años⁴⁴, así mismo prohíbe el trabajo nocturno para los menores de trece. Ya en el articulado de esta ley aparece la obligación para todo niño trabajador menor de doce años de estar escolarizado. Ahora bien, esta ley se aplica solo a las manufacturas con maquinaria o fuego continuo o bien a fábricas con más de 20 empleados⁴⁵. El insuficiente control, (un sistema de inspección no se establece hasta 1874) y la oposición de los empleadores hicieron que no fuera muy eficaz⁴⁶. Su importancia estriba en que supuso el inicio de la intervención del Estado en la legislación laboral.

El proceso de limitación de la jornada para los niños y jóvenes sigue su curso y en 1851 se vota una nueva ley que limita la duración del trabajo a 10 horas para los menores de catorce años y a 12 horas para los jóvenes entre catorce y dieciséis años.

Con posterioridad en la *Ley sobre el trabajo de niños y niñas menores en la industria* de 1874 se sube la edad para empezar a trabajar a los doce años aunque en algunos casos puede ser a los diez y se establece una jornada de 6 horas para todos ellos. La jornada para los jóvenes entre trece y dieciséis años se establece en 12 horas y el trabajo nocturno está prohibido hasta los dieciséis años.

Esta norma fue sustituida por las *Leyes Jules Ferry* de 1881 y 1882 que aceleran la evolución y en 1893 los menores de trece años tienen una duración de jornada limitada a 10 horas más 1 hora de reposo. Se establece un día de reposo para los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años y se hace necesario tener un certificado de aptitud para poder trabajar con lo que se potencia la escolarización de los niños.

⁴⁴ Jens. T., (2000). Óp. cit.

⁴⁵ Bouveresse, J.; Aubin, G. (1995). *Introduction historique au droit du travail*. Presses Universitaires de France.

⁴⁶ Peñas, L. M. (2011). Óp. cit.

1.2.3. c. España

España no era ajena a la idea de distanciar a los niños del trabajo para mejorar su educación no solo para una mejora de sus condiciones de vida sino porque los jóvenes instruidos eran mejores trabajadores. El debate sobre el deber del Estado de intervenir en el mercado laboral para la protección de los más débiles existía en la sociedad española, de hecho hubo propuestas ya en 1855 sobre el tema aunque no llegaron a consolidarse. La defensa de esta postura se basaba en que la limitación de la jornada no mermaría competitividad de las fábricas españolas ya que muchos de los países circundantes ya habían legislado esta limitación de la jornada. Se destacaba que el establecimiento de una jornada máxima a nivel nacional evitaría la competencia desleal entre empresas⁴⁷.

El movimiento obrero en España era menos importante que en otros países europeos por lo que hay que esperar hasta la *Ley Benot* (Ley sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros) de 1873 para que se prohibiera el trabajo a los menores de diez años y se bajara a 8 horas la jornada de los menores de quince. Su principal objetivo era la protección y la educación de la infancia.

Considerada una de las normas más significativa del periodo republicano, esta ley también estaba circunscrita a un ámbito de aplicación concreto (los establecimientos industriales y mineros) y como en otros países su eficacia fue muy limitada. Con ella se evidenció que un texto legal necesita de recursos y mecanismos de control para su correcta implementación. Ya se dejaba traslucir que un control a través de un sistema de inspección era necesario para asegurar el cumplimiento de la ley.

⁴⁷ Monreal Bringsvaerd, E. (2005). *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*. Madrid: Consejo Económico y Social.

La ley de 1878 sobre el trabajo peligroso de los niños, y la Reglamentación del trabajo de mujeres y niños de 1900 ampliaron lo establecido en la *Ley Benot*. La normativa de 1900 prohibía el trabajo a los menores de diez años ampliando esta prohibición a todos los empleos. En cuanto a la duración se mantenía lo establecido en la *Ley Benot* ya que aunque se aumentaba la duración máxima en una hora se establecían descansos que debían sumar sesenta minutos.

1.2.3. d. Primeros pasos en otros países europeos

Según avanza el siglo XIX los Estados europeos legislan la materia laboral en la medida en que avanza el proceso de industrialización de cada uno de ellos⁴⁸.

Además de los Estados ya expuestos el resto de Estados se comporta de una manera similar. En Suiza la legislación laboral la establecían los cantones que constituían la Confederación Helvética. Fue el cantón de Zurich el pionero en la legislación sobre el trabajo infantil, prohibiendo el trabajo a menores de nueve años y estableciendo la jornada máxima a 12 horas para los menores de dieciséis. Otros cantones siguieron sus pasos, sin embargo el cantón de Glaurus, en el que proliferaban las fábricas textiles, donde trabajaban muchos niños, no estableció una normativa sobre las horas máximas de trabajo hasta 1864. En Prusia se prohibió trabajar a menores de nueve años en 1839. En 1853 esta prohibición se elevó a los doce años. Con la unificación, en 1871, estas leyes pasaron a la normativa alemana. Holanda prohibía el trabajo a menores de doce años en 1874. La ley puede considerarse avanzada teniendo en cuenta que los Países Bajos no estaban tan industrializados como otros países europeos. En Bélgica, por su parte, la edad mínima para trabajar se establecía en los doce años en 1889 y se prohibía el trabajo nocturno a los menores de dieciséis. En Italia

⁴⁸ Guedj, F.; Vindt G., (1997). Óp. cit.

se retrasa aún más el proceso y no es hasta 1902 que se establece una ley de protección a los menores en el trabajo.

En todos los Estados se ve la necesidad de apartar a los niños de las fábricas y darles cierta educación. Es una actuación que busca no solo mejorar sus condiciones sino también procurar una mano de obra más cualificada para mejorar la producción.

En cualquier caso toda esta legislación se topó con el inconveniente de la casi inexistencia de medios para controlar su aplicación aunque en Inglaterra existe un servicio de inspección desde 1847. A falta de inspectores la ley queda sin implementar. Los ámbitos de aplicación eran muy pequeños y la mayoría de los trabajadores seguía soportando jornadas excesivamente largas.

La mejora en la vida de los trabajadores, en mi opinión, no se produce por un deseo de mejora de la sociedad en su conjunto. Ya desde esta época los empleadores buscan un mayor beneficio económico que ven disminuido si no apaciguan a los trabajadores o si se les obliga a trabajar hasta la extenuación. Las mejoras producidas no son tanto por aceptar las propuestas de los trabajadores como por ser vistas como el mal menor para mantener el beneficio de la producción.

1.2.4. La gran reivindicación: la jornada de 8 horas

Tras intentar mejorar las condiciones y horarios de los trabajadores más desfavorecidos, niños y mujeres, se pasa a reivindicar jornadas de trabajo más cortas instaurándose la gran reivindicación sobre el tiempo de trabajo, la jornada de 8 horas.

Décadas de lucha obrera se produjeron hasta conseguir las 8 horas diarias y las 48 semanales⁴⁹. Suele considerarse a Robert Owen como el padre de la exigencia de las 8 horas de trabajo al día, sin embargo ya para 1806 existe una agrupación por las 8 horas en Massachusetts (EEUU). La importancia de Owen es el carácter universal que le da a la reivindicación de las 8 horas en 1815 al presentar un proyecto legislativo internacional al congreso de Viena de ese año, antes incluso de presentar un proyecto de ley al Parlamento inglés.

Aunque la propuesta de las 8 horas como límite legal de la jornada de trabajo empieza a ser defendida por los sindicalistas ingleses en 1866 y popularizada en Francia por Paul Lafargue⁵⁰, se tardará mucho tiempo en avanzar de forma real sobre este tema. Lafargue ya proponía una jornada legal del trabajo para toda Europa ya que según él esta cuestión había que abordarla con una visión internacional⁵¹. Esta visión de la necesidad de igualdad en las condiciones de trabajo con una perspectiva amplia, creo que es capital. Las sociedades solo avanzan si lo hacen todos sus miembros. Como en las máquinas industriales se necesita la cohesión de sus distintos componentes para que el producto que realizan sea óptimo, así la sociedad necesita cohesión entre sus miembros para desarrollarse y avanzar mejorando la vida de todos los individuos que la componen.

Con ese enfoque de exigencia de igualdad para una mejora de la sociedad las reivindicaciones obreras van radicalizándose y cada vez son más numerosas las manifestaciones a favor de la jornada de 8 horas. En noviembre de 1884, en el Congreso de Chicago (IV Congreso de la Federación Estadounidense del Trabajo) con la

⁴⁹ Jáuregui, R; Egea, F; de la Puerta, J. (1998). *El tiempo que vivimos y el reparto del trabajo: La gran transformación del trabajo, la jornada laboral y el tiempo libre*. Barcelona: Paidós.

⁵⁰ Lafargue, P. (2011). *El Derecho a la pereza*. Madrid: Maia Editores.

⁵¹ Guedj, F.; Vindt G., (1997). Óp. cit.

propuesta Edmonston se plantea que a partir del Primero de Mayo de 1886 se obligara a los patronos a respetar la jornada de ocho horas. Los sucesos del 1 de mayo de 1886 y la dura represión (la masacre de Hymarket) confieren a esta reivindicación una dimensión internacional. La influencia de ese Primero de mayo fue considerable. En 1889 en Francia las manifestaciones terminan con detenciones y condenas. En 1890 se produce la manifestación de Hyde Park en Londres y al año siguiente en Francia en las movilizaciones del Primero de mayo se vuelven a producir graves incidentes, el más sangriento la masacre de Fourmies. Pero también se producen incidentes en Italia y en Bélgica. Hasta el Papa León XIII hace suya la reivindicación de los trabajadores al descanso y a una jornada justa en su encíclica *Rerum Novarum* del 15 de mayo de 1891⁵².

Es al año siguiente, en 1892, cuando se consigue en Francia la prohibición del trabajo nocturno para los menores de 18 años, las 10 horas de jornada laboral para los niños entre trece y dieciséis años y las 11 horas diarias para mujeres y jóvenes hasta los dieciocho años. Por otra parte se mantiene el problema de hacer respetar las leyes aun existiendo un servicio de inspección. La legislación va claramente por detrás de las reivindicaciones de la sociedad.

1.2.5. Lento avance por posturas contrapuestas

El fin del siglo XIX fue un periodo muy reivindicativo extendiéndose las peticiones de mejoras para los obreros por toda Europa. Al recopilarse las primeras encuestas sobre las condiciones de trabajo en la industria, los moralistas consideraron un escándalo la explotación de niños y el trabajo de las mujeres, apremiando de esta forma a los legisladores a actuar reduciendo la jornada.

⁵² León XIII. (1891). *Rerum Novarum*.

Tras ese primer planteamiento moral, la reducción de la jornada se justifica por motivos médicos y económicos. Se establece una relación entre el mantenimiento y mejora de la salud de los trabajadores con la calidad y productividad del trabajo que estos realizan. Los beneficios para las dos partes siempre enfrentadas, empleados y empleadores, permiten que puedan plantearse reformas sociales. Así, los reformadores sociales formalizan poco a poco su discurso y van constituyendo redes en cada uno de los grandes países industriales y a nivel internacional⁵³. Para 1919 el tema del tiempo de trabajo vuelve a tomar una clara envergadura internacional. Sin embargo la posición patronal se enroca en dos principios. Por una parte, la reducción permanente de los costes de producción y por otra, el mantenimiento de su condición de “señores” en la fábrica, es decir, que perdure el derecho privado en su relación con los trabajadores⁵⁴.

Los patrones arremeten contra la legislación del trabajo con argumentos de todo tipo, como técnicos, económicos o sociales. Técnicamente la ley será imposible de aplicar, económicamente les volverá frágiles ante la competencia extranjera y socialmente será un fracaso ya que el Estado privará a las familias humildes de ingresos.

Estas posiciones, sin embargo, no impiden que se avance. En 1900, en Francia, con la *Ley Millerand* se generalizan las 10 horas en las fábricas. No es hasta 1905 que los mineros franceses consiguen que una ley limitara su jornada de trabajo a 8 horas. También en Francia y poco tiempo después, en 1906, se aprueba el día de reposo semanal. Sin embargo no hay que olvidar que esta situación solo afecta a una minoría de los asalariados, a principios del siglo XX las jornadas para muchos son de 12 horas. La legislación queda poco ambiciosa. En España se puede destacar en 1904 la prohibición del trabajo material en domingo y en 1912 el trabajo nocturno para la mujer. En 1913 la

⁵³ Guedj, F.; Vindt G., (1997). Óp. cit.

⁵⁴ Guedj, F.; Vindt G., (1997). Óp. cit.

jornada máxima tanto para hombres como para mujeres en la industria textil llegaba hasta las 60 horas semanales.

1.2.6. La influencia de la I Guerra Mundial

La Primera Guerra Mundial (1914-1918) paralizó cualquier objetivo que no fuese bélico. El Tratado de Versalles firmado tras la gran contienda refleja la conmoción política y social que se vivía en esos años. Se considera que la “paz solo puede establecerse si se basa en la justicia social”⁵⁵ y que las condiciones de trabajo son importantes para mitigar la injusticia, miseria y privación en las que muchas personas se encontraban en aquellos momentos⁵⁶. Se adopta la jornada de 8 horas o la semana de 48 considerando que la no adopción por alguna nación de un régimen de trabajo realmente humano es un obstáculo para los esfuerzos de las demás naciones que desean mejorar las condiciones de vida de los trabajadores de sus países. La Conferencia Internacional del Trabajo que se reunió en Washington en noviembre de 1919 instauró a nivel internacional la jornada de 8 horas y las 48 semanales, culminando décadas de luchas⁵⁷. En España en ese mismo año, 1919, se establece la jornada máxima de 8 horas extendiéndose a todos los sectores económicos con alguna salvedad.

1.2.7. Del tiempo de trabajo diario al semanal y anual

Se propaga por todos los países la discusión sobre el tiempo de trabajo, centrada en el periodo semanal olvidando en parte la jornada diaria. La ley de 1919 sobre las “48 horas” marca este cambio de medida. Tanto la perspectiva del trabajador como la de la

⁵⁵ Tratado de Versalles. Su parte XIII que comprende los artículos del 387 al 427 hace referencia al trabajo.

⁵⁶ OIT. (1998). *Las normas internacionales del trabajo: Manual de educación obrera*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

⁵⁷ González Seara, L. (2000). Antecedentes y fundamentos teóricos y doctrinales del Estado de Bienestar. En S. Muñoz Machado, J.L. García Delgado, L. González Seara, *Las Estructuras del bienestar en Europa* (págs.37-129). Madrid: Civitas.

sociedad han cambiado. Se ha establecido el reposo dominical en Alemania en 1891, en Francia en 1906, síntoma de un cambio en el trabajador y en la sociedad. Tras la I Guerra Mundial se va estableciendo de forma progresiva la “semana inglesa” dejando libre el sábado por la tarde y beneficiando a los trabajadores de “oficina”. El respeto de la ley se va reforzando y la presión para el cumplimiento de las 8 horas diarias o más concretamente las 48 semanales se hace más fuerte.

El periodo entre guerras, (con sus dos extremos, se pasa de la recuperación económica de la I Guerra Mundial y el entusiasmo de los años 20 hasta la angustia del Crack del 29 y la profunda crisis de los 30) parece que no anima a la reivindicación por la reducción del tiempo de trabajo, circunscrito al día o a la semana, que se borra del discurso sindical. La semana inglesa y las vacaciones pagadas se vuelven en el periodo entre guerras los principales temas de demandas concernientes a la duración del tiempo de trabajo.

1.2.8. Cambio conceptual: instrumento para acabar con el desempleo

En los años 30, con la Gran Depresión, el aumento del paro tanto en Europa como en los EEUU hace que la OIT proponga la reducción de la jornada como instrumento para atajar el desempleo. Ya en Francia, en 1932, se empieza a reclamar la semana de 40 horas viéndose con claridad que el paro se encuentra en el centro del debate de la limitación de la jornada. En este periodo se produce un cambio conceptual en el proceso de reducción y limitación del tiempo de trabajo. Hasta este momento se pretendía acabar con horarios extenuantes y mejorar las condiciones de vida y salud de los empleados, a partir de ahora pasa a entenderse como instrumento para reducir un gran problema que comenzaba a destacar, el paro forzoso de los trabajadores. Esta idea me parece esencial para acometer el gran problema que se empieza a detectar, la

desigualdad que se produce entre los miembros de una sociedad si algunos de entre ellos no pueden acceder al empleo. La idea del reparto del trabajo me parece imprescindible para posibilitar la cohesión de una sociedad avanzada.

En 1933, en la Conferencia Económica de Londres, 35 países se reúnen para estudiar las acciones necesarias para mejorar la situación tan crítica que se vivía. Se veía necesaria una actuación internacional, sin embargo los Estados no fueron capaces de llegar a un acuerdo. Se intentó fomentar la cooperación y el pacto, aunque al final cada país aplicó sus propias medidas mostrando una general insolidaridad.

Si bien es constante la resistencia de los empleadores, el proceso de reducción del tiempo de trabajo prosigue y en 1936 en Francia, el Gobierno del Frente Popular establece la semana de 40 horas de cinco días laborables y las vacaciones pagadas de dos semanas, prohibiéndose también el trabajo a los menores de 14 años. Con todo, las 40 horas semanales de trabajo tiene muchos problemas para su implantación y a partir de 1938 la legislación sobre las 40 horas comienza a ser desmantelada por la presión de la patronal, pasando en 1939 el máximo legal semanal a 60 horas a causa de la guerra.

1.2.9. Situación tras la II Guerra Mundial

De 1939 a 1945 la II Guerra Mundial corta de raíz cualquier prosperidad a toda la ciudadanía horrorizada y diezmada por una contienda sin precedentes. A su término la obligada reconstrucción incrementa notablemente la jornada laboral de los trabajadores. Es a partir de los años 50 cuando empieza a reducirse de nuevo el tiempo de trabajo debido a que parte del incremento de la renta se destina a mayor ocio.

En Francia se establece en 1946 la duración legal de la jornada en 40 horas semanales y 2 semanas de vacaciones pagadas, sin embargo cada sector industrial define sus horarios que por lo general resultan en la práctica ser superiores a esas 40

horas. En 1956 las vacaciones se extienden a las 3 semanas y ya en el 68 los *Acuerdos de Grenelle* buscan una progresiva reducción del tiempo de trabajo para extender la semana de 40 horas. En 1969 se consigue la cuarta semana de vacaciones anuales. Comienza a desarrollarse el Estado del Bienestar en Europa.

Entre los años 1966 a 1970 se producen las revueltas de San Francisco, del mayo francés y del otoño caliente italiano de las que surge un nuevo Derecho del Trabajo en el que no solo se busca la salud de los trabajadores reivindicando su descanso, sino también se reclama su libertad y su dignidad. Un reflejo de esto es el *Statuto dei Lavoratori Italiano* de 1970.

Es significativa la Recomendación 116 de la OIT que en 1962 en su 46ª reunión celebrada en Ginebra, habla sobre la reducción de la duración del trabajo⁵⁸. En su punto 4 dice que la duración normal del trabajo debería disminuir progresivamente sin aminoración alguna del salario que los trabajadores estén percibiendo en el momento en que se reduzca la duración del trabajo.

1.2.10. Crisis económica y reorganización del tiempo de trabajo

El descenso del tiempo de trabajo que durante los años 60 y primeros 70 se produce tanto por una reducción de la jornada (diaria y sobre todo semanal) como por un aumento en las vacaciones anuales, sufre un parón con el fin de la bonanza económica en 1973. Las causas de esta crisis fueron básicamente dos, por una parte los países exportadores de petróleo elevaron repetidamente los precios, actuando como un cártel formado en torno a la OPEP, y por otra parte el fracaso de la industria europea ante la competitividad de la industria asiática.

⁵⁸ OIT. 46ª reunión OIT del 26 junio 1962 en Ginebra. Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo.

Se comprobó que una gestión uniforme y estandarizada del tiempo de trabajo incapacitaba a las empresas a la hora de mantener su productividad. Se pasó a subordinar la mayor productividad a una adecuada distribución del tiempo de trabajo más que a su duración. Este cambio permitió visualizar la contraposición existente entre la vertiente cualitativa que presenta la jornada laboral, frente a la clásica cuantitativa.

Con la primera crisis del petróleo se inicia un continuo incremento del desempleo. Y vuelve a tomar fuerza la idea de utilizar la reducción del tiempo de trabajo y su limitación como un instrumento para la creación de empleo. La reducción se asocia a la reorganización del tiempo de trabajo lo que produce aumentos en la producción que pueden utilizarse para mantener el nivel salarial de los trabajadores. Los incrementos de la producción vienen dados por la posibilidad de utilizar de forma más eficaz el equipo introduciendo turnos y reorganizando los recursos humanos de las empresas.

Las modificaciones que se realizan en torno al tiempo de trabajo se asocian a la reorganización, dando más atribuciones a los empleadores para reorganizar los tiempos empresariales.

Otra idea que surge en esta época, finales de los 70 principios de los 80, es la de utilizar la reducción del tiempo de trabajo para frenar el paro pero sin crear empleo. La limitación del tiempo de trabajo no se plantea a nivel diario o semanal sino a limitar el tiempo trabajado a lo largo de toda la vida laboral de los trabajadores. Se les hace entrar más tarde al mercado laboral prolongando la escolarización y salir de él más pronto anticipando la edad de jubilación. Estas propuestas vistas en perspectiva no parecen acertadas ya que tienen una visión a muy corto plazo. Las jubilaciones anticipadas resultan muy costosas para el Estado y para la sociedad. Una esperanza de vida más

larga hace que el Estado tenga que desembolsar grandes cantidades en pensiones. Por otra parte, los jubilados prematuros son capaces de desarrollar ciertas actividades productivas que no son aprovechadas ni por los empleadores ni por la sociedad. En cuanto a la formación de los más jóvenes parece más aconsejable que se realice a lo largo de toda la vida activa de forma que los trabajadores estén adaptados a los cambios y se aproveche una mano de obra joven.

1.2.11. Cambio en los objetivos económicos

Un decisivo y sustancial cambio se produce tras la crisis de 1973 que primero afecta a los países desarrollados y con posterioridad al resto de economías, los objetivos económicos cambian. Se pasa de la búsqueda del crecimiento y el pleno empleo a la lucha contra la inflación como objetivo de las políticas económicas.

Tres hechos decisivos marcan el nuevo devenir económico y social. La victoria de Thatcher (Primera Ministra de Reino Unido desde 1979 a 1990) y Reagan (Presidente de EEUU en el periodo 1981-1989), la crisis de la deuda externa de los países del Tercer Mundo y la caída del muro de Berlín (1989), son determinantes para entender la evolución de la sociedad.

Se aplican con todo su rigor los conceptos y principios neoliberales en los países occidentales. Este neoliberalismo se basa en las ideas de Friedrich von Hayek quien arremete contra la sociedad del Estado del Bienestar. Combate duramente las políticas públicas sociales y asistenciales de inspiración keynesiana y ataca a las organizaciones sindicales y al movimiento obrero. Los fundadores del pensamiento neoliberal tomaron el ideal político de la dignidad y de la libertad individual como pilar fundamental de la sociedad. La suposición de que las libertades individuales se garantizan mediante la libertad de mercado y de comercio, es un rasgo cardinal del pensamiento neoliberal

defendido por Milton Friedman. Infatigable valedor del libre comercio para quien el mercado es el medio más eficiente para la correcta asignación de recursos⁵⁹.

Estos principios neoliberales, en mi opinión, olvidan algo tan importante como la necesidad que tenemos todos los humanos del “otro”. Somos seres interdependientes y aunque la libertad individual es importantísima para nuestro desarrollo, también lo es nuestra vida en comunidad dentro de una sociedad que debe ser lo más igualitaria y cohesionada posible para que todos los ciudadanos, respetando las leyes que nosotros mismos nos imponemos, nos realicemos en plenitud.

La oposición entre los planteamientos de Keynes (mayor regulación) y Friedman (mayor libertad de actuación) desató una formidable batalla ideológica durante las décadas de los 50 a la de los 70.

De la corriente de pensamiento monetarista dirigida por Friedman y opuesta al keynesiasimo del periodo anterior, surge el llamado Consenso de Washington que recoge un conglomerado de medidas neoliberales que se aplicarán a partir de los años 80. Para sus defensores, por una parte, la empresa privada es más eficiente que la estatal por lo que no hay que ponerle trabas y por otra, el *laissez-faire*⁶⁰ se considera el mejor regulador del mercado. Es otro impulso al poder empresarial para gestionar el tiempo de trabajo en beneficio propio sin necesidad de tener en cuenta las necesidades de los trabajadores.

Los impulsores son los señores de la economía privada, grandes empresas que dominan la economía internacional, establecen ideas y opiniones y perfilan la política⁶¹.

⁵⁹ Posadas, C. A. (2003). Historia económica del trabajo. Siglos XIX y XX. Madrid: Tecnos.

⁶⁰ La frase completa es: “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*”. En el siglo XVIII el fisiócrata Vincent de Gournay la usó contra el intervencionismo en la economía por parte del gobierno y fue Adam Smith quien la popularizó.

⁶¹ Chomsky, N. (2014). *El beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y orden global*. Barcelona: Planeta.

Las libertades que defienden no reflejan sino los intereses de la propiedad privada, las empresas, las compañías multinacionales, y el capital financiero. El claro objetivo del Consenso de Washington, era el equilibrio macroeconómico, dándole a la economía un sentido exclusivamente economicista y quitándole su valor social.

El trabajo se concibe como una mercancía más, sujeta a la oferta y la demanda. Los sindicatos son vistos como una amenaza y la flexibilidad se convierte en la palabra mágica que solucionará todos los males. Se desregula el mercado laboral, se privatiza y se desmantela el Estado del bienestar logrado en el periodo de los 30 gloriosos. Se impone la idea de la supuesta rigidez del mercado laboral como causa del aumento del desempleo y se aplica la flexibilidad como remedio. Este tratamiento trajo precarización del empleo, segmentación del mercado laboral y redujo el poder del empleo como factor de cohesión social⁶².

1.2.12. Francia, la gran defensora de la reducción del tiempo de trabajo

En los años 80, es Francia la que abandera la reducción y la limitación del tiempo de trabajo pasando de las 40 horas semanales a 39 en 1982, con la intención de ir reduciendo progresivamente el tiempo de trabajo hasta las 35. Sin embargo, las dificultades para lograr este gran reto se hacen insuperables. Se había conseguido franquear la barrera psicológica de las 40 horas pero la reducción se queda en la mínima. Por una parte, los sindicalistas son inflexibles y buscan una compensación total. Reseñable es que esta primera reducción de 40 a 39 horas se produce sin bajar el salario. Esto se traduce en un aumento del salario-hora que supuso la congelación de la jornada en esas 39 horas semanales sin que se haya podido en la práctica reducir a las 35 de

⁶² De la Cal, M. J.; Bengoetxea, A. (2011). La flexiguridad como clave de la política de empleo de la Unión Europea: entre la competitividad, la inclusión social y el respeto a los derechos sociales. En *La nueva Estrategia Europa 2020: una apuesta clave para la UE en el siglo XXI*, 13-66. EUROBASK.

forma generalizada. Por otra parte, costes y beneficios vienen delimitados por la competencia internacional cada vez más severa. Por último, el tiempo de trabajo por unidad de periodo sea día, semana o año afecta de forma evidente a esos costes y beneficios y los empresarios por su parte no están dispuestos a repartir los beneficios a través de una reducción del tiempo de trabajo como había ocurrido en épocas anteriores.

También en Francia en 1982 se llega a la quinta semana de vacaciones anuales. La generalización de las vacaciones pagadas y con una duración considerable es un hecho al que hay que prestar atención. Si en 1936 su instauración había afectado de forma escasa a la reducción del tiempo de trabajo, cuando la mayoría de los trabajadores pueden disfrutarlas pueden constituir una compensación a un aumento en la jornada semanal o diaria.

En España los 80 traen el Estatuto de los Trabajadores que reduce a 43 horas semanales la jornada ordinaria partida y a 42 la jornada continuada. La bajada también es mínima ya que en 1976 la ley de Relaciones laborales había establecido la duración máxima de la semana laboral en 44 horas. En 1983 se modifica, fijando la jornada máxima legal en 40 horas semanales y estableciendo unas vacaciones anuales mínimas de 30 días.

1.2.13. De la flexibilidad a la flexiguridad

Para los Estados europeos, acabar con la inflación se vuelve una obsesión dejando de lado la meta de búsqueda de crecimiento y de pleno empleo. La estabilidad macroeconómica obsesiona a la nueva Unión Europea, sin embargo el desempleo va tomando un carácter estructural en la economía y es necesario darle una solución. La preocupación de las instituciones europeas hace que en 1993 se publique el Libro *Crecimiento, competitividad y empleo*, también llamado Libro Blanco de Delors. Se

busca mayor competitividad y modernización para las PYMES⁶³ apostando por dotarlas de instrumentos que les permitan la reorganización del trabajo y del tiempo de trabajo a la vez que se transforma el mercado laboral haciéndolo más desregularizado para evitar trabas en su desarrollo. Se ve imprescindible incrementar la flexibilidad laboral tanto externa como interna. Sin embargo esta flexibilidad se centra más en la salida del mercado de trabajo, suavizando la regulación del despido, facilitándolo y planteando reducir las indemnizaciones.

Con estas medidas crecerá la temporalidad en las nuevas contrataciones y se perderán derechos laborales, sin embargo no todo es negativo en este informe, se reitera la necesidad de dar una respuesta coordinada a este problema a nivel de toda Europa, es por tanto el origen de la Estrategia Europea de Empleo (EEE).

El tiempo de trabajo sigue disminuyendo tanto en los países desarrollados como en los que se están desarrollando. La globalización, la innovación tecnológica y los cambios en la demanda de productos y servicios son los factores que lo hacen posible. La sociedad cambia y con ella el tiempo que dedicamos al trabajo. Las jornadas laborales son cada vez más irregulares. Unas cortas, otras largas, sin embargo la jornada laboral sigue siendo muy precaria para el trabajador que busca poder ser algo más que un productor, que busca ser un ciudadano.

Los argumentos esgrimidos para la defensa o la oposición a una limitación son los que constantemente se repiten a lo largo del tiempo. Razones globales, culturales y políticas esgrimidas con anterioridad por el movimiento obrero y la izquierda política siguen hoy en vigor. Una ciudadanía cada vez más instruida, más preocupada por temas medio ambientales y más sensible a las diferencias de género o los problemas sociales,

⁶³ Cristóbal, R. (1998). Políticas de empleo en la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 33, 33-60.

tiene necesidad de tiempo. Tiempo para leer, pensar, organizarse como colectivo y participar en los procesos de construcción de la sociedad a la que pertenece, es decir tiempo para ser ciudadano y no solo trabajador. Estoy convencida que esta es la mejor forma de crear una sociedad más coherente con la búsqueda de la mejora de la vida de todos sus integrantes, de todos sus ciudadanos.

Por su parte, los argumentos en contra de una limitación del tiempo de trabajo esgrimen la necesidad de libertad de los empleadores para organizar el tiempo ya que tienen que ser cada vez más competitivos e innovadores para amoldarse a la economía globalizada. Necesitan flexibilidad para poder adaptarse a los cambios que se producen cada vez en mayor número y a mayor velocidad. Cada Estado interpreta esta flexibilización de una forma, Francia y Reino Unido apuestan por flexibilizar el contrato de trabajo, la capacidad de despido o el horario de trabajo. Alemania y Suecia apuestan por la polivalencia funcional, la cualificación y la capacitación. Cuando se habla de flexibilidad, se habla por tanto de procesos diferentes dentro de contextos económicos, jurídicos e institucionales muy distintos⁶⁴.

En muchos casos la flexibilización acomoda las condiciones en las que los trabajadores desempeñan sus funciones a las necesidades de las empresas sin tener en cuenta las necesidades de los empleados. Con la idea de adaptar las organizaciones productivas se posibilita que los trabajadores pasen de un empleo a otro, se relajan las condiciones jurídicas de los contratos, se posibilita a las empresas a dejar de abonar parte de sus cargas fiscales y sociales o se aboga por la adaptabilidad de salario y horario. Estos procesos olvidan algo esencial, el objeto de flexibilización son los trabajadores y los trabajadores son personas con derechos, con conciencia y con opinión y son imprescindibles para cualquier organización empresarial.

⁶⁴ Pollert, A. (1994). *¿Adiós a la flexibilidad?* Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Para intentar aunar estas dos posiciones tan encontradas entre la flexibilidad extrema pretendida por empresarios y la protección integral reclamada por los trabajadores, la UE propone una estrategia que compagina seguridad y flexibilidad en el mercado de trabajo. Busca por una parte, seguridad con el mantenimiento de la renta tanto de trabajadores como parados y por otra parte, flexibilidad dentro de la organización empresarial y en las relaciones laborales⁶⁵. La llamada flexiguridad se entiende de formas diferentes ya que cada país posee su propia idea, pero en lo que parece haber consenso es en que pretende dar seguridad solo a algún tipo de flexibilidad⁶⁶ y centrarse en dar seguridad a los grupos más vulnerables del mercado laboral en los que se dan los aspectos más problemáticos de la flexibilidad. Su objetivo es “una propuesta integral y equilibrada, en la que ambas partes de la relación salgan beneficiadas”⁶⁷.

Surge así en la UE la estrategia de la flexiguridad, concepto político promovido por la socialdemocracia danesa y cuyo modelo de referencia para el mercado de trabajo es la *Ley holandesa sobre Flexibilidad y Seguridad*. Dos textos europeos clave para entender esta estrategia son por un lado, el Libro verde *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*⁶⁸ de 2006 y por otro la Comunicación *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*⁶⁹, del año siguiente.

⁶⁵ Landa Zapirain, J. P.; Servais, J.M. (2009). *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica*. Albacete: Bomarzo.

⁶⁶ Klammer, U. (2007). Flexiseguridad: perspectiva europea. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N^o Extra 1*, 117-144.

⁶⁷ De la Cal, M. J.; Bengoetxea, A. (2011).P. 60. Óp.cit.

⁶⁸ Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión de 22 de noviembre de 2006. Libro verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI. COM (2006) 708 final.

⁶⁹ Comisión Europea. (2017). Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad. COM (2007) 359 final.

Una de las reglas básicas para implementar esta estrategia es la flexibilización de las condiciones de trabajo mediante una moderna legislación del trabajo, los convenios colectivos y la organización del trabajo. Se pretende introducir flexibilidad pero reduciendo sus efectos antisociales y muy especialmente evitando la segmentación del mercado laboral. Se procura lograr mercados de trabajo más reactivos pero a la vez equitativos e inclusivos⁷⁰.

Esta estrategia no tiene un modelo único para su desarrollo sino que cada Estado puede establecer un modelo propio de flexiguridad con la elaboración de políticas y reglamentaciones concretas. Tras la firma del Tratado de Ámsterdam y la aprobación de la Estrategia Europea de Empleo en 1997 se obedece al método abierto de coordinación⁷¹, que busca el equilibrio entre la integración europea y la diversidad nacional. Se trata de converger en objetivos, resultados y enfoques políticos pero sin la obligación de utilizar los mismos programas de actuación o las mismas normas. Ahora bien, esto no quiere decir que no existan unos mínimos comunes y unos Derechos Fundamentales que todos inexcusablemente tengan que cumplir.

En la práctica la estrategia de flexiguridad ha sufrido duras críticas. Se ha optado por una flexiguridad externa centrada en la flexibilización de la entrada y la salida del mercado de trabajo y en las políticas activas y pasivas de empleo⁷². Su aplicación real ha desarrollado más la parte de flexibilidad y menos la de seguridad, lo que ha provocado mayor inestabilidad y desigualdad entre los trabajadores. El concepto resulta bastante ambiguo lo que dificulta emprender políticas consensuadas en torno al empleo. Se necesitan políticas orientadas hacia un modelo productivo más sostenible porque

⁷⁰ Rodríguez-Piñero, M. (2007). Flexiseguridad: el debate europeo en curso. *Revista Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 3-28.

⁷¹ Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001. La gobernanza europea. Un Libro Blanco. COM (2001) 428 final.

⁷² De la Cal, M. J.; Bengoetxea, A., (2011). Óp.cit.

somos ecodependientes y con más cohesión social porque somos interdependientes⁷³. Se necesita un modelo productivo en el que la fraternidad, el diálogo y el entendimiento entre los protagonistas de la economía real, las personas trabajadoras y empleadoras, sea el quehacer cotidiano.

No se puede olvidar que tanto unos como otros son ciudadanos y tienen unos Derechos Fundamentales que todos deben respetar. La limitación de la jornada es un derecho fundamental que todos los ciudadanos tienen y su flexibilización no puede aumentar hasta el punto de no respetar ese derecho fundamental con el único propósito de adaptar las empresas a la voluntad de los mercados.

1.2.14. Estrategia Europa 2020

Esta Estrategia se puso en marcha en 2010 respondiendo a la crisis producida en 2008 que en palabras de la Comisión ha “dejado a millones de personas sin empleo”, “generado una deuda que representará una carga durante muchos años” y ha “ejercido nuevas presiones sobre nuestra cohesión social”⁷⁴. Estrategia para un periodo de diez años con la intención de crear crecimiento y empleo y que pretendía establecer “las condiciones requeridas para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. Según el presidente de la Comisión Europea en ese momento, José Manuel Barroso, en el prefacio que realiza para esta Comunicación, Europa 2020, “se trata de crear más empleo y lograr una vida mejor”. Quiere configurarse como una estrategia para salir de la crisis pero sin renunciar al modelo social europeo⁷⁵.

⁷³ Torrego, A.; Prats, F.; Herrero, Y. (2016). *La gran encrucijada: sobre la crisis ecosocial y el cambio de ciclo histórico*. Madrid: Fuhem.

⁷⁴ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010. Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. COM (2010) 2020 final.

⁷⁵ Nogueira Guastavino, M. (2012) La progresiva política social de la Unión Europea. En M. Nogueira Guastavino, O. Fotinopoulou Basurko, J.M. Miranda Boto, *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (págs. 27-58). Valencia: Tirant lo Blanch.

La Comisión recoge las cuestiones laboral y social en el eje del crecimiento integrador. Se mantiene la mención al principio de flexiguridad conservando su indeterminación anterior⁷⁶. Se continúa con el método abierto de coordinación, realizando a nivel interno de cada Estado los programas concretos pudiendo realizar la UE recomendaciones posteriores para su mejora.

El Comité Económico y Social Europeo criticó esta Estrategia en su Dictamen *Propuesta de decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros*⁷⁷. Mantiene que debe garantizarse en la estrategia europea y en las Directrices la promoción de la calidad del trabajo y que el concepto de flexiguridad debería incluir la necesidad de garantizar esa calidad del trabajo. Una clara limitación del tiempo de trabajo es esencial para potenciar esa calidad.

De la misma opinión es el Parlamento, que decepcionado, reitera la necesidad de garantizar la calidad del trabajo en su Resolución de 2010 sobre la Estrategia UE 2020⁷⁸. En su apartado 15 especifica que el empleo de alta calidad debería ser una prioridad clave de la Estrategia, propone que se elabore un nuevo plan de trabajo para fomentar el trabajo digno, garantizar el respeto de los derechos de los trabajadores en toda Europa y mejorar las condiciones laborales.

La Estrategia Europa 2020 repetía las mismas ideas de periodos anteriores y seguía presentando imprecisiones e indecisiones. Uno de sus mayores defectos ha sido la “preeminencia de los aspectos económicos frente a los aspectos sociales en un contexto obvio de convulsión financiera como consecuencia de la crisis internacional y

⁷⁶ Cabeza Pereiro, J.; Ballester Pastor, M. A. (2010). *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*. Ministerio de trabajo e inmigración.

⁷⁷ Comité Económico y Social Europeo. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 27 de mayo de 2010, sobre la Propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. Ponente general: Wolfgang Greif. Publicado en el DOUE el 9 de mayo de 2013.

⁷⁸ Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de junio de 2010, sobre la Estrategia UE 2020.

sus repercusiones en Europa”⁷⁹. Le faltaba coraje y ambición para colocar en el mismo plano el crecimiento económico y el humano.

En marzo de 2016 la Comisión, como parte de su programa de trabajo, lanzó una consulta pública para perfilar un pilar europeo de derechos sociales⁸⁰. Este pilar europeo está conformado por varios ejes entre los que se encuentran las condiciones de trabajo justas. Siguiendo con el proyecto, en abril de 2017, la Comisión publicó la Comunicación sobre el Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales⁸¹ que va unida a iniciativas tanto legislativas como no legislativas que tienen relación con la conciliación, la información de los trabajadores, el acceso a la protección social y el tiempo de trabajo. Su objetivo es servir de guía para la convergencia entre los Estados miembros en materia de mejora de las condiciones laborales y de vida.

Sin embargo, es algo decepcionante que el documento de trabajo en el que se apoya⁸², en su capítulo II que habla sobre las condiciones equitativas de trabajo, vuelva a repetir sin profundizar más en la cuestión que “de conformidad con la legislación y los convenios colectivos, deberá garantizarse la flexibilidad necesaria para que los empleadores puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico” y que al mismo tiempo “deberán promoverse formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad”. Se insiste en una flexiguridad que no ha servido hasta el momento para asegurar que en la práctica todos los trabajadores de la UE vean respetados sus derechos.

⁷⁹ Cabeza Pereiro, J.; Ballester Pastor, M. A., (2010). P. 48. Óp. cit.

⁸⁰ Comisión Europea. (2016). Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión.

⁸¹ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión de 26 de abril de 2017. Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales. COM (2017) 250 final.

⁸² Comisión Europea. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 26 de abril de 2016, que acompaña al documento Comunicación de la Comisión sobre el Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales. SWD (2017) 201 final.

La propia Comunicación que establece ese Pilar europeo de derechos sociales reconoce que “en muchos casos, el problema principal no es tanto el reconocimiento de los derechos, sino más bien su aplicación efectiva”. La falta de conocimiento, aplicación o ejecución de la legislación imposibilita que los ciudadanos se valgan de sus derechos. La Comunicación interpretativa de la Directiva sobre el tiempo de trabajo⁸³ presentada el mismo día es un ejemplo de la necesidad que tienen tanto los Estados miembros como los ciudadanos de conocer los derechos, los mecanismos que garantizan su cumplimiento y las correctas interpretaciones de la legislación de la Unión Europea.

1.2.15. Una Europa sostenible de aquí a 2030

La Comisión Europea publica en 2019 el documento *Para una Europa sostenible de aquí a 2030*, en él se hace eco de la necesidad de un desarrollo sostenible que mejore “el nivel de vida de las personas” con “una economía moderna al servicio de nuestra salud y nuestro bienestar”.

Uno de los instrumentos que señala para la transición hacia la sostenibilidad es la conducta empresarial responsable y la responsabilidad social de las empresas⁸⁴. Esa transición se realizará integrando los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en su quehacer diario. En concreto el número 8 que habla de promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente. Apuesta por “reformas estructurales dirigidas a mejorar los mercados laborales” que ayuden a las personas trabajadoras entre otras cosas a obtener unas “condiciones de trabajo justas”. La UE apuesta por la “creación de empleo digno”

⁸³ Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/887CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01).

⁸⁴ Comisión Europea. Comunicación *Para una Europa sostenible de aquí a 2030*. COM (2019) 22 de 30 de enero de 2019.

fomentando “puestos de trabajo de calidad” y “la promoción de los derechos laborales y humanos”.

La UE sigue avanzando en propuestas para alcanzar el crecimiento inteligente, sostenible e integrador que se busca, pero esto no se conseguirá sin tener en cuenta los Derechos Fundamentales de los trabajadores entre los que se encuentran la limitación del tiempo de trabajo.

“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.

Debe ser ley porque es justa”.

El espíritu de las leyes. Montesquieu

Capítulo 2 .

LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Competencia de la Unión Europea en materia socio-laboral y en materia del tiempo de trabajo

Los Estados miembros de la UE han transferido de manera libre y voluntaria⁸⁵ parte de su soberanía a la Unión y es en ese momento, teniendo en cuenta el principio atributivo, cuando la Unión puede actuar. El artículo 1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) especifica que “los Estados miembros atribuyen competencia para alcanzar sus objetivos comunes” y el artículo 5.2 explica que es “en virtud del principio de atribución” que “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan” y que “toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

Por su parte en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el Título II dedicado a las disposiciones de aplicación general queda recogido en su artículo 7 que, “la Unión velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos y observando el principio de atribución de competencias”.

Por tanto la Unión solo puede actuar en las competencias que tiene atribuidas para perseguir sus objetivos y dentro del límite de dichas competencias, quedando en manos de los Estados miembros las competencias no atribuidas⁸⁶. “Mientras que la Unión puede hacer solo lo que los Tratados permiten, los Estados pueden hacer todo lo

⁸⁵ Alzaga Ruiz, I. (2009). *La Eficacia de las Directivas Comunitarias en el ámbito laboral*. Thomson-Civitas.

⁸⁶ Sarmiento D. (2018). *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

que los Tratados no prohíben”⁸⁷ aunque esto no significa que el poder de la Unión sea débil.

Además, según el artículo 4.3 del TUE los Estados miembros junto con la Unión conforme al principio de cooperación leal, se “respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados”. Por su parte los Estados miembros, “adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión” y “ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”. Aunque los Estados miembros tienen autonomía institucional y procedimental, deben mantener cierta cohesión entre ellos, es decir, la regulación interna no debe ser menos favorable a la establecida por la UE. También deben mantener la efectividad, es decir, tampoco pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos a nivel de la UE.

La capacidad de acción de la UE se puede establecer, por tanto, que deriva de lo cedido por los Estados, viene recogido en los Tratados y tiene la intención de obtener unos determinados objetivos comunes.

Tanto el ordenamiento nacional como el comunitario coexisten y tienen los mismos destinatarios. Son ordenamientos jurídicos autónomos con un sistema de producción normativa propio, sin embargo el derecho comunitario tiene una fuerza particular que hace que se encaje dentro del ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados miembros. Fue el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

⁸⁷ Campos, P.B. (2004) Derechos frente a la Unión, derechos frente a los Estados Miembros: el artículo 51 de la Carta. En N. F. Sola, *Unión europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional* (págs. 235-256) .P. 236. Zaragoza: Dykinson.

(TJCE) quien consideró en su sentencia Van Gend en Loos⁸⁸ “que las normas y actos de la UE son un verdadero ordenamiento jurídico al no limitarse a crear obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes”. El derecho comunitario es autónomo respecto del derecho interno de los Estados miembros pero también respecto del Derecho Internacional⁸⁹.

La introducción del Derecho comunitario en el ordenamiento nacional tiene como características su efecto directo y su primacía sobre el derecho interno de los Estados miembros. En este sentido el artículo 288 del TFUE⁹⁰ especifica que reglamentos, directivas y decisiones son actos jurídicos vinculantes aunque en grados distintos, mientras que las recomendaciones y los dictámenes no lo son.

Las normas comunitarias forman parte del ordenamiento interno de los Estados miembros una vez que son publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas⁹¹ pero la coexistencia de los dos ordenamientos, interno y comunitario, presenta complicaciones. Los Tratados Constitutivos no ofrecen una solución clara y ha sido el TJUE con su trabajo quien ha conformado el principio de primacía que implica que la norma comunitaria se aplica con preferencia al Derecho nacional⁹².

Su eficacia directa irradia sus efectos a todos los Estados miembros de forma uniforme. La sentencia Van Gend en Loos, recuerda que “los Estados han reconocido al

⁸⁸ TJCE. Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, (C-26/62).

⁸⁹ Ruiz-Jarabo Colomer, D. (1993). *El Juez nacional como Juez Comunitario*. Madrid: Civitas.

⁹⁰ TFUE. Artículo 288. “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.

⁹¹ TJCE. Sentencia de 13 de febrero de 1969, Walt Wilhelm, (C-14/68).

⁹² Biurrún Abad, F.; Meléndez Morillo-Velarde, L; Pérez Campos, A (2002). *Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario*. Cizur Menor: Aranzadi.

Derecho Comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus ciudadanos ante sus órganos jurisdiccionales”.

La primacía del derecho comunitario, su carácter absoluto, queda reconocida en la sentencia Costa/ENEL⁹³. La norma europea se aplica de forma preferente cuando se da un conflicto entre el ordenamiento comunitario y el nacional. Aunque siguen produciéndose fricciones entre tribunales constitucionales de Estados miembros por limitar este principio de primacía no es el debate que aquí se pretende. Sin embargo, hay que recordar que el derecho comunitario no tiene rango constitucional, la sentencia Comisión c. Bélgica⁹⁴, en su apartado 19, aclara que la primacía del derecho comunitario se establece como “regla fundamental para la existencia de la Comunidad y su integración”. Es de presuponer que las cautelas actuales para su aplicación vayan desapareciendo conforme la Unión vaya evolucionando y alcanzando un mayor grado de cohesión.

Es en el art. 2 del TFUE⁹⁵ donde se determina la clasificación de las competencias de la Unión. Este artículo refleja un escenario de tensión entre los Estados

⁹³ TJCE. Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, (C-6/64).

⁹⁴ TJCE. Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión c. Bélgica, (C-149/79).

⁹⁵ TFUE. Artículo 2. 1. “Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión. 2. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya. 3. Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia. 4. La Unión dispondrá de competencia, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea, para definir y aplicar una política exterior y de seguridad común, incluida la definición progresiva de una política común de defensa. 5. En determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos. Los actos jurídicamente vinculantes de la Unión adoptados en virtud de las disposiciones de los Tratados relativas a esos ámbitos no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y

y la Unión, entre dos ideas: defender la unión para avanzar ya que la integración europea no es un juego de suma cero o defender a toda costa lo propio, en una rápida simplificación⁹⁶.

Las competencias establecidas se clasifican en exclusivas, compartidas y complementarias. Este mismo artículo en su párrafo segundo establece la definición de competencias compartidas. Según ella, tanto la Unión como los Estados miembros tienen capacidad de legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en este tipo de competencias. Esta capacidad viene determinada por el denominado principio de la *preemption*, según el cual los Estados están habilitados para ejercer competencias compartidas mientras la Comunidad no ejerza la suya⁹⁷.

Las competencias sociales son de este tipo, por tanto, los Estados al igual que la Unión pueden legislar en estas materias. Si la Unión no legisla en las materias en las que tiene posibilidad de hacerlo, los Estados podrán ejercer esa competencia.

Mediante la acción legislativa que realiza la Unión, se pretende dotar de cierta coherencia a las legislaciones de los Estados miembros para suprimir diferencias entre ellas, aunque reconociendo sus peculiaridades propias o más protectoras que no incumplan la norma común⁹⁸. El principio de atribución posibilita muchos ámbitos de actuación en los que legislar para poder ir construyendo una Europa más cohesionada si hay voluntad política para ello.

reglamentarias de los Estados miembros. 6. El alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito".

⁹⁶ Miranda Boto, J. M. (2009). *Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*. Cizur Menor: Aranzadi.

⁹⁷ Nanclares, J. M. (2002) La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 343-391.

⁹⁸ Miranda Boto, J. M. (2012). El ordenamiento jurídico social de la Unión Europea. En M. Nogueira Guastavino, O. Fotinopoulou Basurko; J. Miranda Boto Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea (págs. 59-81). Valencia: Tirant lo Blanch.

2.1.1. Competencia de la Unión Europea en materia socio-laboral

Una parte de esas acciones que ejerce la Unión dentro del ámbito social se concretan en el terreno laboral. Así el Parlamento y el Consejo pueden aprobar directivas siguiendo el procedimiento legislativo ordinario en materias como la mejora del entorno de trabajo o las condiciones de trabajo. Así mismo, puede legislar para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores o sobre la información y la consulta a los trabajadores. También puede hacerlo con la intención de conseguir la integración de las personas excluidas del mercado laboral o para lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo.

Hay que recordar que también en el ámbito laboral, teniendo en cuenta el artículo 151 del TFUE⁹⁹, tanto la Unión como los Estados miembros tienen que tener presentes los derechos sociales fundamentales así como los propuestos en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

Al tener la competencia compartida estos derechos se garantizarán por los Estados miembros por vía de legislación o de convenios colectivos pero también por parte de la Comisión que propondrá iniciativas según lo previsto en los Tratados,

⁹⁹ TFUE. Artículo 151. *“La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”.*

mediante las que se puede aprobar los instrumentos jurídicos necesarios para aplicar de forma efectiva los derechos que estén en sus manos debido a su competencia en la materia.

El artículo 153 del TFUE recoge los ámbitos en los que la Unión apoya y complementa la actuación de los Estados miembros para la consecución de los objetivos establecidos en su artículo 151, siendo uno de ellos las condiciones de trabajo. También el artículo 156 del mismo Tratado establece que “la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social” especificando que uno de ellos es también las condiciones de trabajo.

La actuación comunitaria sobre el ámbito de las condiciones de trabajo además de ser compartida con los Estados, tiene que seguir, como no puede ser de otra manera, los principios establecidos en el artículo 5 del TUE de subsidiariedad y de proporcionalidad¹⁰⁰.

El tema de la subsidiariedad merece una especial atención en este ámbito. Fue el Reino Unido quien en 1996 interpuso un recurso de anulación, C-84/94¹⁰¹, alegando una infracción del principio de subsidiariedad en la Directiva 93/104 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, primera Directiva que trata la limitación del tiempo de trabajo. Tras el claro posicionamiento del TJCE no se han interpuesto más recursos de anulación alegando esta causa. El asunto C-84/94, además de un valor jurídico por el estudio que hace de la subsidiariedad, también tiene un valor

¹⁰⁰ TUE. Artículo 5.1. “La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

¹⁰¹ TJUE. Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea, C-84/94.

simbólico. El Tribunal no veía con buenos ojos la actitud del Reino Unido en materia social y tomó probablemente una actitud “activista” para hacérselo saber.

En las conclusiones del Abogado General Léger¹⁰², en el punto 129, apuntaba que la Comunidad podrá legislar para adoptar disposiciones mínimas para contribuir a “la armonización, dentro del progreso de las condiciones existentes en ese ámbito”. La necesidad de una acción comunitaria rechaza por tanto la alegación basada en el quebrantamiento del principio de subsidiariedad. Por otra parte la disposición tiene que presentar un carácter de mínimos para que los Estados miembros queden libres para adoptar normas más protectoras si lo desean. El único artículo anulado fue el que hacía referencia al domingo como día de preferencia para establecer el descanso semanal. La razón de esta nulidad fue la imposibilidad de relacionar el carácter dominical del descanso semanal con la salud y la seguridad en el trabajo por lo que se considera que cualquier otro día puede ser idóneo para el descanso¹⁰³.

Es interesante señalar también que se puede entender que la subsidiariedad afecta no solo a los Estados miembros sino también a los Estados federados, regiones y otros entes integrados en los Estados miembro¹⁰⁴. Este hecho es importante ya que las actuaciones concretas en el campo del empleo y sus condiciones podrían llevarlas a cabo los agentes regionales y locales.

¹⁰² TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger de 12 de marzo de 1996 en el asunto C-84/94.

¹⁰³ López Ahumada, J. (2004). *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*. Madrid: Consejo Económico y Social.

¹⁰⁴ Miranda Boto, J.M. (2003). El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 47, 111-138.

2.1.2. Competencia de la Unión Europea en materia del tiempo de trabajo

Centrándonos en el tiempo de trabajo, uno de los medios más influyentes para la determinación de las condiciones de trabajo, la lectura literal de los artículos 151¹⁰⁵ y 153¹⁰⁶ del TFUE no conceden a la Unión competencias expresas en esta materia. Sin embargo, el artículo 151 remite a la Unión y a los Estados miembros a tener “presentes derechos fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea” y “en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores” para, entre otras cosas, fomentar el empleo y mejorar las condiciones de vida y de trabajo. Por su parte, el artículo 153.1 en sus apartados a y b alude de forma implícita a la jornada cuando habla de la mejora del entorno de trabajo para proteger la salud y seguridad de los trabajadores y la mejora de las condiciones de trabajo.

Regular el tiempo de trabajo como instrumento para la protección de la salud de los trabajadores tuvo como consecuencia la redacción de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que es la Directiva marco que establece los principios generales en materia de seguridad y de salud de los trabajadores. Dichos principios fueron desarrollados posteriormente por una serie de

¹⁰⁵ TFUE. Artículo 151. Citado.

¹⁰⁶ TFUE. Artículo 153.1. *“Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; e) la información y la consulta a los trabajadores; C 326/114 ES Diario Oficial de la Unión Europea 26.10.2012 f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166; i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)”*.

directivas específicas, entre las que figura la Directiva 93/104 en la que se tratan solo algunos aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

El concepto de salud y seguridad de los trabajadores se consideró de forma expansiva teniendo en cuenta el propuesto por la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁰⁷ que entendía salud y seguridad como un completo bienestar del trabajador, es decir tanto físico y mental como social.

Sin embargo, hay que tener presente que en el artículo 153.2 del TFUE¹⁰⁸ también se recoge que “tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”. Se da así la misma importancia a la necesidad de protección de la salud de los trabajadores con la necesidad de no obstaculizar la competitividad y prosperidad de las empresas.

No obstante, no es menos cierto que tras la firma del Tratado de Maastricht, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH) cobra fuerza

¹⁰⁷ OMS. (1946). Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Este texto constitutivo establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

¹⁰⁸ TFUE. Artículo 153.2. “A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo: a) podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros; b) podrán adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. El Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. En los ámbitos mencionados en las letras c), d), f) y g) del apartado 1, el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités. El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable a las letras d), f) y g) del apartado 1”.

normativa a nivel comunitario. Así queda recogido en el art. 6.2 del TUE¹⁰⁹. Es por ello que la Unión debe cumplir los derechos y libertades definidos en el título I del CEDH, donde se incluyen algunos muy interesantes como el recogido en el art. 8.1¹¹⁰. Este artículo habla en concreto del “respeto a su vida privada y familiar”, que puede quedar quebrantado si el empresario tiene la facultad de gestionar la jornada de forma unilateral.

Hay que tener presente que el art. 153.1 b¹¹¹ del TFUE relativo al apoyo que debe dar la Unión a los Estados en materia de condiciones de trabajo, no se ha plasmado en una Directiva concreta sobre esta materia y que la regulación del tiempo de trabajo sería solo una parte de esas condiciones de trabajo. Otro artículo que se utiliza para justificar la necesidad de la regulación de la jornada de trabajo es el art. 145 del TFUE¹¹². En él se establece que tanto los Estados como la Unión se esforzarán por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo y la regulación de la jornada. Se pone de manifiesto la apuesta que hace la Unión por una coordinación de políticas más que por una legislación común para todos que a los Estados les cuesta cumplir.

También es interesante reseñar que el artículo 154 del TFUE¹¹³ insta a la Comisión a “fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel de la Unión y

¹⁰⁹ TUE. Artículo. 6.2. *“La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”.*

¹¹⁰ CEDH. Artículo 8.1. *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.*

¹¹¹ TFUE. Artículo 153.1 b. Citado.

¹¹² TFUE. Artículo 145. *“Los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea”.*

¹¹³ TFUE. Artículo 154.1. *“La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel de la Unión y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado. 2. A tal efecto, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción de la Unión. 3. Si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción de la Unión, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta”.*

adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo” y que en el artículo 155¹¹⁴ del mismo Tratado se establece que el diálogo entre interlocutores sociales podría conducir al establecimiento de acuerdos potenciando así las fórmulas de participación y concertación social sustituyendo en parte la acción directa del legislador comunitario. Esta participación ha posibilitado la aprobación de directivas importantes como la Directiva 1999/63 sobre ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar¹¹⁵ o la Directiva 2000/79 sobre el tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil¹¹⁶. Sin embargo este diálogo no ha fructificado a la hora de revisar la actual Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en la que se intenta limitar el tiempo de trabajo para los trabajadores europeos.

2.2. El derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo en la normativa de la Unión Europea

2.2.1. Antecedentes

El derecho a unas condiciones laborales justas y equitativas se ha protegido en numerosos textos internacionales y europeos. En el ámbito internacional, aparece tanto

contemplada. Los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación. 4. Con ocasión de las consultas contempladas en los apartados 2 y 3, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 155. La duración de dicho proceso no podrá exceder de nueve meses, salvo si los interlocutores sociales afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión”.

¹¹⁴ TFUE. Artículo 155.1. “El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos. 2. La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel de la Unión se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al artículo 153, y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Se informará al Parlamento Europeo. El Consejo decidirá por unanimidad cuando el acuerdo en cuestión contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos para los que se requiera la unanimidad en virtud del apartado 2 del artículo 153”.

¹¹⁵ Consejo. Directiva 1999/63/CE, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST).

¹¹⁶ Consejo. Directiva 2000/79/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA).

en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 23¹¹⁷ y 24¹¹⁸ como en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7 apartado d¹¹⁹. También se encuentra reconocido en diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en distintas materias, desde la abolición del trabajo forzoso hasta la precisa regulación del trabajo nocturno. Siendo muy representativo que el Convenio nº1 se refiera en concreto a las horas de trabajo¹²⁰.

En el ámbito europeo, el derecho a la limitación del tiempo de trabajo como derecho fundamental en las condiciones de trabajo ya se venía reconociendo en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. Su ausencia de fuerza jurídica y la inexistencia de garantías de su aplicación, no deben sin embargo, ocultar las cuestiones políticas y jurídicas que plantea¹²¹. En sus artículos del siete al nueve que recogen la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Siguiendo

¹¹⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 23. 1. *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”*.

¹¹⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 24. *“Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”*.

¹¹⁹ Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 7. *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”*.

¹²⁰ El Convenio nº1 habla sobre las horas de trabajo en la industria y data de 1919.

¹²¹ Pérez de los Cobos Orihuel, F. (1994). El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea. Madrid: Civitas.

el artículo 117 del Tratado CEE¹²², la Carta Comunitaria establece en el párrafo primero de su apartado 7¹²³, el deber del mercado interior de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores; en su apartado 8¹²⁴, el derecho al descanso semanal y las vacaciones anuales pagadas y en el párrafo primero de su apartado 19¹²⁵, el derecho a disfrutar de condiciones de protección de su salud y de su seguridad en el trabajo.

También la Carta Social Europea de 1996, que moderniza y actualiza el Derecho social europeo¹²⁶, defiende estos derechos. En su Parte I los firmantes aceptan como objetivo de sus políticas la implantación de mecanismos para hacer realidad los derechos y principios que en ella se especifican y entre ellos se establece que “todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas”, “a la seguridad y a la higiene en el trabajo” y “derecho a la dignidad en el trabajo”. Cuando se accede a su articulado en su Parte II, su artículo 2¹²⁷, que se dedica al derecho de los trabajadores, se

¹²² Tratado CEE. Artículo 117. “Los Estados miembros establecen la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos permitiendo su igualación por medio del progreso”.

¹²³ Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Apartado 7. “La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada”.

¹²⁴ Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Apartado 8. “Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho al descanso semanal y a unas vacaciones anuales pagadas, cuya duración, en uno y otro caso, deberá aproximarse por la vía del progreso, de conformidad con las prácticas nacionales”.

¹²⁵ Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Apartado 19. “Todo trabajador debe disfrutar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización en el progreso de las condiciones existentes en este campo”.

¹²⁶ Costa, J. P. (2000). La Carta Social Europea revisada. En S. Muñoz Machado, J.L.García Delgado, L. González Seara, *Las Estructuras del bienestar en Europa* (págs. 435-448). Madrid: Civitas.

¹²⁷ Carta Social Europea. Artículo 2. “Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, las Partes se comprometen: 1. a fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes; 2. a establecer días festivos pagados; 3. a conceder vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo; 4. a eliminar los riesgos inherentes a las ocupaciones peligrosas o insalubres y, en los casos en que no haya sido posible eliminar o reducir suficientemente esos riesgos, a asegurar a los trabajadores empleados en dichas ocupaciones, bien una reducción de las horas de trabajo, o bien días de descanso pagados suplementarios; 5. a garantizar un reposo semanal que coincida en lo posible con

habla de unas condiciones de trabajo equitativas, indicando la necesidad de una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo y la intención de ir reduciendo la semana laboral en la medida en que sea posible. También hace referencia a la necesidad de reconocer vacaciones, días festivos pagados o reposo semanal.

Estos derechos han experimentado un impulso excepcional cuando la Carta de los Derechos Fundamentales se ha convertido en un texto vinculante dentro de la normativa de la UE.

2.2.2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta refleja el conjunto normativo de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales. Muestra “los Derechos para dotar de alma al cuerpo político que es la Unión Europea”¹²⁸. Es un sistema que concede a la protección de los DDFD una estructura y una lógica interna¹²⁹. Cómo se aplica, su eficacia frente a terceros y su importancia en la relación laboral son materias relevantes para poder comprender su necesaria obediencia cuando se habla de la organización del tiempo de trabajo.

2.2.2. a. Naturaleza jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales

La aplicación de la Carta supone un paso imprescindible en el camino de la Europa Social. Da sentido jurídico-político a la tan proclamada ciudadanía europea, situando a los ciudadanos y a sus derechos en el centro de la construcción de Europa.

el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región; 6. a asegurar que se informe por escrito a los trabajadores lo antes posible, y sin que hayan transcurrido en ningún caso más de dos meses desde el inicio del empleo, de los aspectos esenciales del contrato o de la relación de trabajo; 7. a asegurar que los trabajadores que realicen un trabajo nocturno se beneficien de medidas que tengan en cuenta la naturaleza especial de ese trabajo”.

¹²⁸ Rodríguez Bereijo, Á. (2004). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los Derechos Humanos. En N. F. Sola, *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional* (págs.11-36). P.16. Zaragoza: Dykinson

¹²⁹ Cruz Villalón, P. (2017). La incidencia de la Carta (CDFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales y la ineficacia horizontal de las Directivas: de Küçükdeveci a Dansk Industri. *AFDUM* nº21 pp.101-120.

Si bien la Carta en su origen puede pensarse que tiene un carácter declaratorio ha gozado siempre de gran trascendencia, la importancia de los Derechos contemplados en ella ya era reconocida con anterioridad a su incorporación al ordenamiento jurídico de la Unión en 2009 al entrar en vigor el Tratado de Lisboa. Es en este momento cuando adquiere rango de Derecho primario en el ordenamiento jurídico de la Unión, atendiendo al artículo 6 del TUE¹³⁰, pero con anterioridad el TJUE ya atribuía a la Carta una importancia muy significativa¹³¹.

La aplicabilidad de la Carta, en el caso que nos ocupa de la limitación del tiempo de trabajo, queda examinada de forma detallada en las Conclusiones de la Abogada General Verica Trstenjak en el asunto Domínguez¹³². En ellas la Abogada razona que “los actos jurídicos adoptados por las instituciones de la Unión en materia de ordenación del tiempo de trabajo, debido al carácter vinculante de los derechos fundamentales que establece el artículo 51¹³³, apartado 1, de la Carta, deberán examinarse, en adelante, atendiendo a dicha disposición”. Del mismo modo quedan vinculados a partir de ese momento los Estados miembros cuando apliquen el Derecho

¹³⁰ TUE. Artículo 6.1. “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

¹³¹ A modo de ejemplo apuntamos aquí los ejemplos que el Abogado General Pedro Cruz Villalón aporta en las conclusiones al asunto AMS cuando cita los asuntos Walrave y Koch, (C-36/74); Donà, (C-13/79); Bosman, (C-415/93); Deliège, (C-51/96) y (C-191/97); Angonese, (C-281/98); Wouters y otros, (C-309/99) o la denominada “Viking line”, (C-438/05). Todas ellas relacionadas con la libre circulación. También destaca la sentencia Defrenne, (C-149/77), vinculada a la no discriminación por razón de sexo o las sentencias a los asuntos Defrenne II, (C-43/75); Krüger, (C-281/97) o Susanne Lewen, (C-333/97) en relación al derecho de igualdad de retribución entre las personas trabajadoras para un mismo trabajo. También la Abogada General Verica Trstenjak, en el asunto Domínguez aporta ejemplos. Apunta los asuntos Parlamento/Consejo, (C-540/03); Unibet, (C-432/05); Promusicae, (C-275/06); Al Barakaat International Foundation, (C-402/05) y (C-415/05); Eifert/Land Hessen, (C-92/09) y (C-93/09) y añade además que el TEDH hizo referencia a la Carta en sus sentencias Goodwin/Reino Unido (asunto 28957/95) y Bosphorus/Irlanda (asunto 45036/98) anteriores a 2009.

¹³² TJUE. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak, de 8 de septiembre de 2011, (C-282/10).

¹³³ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Artículo 51. Ámbito de aplicación. 1. “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”.

de la Unión. Incluso algunos autores van más allá y proponen que en aquellos supuestos en los que el Tribunal de Justicia reconoce a los derechos sociales un efecto directo, este “vincula no solo a los poderes públicos sino también a las empresas y a los empleadores”¹³⁴.

Con la entrada en vigor de la Carta, su carácter vinculante se hace indiscutible por lo que es importante interpretar las normas de manera que no entren en contradicción con los valores de la Carta ya que pueden, como dice en las Conclusiones la Abogada General Verica Trstenjak, “considerarse reflejo del sistema europeo de valores”. Ya en el Preámbulo de la Carta queda claro que la Unión reconoce “los derechos, libertades y principios” en ella expresados.

La división entre principios y derechos no sorprende, pues se recoge en las constituciones francesa, española, irlandesa, austriaca y polaca. Lo que sí extraña es que ni en la Carta ni en sus explicaciones se precisa esta división. La Carta no separa en dos grupos diferenciados derechos y principios, por lo que la categoría general de DDFD “debe ser predicable en relación con todos sus contenidos”¹³⁵.

Ahora bien, lo que sí hace la Carta es establecer una diferenciación en su funcionamiento y todas las precisiones de la Carta con respecto a los principios tienden a demostrar su inferioridad en relación a los derechos¹³⁶. Según la Carta, los principios serán “observados” mientras que los derechos serán “respetados”. Este hecho es

¹³⁴ Ordoñez Solís, D. (2006). *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*. Granada: Comares. P. 140.

¹³⁵ TJUE. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, presentadas el 18 de julio de 2013, *Association de Médiation Social*, C-176/12. Apdo. 44. En ellas se estudia el artículo 27 de la Carta, el derecho a la información y consulta de los trabajadores en el seno de la empresa, que está recogido también en la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

¹³⁶ Blatière, L. (2018). L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux. *Perspectives d'avenir. RAE/LEA*. 93-113.

importante ya que aun siendo tanto unos como otros DDF, los derechos generan derechos subjetivos directos mientras que los principios no los generan, sino que precisan de una concreción por los destinatarios en el marco de sus competencias.

Según el Abogado General Pedro Cruz Villalón, en las Conclusiones al asunto AMS¹³⁷, de lo dicho en Carta se puede deducir que los “principios” contienen mandatos a los poderes públicos, mientras que los derechos protegen “una situación jurídica individual inmediatamente definida” aunque se concreten en niveles inferiores del ordenamiento. Los derechos se diferencian de los principios en que estos últimos precisan necesariamente medidas legales, organizativas y prácticas por parte de la Unión y los Estados miembros, que como dice el artículo 51.1 “promoverán su aplicación”.

Según la Abogada General Trstenjak “estas distintas redacciones dejan patente una intensidad escalonada de la protección en función del bien jurídico protegido” y el derecho a la limitación del tiempo de trabajo se encuentra en lo alto de la pirámide normativa.

Para la Abogada Trstenjak, el derecho reconocido en el artículo 31.2 de la Carta que establece que “todo trabajador tiene *derecho* a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas” puede considerarse como excluido de su pertenencia a los “principios” mencionados en el artículo 51.1 de la Carta. Esta diferencia es significativa porque se ha intentado desnaturalizar y rebajar a la categoría de principio lo que es un derecho que se puede invocar de forma directa.

¹³⁷ TJUE. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 18 de julio de 2013, Association de Médiation Social, C-176/12. Citado.

El objetivo de la Directiva 2003/8/CE de proteger el derecho del empleado a una limitación del tiempo de trabajo, conecta con el artículo 31 de la Carta que está relacionado a su vez con la dignidad. Esta relación se pone de manifiesto en las sentencias Bauer y BroBonn¹³⁸, que hablando del derecho de vacaciones recogido en el artículo 31.2, clarifican la aplicación directa horizontal de los DDFE incluidos dentro del “fastidioso” capítulo de solidaridad en tanto derivados también de la dignidad humana¹³⁹. Se establece así una relación entre el capítulo IV de la Carta dedicado a la solidaridad y el capítulo I de la misma dedicado a la dignidad, cuestión esta que subraya que el artículo 31 es un derecho y no un principio¹⁴⁰.

También cuando habla del primer apartado del artículo 31 de la Carta, la Abogada General Trstenjak, piensa que aunque tiene una formulación relativamente abstracta, al igual que el apartado 2, el derecho a trabajar en condiciones que respeten la salud del trabajador, su seguridad y su dignidad no pueden calificarse como principios en el sentido del artículo 51 sino como derechos. La redacción genérica de las normas sobre los Derechos Fundamentales no puede llevarnos a pensar en su vacuidad sino en el deseo del legislador de dar respuesta a las transformaciones políticas y sociales. Concluyendo que el artículo 31 de la Carta también “establece un derecho subjetivo”.

La abstracción que presentan los DDFE no impide que se tenga la obligación de hacerlos respetar, como dice Platón de manera trágica en el diálogo Critón, el deber del ciudadano por mucho que cueste es la obediencia a las leyes.

¹³⁸ TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018. Bauer y BroBonn, asuntos acumulados (C-569/16) y (C-570/16).

¹³⁹ Nogueira Guastavino, M. (2019). La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº64, 929-961.

¹⁴⁰ TJUE. Sentencia de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank, C-55/18.

2.2.2. b. Eficacia frente a terceros de los Derechos Fundamentales

Cuando se plantea la eficacia frente a terceros lo que se quiere exponer es la eficacia vertical¹⁴¹, la eficacia en las relaciones del individuo con los poderes públicos pero también si es posible la eficacia horizontal de los DDFE frente a particulares. Se ha podido constatar que la protección de los DDFE se ha ido ampliando paulatinamente del plano de las relaciones Estado-individuo a las relaciones grupos privados-individuo¹⁴².

Si bien la eficacia vertical no se cuestiona, la eficacia de los DDFE *inter privatos* es muy discutida y la doctrina está dividida a este respecto.

En Europa la polémica sobre este tema nace cuando Hans Carl Nipperdey formula la doctrina de la “Drittwirkung der Grundrechte”¹⁴³, en la que defiende la eficacia inmediata frente a terceros y habla de un cambio de significado de los DDFE.

Uno de los mayores críticos de la tesis de Nipperdey ha sido H. Ehmke, según el cual, la eficacia inmediata acabaría por transformar los DDFE en obligaciones de los ciudadanos y se podría llegar a suprimir la autonomía privada introduciendo baremos falsos en el Derecho civil. Los civilistas, es decir los que defienden el derecho civil como criterio de remisión exclusivo y excluyente, niegan la eficacia inmediata de los DDFE porque el principio de autonomía privada sufriría una devaluación importante. El

¹⁴¹ Bastida Feijedo, F. J.; Villaverde Menéndez, I.; Requejo Rodríguez, P.; Presno Linera, M. A.; Aláez Corral, B.; Fernández Sarasola, I. (2004). Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Tecnos.

¹⁴² Bilbao Ubillos, J. M. (1997). *La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales CEPC.

¹⁴³ Nipperdey, prestigioso especialista en Derecho civil y laboral y presidente del Tribunal Laboral alemán entre 1954 y 1963, defiende la tesis Die Würde des Menschen, en un trabajo publicado en “Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte” obra colectiva dirigida por F.L. Neumann, H.C. Nipperdey y V. Scheuner en 1954 en Berlín por Duncker & Humblot. Citado por Poyal, Costa. A. (1991). La eficacia de los Derechos Humanos frente a terceros. *Revista de Derecho Político*. 189-221.

denominador común de estas ideas que rebaten la *Drittwirkung* de los DDFE es el riesgo que supone esta doctrina para la libertad contractual y la seguridad jurídica. Asimismo todos ellos ponen énfasis en el concepto de libertad que recorre el Derecho civil. El equilibrio que proporciona en la defensa de las libertades individuales quedaría descompensado con la utilización de los DDFE para defenderlas. Se producirían colisiones entre el Derecho Civil y los Derechos Fundamentales y conduciría al final a una inflación protectora.

Estos autores rehúsan aceptar la importancia de los DDFE en la esfera del Derecho privado y eliminan o suprimen cualquier camino para otorgarles influencia en las relaciones en las que no medie un poder público. La *Drittwirkung* parece un troyano que puede infectar el sistema construido en base a la autonomía privada y la firme separación entre Estado y sociedad civil. Equipararía a los individuos con los Estados y se pondría fin a la distinción entre los ámbitos público y privado implicando el fin de las libertades individuales.

La tendencia expansiva de los DDFE es descalificada categóricamente por E. Forsthoff¹⁴⁴ ya que para él estas tendencias expansivas solo crean inseguridad. Los DDFE establecen el límite al poder del Estado y no hace falta abandonar esta idea para que puedan cumplir su función social. Para C. Rogel Vide¹⁴⁵ es inútil dar más peso a los DDFE ya que los mismos resultados pueden alcanzarse con los instrumentos tradicionales del Derecho civil. A la posible polivalencia de los DDFE también se opone de forma tajante el suizo J. F. Aubert¹⁴⁶. Para G. Amato, jurista y ministro italiano, simplemente no se pueden plantear los DDFE fuera del Derecho estatal y piensa que

¹⁴⁴ Forsthoff, E. (2013). *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

¹⁴⁵ Rogel Vide, C. (1985). *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Bolonia: Real Colegio de España.

¹⁴⁶ Aubert, J.F. (1967). *Traité de Droit constitutionnel suisse*, tomo II. Neuchatel.

entre las libertades del individuo está la posibilidad de no ejercer los derechos que tiene garantizados.

J. Alfaro piensa que en cualquier caso “la vigencia social de los DDFF debe ser producto de la mediación estatal”¹⁴⁷. Los individuos son protegidos por la actuación de los poderes públicos que tienen la obligación de defender los DDFF. Defensor de esta corriente de pensamiento es también Rubio Llorente¹⁴⁸, quien es partidario de concebir estos derechos de forma restrictiva vinculando inmediatamente solo a los poderes públicos, aunque mediatamente a través de la ley también a los particulares.

La consideración de la eficacia horizontal indirecta traería un beneficio notable¹⁴⁹, produciría unos efectos moderados, volviéndola así aceptable para todas las entidades concernidas. Es la solución más simple para permitir a la Carta producir su efecto horizontal. Así, serían las normas nacionales o las de la Unión las que se aplicasen al fondo de un litigio *inter privatos* sin producirse ninguna contrariedad con la Carta.

A. Favre reconoce que la coherencia en el ordenamiento jurídico necesita la existencia de una correlación entre los DDFF y las normas que protegen al individuo en el marco de las relaciones jurídico-privadas. Pero una vez fijada esa concordancia para este autor, el Derecho civil es el que debe proteger los derechos individuales. Por su parte Scheuner apunta el argumento más repetido en contra de la “Drittwirkung”, la

¹⁴⁷ Alfaro, J. (1993). Autonomía privada y derechos fundamentales. En Anuario de Derecho *civil* Vol. 46, nº1 (págs. 57-122). Ministerio de Justicia. P. 121.

¹⁴⁸ Rubio Llorente, F. (1995). El recurso de amparo constitucional. En AA.VV. *La jurisdicción constitucional en España. La ley del tribunal Constitucional. 1979-1994*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

¹⁴⁹ Blatière, L. (2018). Óp. cit.

necesidad de preservar la libertad de decisión y la autonomía de los individuos en sus relaciones con otros sujetos privados¹⁵⁰.

Entre los que defienden la teoría de la eficacia indirecta de los DDFF frente a terceros la Abogada General Trstenjak¹⁵¹ destaca a los profesores Hans D. Jarass, Walter Frenz, Armin Hatje o Thorsten Kingreen¹⁵² quien piensa que aunque algunos DDFF de la Carta se podrían interpretar como eficaces frente a terceros, según su artículo 51.1 vinculan solamente a la Unión y a los Estados miembros.

De la misma opinión es Karl Riesenhuber¹⁵³ para el que los DDFF de la Carta se vinculan indirectamente a los particulares mediante la obligación de protección que tiene el legislador. Piensan igual también Juliane Kokott y Christoph Sobotta¹⁵⁴ para los que el artículo 51, en el que se establece el ámbito de aplicación de la Carta, se opone a la eficacia directa de los DDFF entre particulares.

La propia Abogada General Trstenjak¹⁵⁵ niega la eficacia directa, empleando tres razones. La primera, la omisión en el artículo 51.1 de los particulares a los que no se mencionan. Destaca “una deliberada restricción del círculo de los destinatarios”. La segunda razón que esgrime es que los particulares no pueden cumplir la reserva legal establecida en el artículo 52.1 cuando dice que “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la

¹⁵⁰ Bilbao Ubillos, J. M. (1997). Óp. cit.

¹⁵¹ TJUE. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak. Citado.

¹⁵² Jarass H. D. (2010). *Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar*. Munich: C.H. Beck.; Frenz, W. (2009). *Handbuch Europarecht*, vol. 4 (Europäische Grundrechte). Springer.; Hatje, A. (2009). *EU-Kommentar*. Baden-Baden: Nomos.; Kingreen, T. (2007) *EUV/EGV – Komentar*. Munich. Citado por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en las Conclusiones de 8 de septiembre de 2011, (C-282/10).

¹⁵³ Riesenhuber, K. (2009). *Europäisches Arbeitsrecht*. Hamburgo. Citado por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en la Conclusiones de 8 de septiembre de 2011, (C-282/10).

¹⁵⁴ Kokott, J.; Sobotta, Ch. (2010). *The Charter of fundamental rights of the European Union after Lisbon. EUI Working Papers (2010/6) – Academy of European Law*, p. 14. Citado por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en la Conclusiones de 8 de septiembre de 2011, (C-282/10).

¹⁵⁵ TJUE. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak. Apartado 80 y siguientes.

ley”, exigencia que solo puede dirigirse a la Unión y a los Estados. Y por último, la Abogada General razona que la tutela de los DDFD en las relaciones *inter privados* no pasa necesariamente por una vinculación directa, bastando con que estos puedan invocar el compromiso de defensa por parte de los poderes públicos, en este caso la Unión o los Estados miembros.

Sin embargo, la Abogada General plantea en las mismas conclusiones que “no se puede descartar en principio la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales, en forma de principios generales del Derecho, en las relaciones entre particulares”¹⁵⁶. Surge aquí una cuestión que solo se va a apuntar pues se aleja de nuestro propósito. Esto es, la posibilidad de la aplicación directa de un derecho fundamental dependiendo de si es visto como parte de la Carta o como principio general del Derecho de la Unión. En mi opinión resulta difícil precisar con criterios claros y objetivos cuando un derecho subjetivo puede o no considerarse principio general del Derecho de la Unión y poder así invocarse de forma automática y directa. En todo caso, es este un tema controvertido que se deja aquí someramente anotado.

Las dificultades para aplicar de forma directa los DDFD son importantes¹⁵⁷. Los jueces están más dispuestos a usar prioritariamente el derecho nacional derivado subrayando que está en conformidad con la Carta y en todo caso si se constatará irregularidad en las disposiciones nacionales se podría plantear la aplicación directa de la Carta.

La verdad es que son muchos los que piensan que extender el régimen del Derecho público a las relaciones que se establecen en el Derecho privado solo por considerar que una de las partes de la relación es más fuerte que la otra es una

¹⁵⁶ TJUE. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak. Citado

¹⁵⁷ Blatière, L. (2018). Óp. Cit.

consideración “arbitraria”¹⁵⁸ y sin sentido. Ahora bien lo que no se puede negar es que la idea propuesta por Nipperdey acaba con la idea de que los DDF y Derecho privado son dos sistemas separados y sin ninguna relación.

La posición de otros autores es una defensa decidida de la eficacia inmediata, de la eficacia directa. Para este otro grupo de pensadores, los DDF fijan ciertos límites al poder, de tal forma que todo individuo pueda reaccionar frente a los abusos de privados que transgredan su esfera de libertad. Abogan por la eficacia inmediata frente a terceros que defiende la aplicación directa de los DDF frente a las violaciones ejercidas por sujetos privados. La tradición liberal solo contempla la posible injerencia del Estado en esa autonomía individual, pero gradualmente se vislumbra el peligro que suponen algunos sujetos privados sobre esta autonomía individual. Se aprecia una paulatina pérdida de vigencia de la distinción entre derecho privado y derecho público¹⁵⁹. No hay razón para diferenciar agresiones de los poderes públicos y agresiones cometidas por sujetos privados, las dos suponen agresiones al individuo. Los Derechos Fundamentales “superan la dicotomía de los sectores público y privado y se presentan como criterios básicos de normatividad que afectan a todos los planos del ordenamiento jurídico”¹⁶⁰. Para la teoría de la Drittwirkung los DDF no solo afectan a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también a las relaciones entre particulares¹⁶¹. Siempre ha existido el riesgo de la violación de un derecho fundamental por parte de una persona

¹⁵⁸ Starck, C. (1994). *La Constitution: cadre et mesure du droit*. Marseille: Presses universitaires .P. 104.

¹⁵⁹ Batida Feijedo, F. J.; Villaverde Menéndez, I.; Requejo Rodríguez, P.; Presno Linera, M. A.; Aláez Corral, B.; Fernández Sarasola, I. (2004). Óp. cit.

¹⁶⁰ Gómez Torres, C. (1979). El abuso de los Derechos Fundamentales. En J. L. Cascajo Castro; B. de Castro Cid; C. Gómez Torres; A. E. Pérez Luño. *Los Derechos Humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Publicaciones de la universidad de Sevilla. P. 308.

¹⁶¹ Rovira Viñas, A. (1983). *El abuso de los Derechos Fundamentales*. Barcelona: Península.

privada, pero este riesgo se ha incrementado y se ha hecho más visible con el desarrollo de grandes empresas que disponen de poder extenso sobre sus empleados¹⁶².

Nipperdey como gran defensor de esta posición, piensa que en la sociedad actual hay grupos que tienen importantes parcelas de poder tanto social como económico que afectan de manera importante a aspectos significativos de la vida de muchas personas. Para él existen Derechos que solo vinculan a los poderes públicos pero otros garantizan un status social a los individuos, piensa que existe una esfera de libertad que tiene que estar protegida de los prepotentes “Sozialmächte”. Esta situación de indefensión en la que se encuentran los ciudadanos de una sociedad dominada, controlada y dirigida por poderes privados, hace que los DDF no se planteen solo relacionados al poder del Estado sino ante poderes privados capaces también de conculcarlos¹⁶³. Nipperdey, apoya la ampliación del grupo de destinatarios, arguyendo la necesidad de proteger al individuo frente a los denominados “poderes sociales” o poderes fácticos, provenientes de grupos, corporaciones o empresas, por lo que defiende que los DDF sean plenamente normativos en el ámbito de las relaciones privadas sin necesidad alguna de cláusulas de infiltración o irrupción¹⁶⁴.

Los particulares deben gozar de algún tipo de protección cuando quieren ejercer sus DDF frente a otros particulares que no se los reconocen. Esto supone, como dice G. Lombardi¹⁶⁵, que hay que garantizar esos derechos, aunque según explica, “no necesariamente con la misma intensidad”. Piensa que aunque el derecho no cambia por desarrollarse frente a un particular, un empresario por ejemplo, su contenido no

¹⁶² Blatière, L. (2018). Óp. cit.

¹⁶³ De la Vega García, P. (1988). La crisis de los Derechos Fundamentales en el Estado Social. En J. Corcuera Atienza; M. A. García Herrera, *Derecho y economía en el Estado Social* (págs. 121-135) Madrid: Tecno.

¹⁶⁴ Villacorta Mancebo, L-Q; Villacorta Caño-Vega, A. (2013). *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los DDF*. Madrid: Dykinson.

¹⁶⁵ Lombardi, G. M. (1970). *Potere privato e diritti fondamentali*. Giappichelli.

necesariamente tiene que ser el mismo¹⁶⁶. Para P. de la Vega¹⁶⁷ la eficacia *inter privatos* terminaría con los poderes privados que regulan y dirigen la sociedad y ponen a los individuos en una situación de desamparo.

Tomás Quadra-Salcedo, por su parte, entiende que si los DDFE no se configuran como derechos subjetivos perfectamente delimitables y oponibles a todos, supone una “degradación”¹⁶⁸ de éstos. Para él en el Derecho privado los DDFE no solo actúan como valores, no pueden dejar de ser derechos subjetivos, por inciertos que puedan ser sus límites. Con esta dimensión subjetiva, “los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí”¹⁶⁹.

Entre los que se posicionan a favor de una aplicación directa de los DDFE en el ámbito privado, en las conclusiones de la abogada general Trstenjak¹⁷⁰ en el asunto Domínguez, se menciona a Manfred A. Dausen¹⁷¹ quien remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia piensa que en ciertas circunstancias los particulares también pueden estar obligados a garantizar los DDFE. Así por ejemplo, se puede pensar que un empresario estaría obligado a garantizar esos DDFE en su organización.

¹⁶⁶ Rodríguez-Piñero, M. (2003). Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo. En A. M. (coordinador). *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. (págs.531-557). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

¹⁶⁷ De la Vega, P. (1996) Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). En A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio* (págs.265-280).Madrid: Marcial Pons.

¹⁶⁸ Quadra Salcedo, T. (1981). *El recurso de amparo y los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas. P.54.

¹⁶⁹ Pérez Luño, A. E. (2013). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos. P. 16.

¹⁷⁰ TJUE. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak. Citado.

¹⁷¹ Manfred A.; Dausen. M. A. (2010). *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union*, Frankfurt. Citado por la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en la Conclusiones de 8 de septiembre de 2011, (C-282/10).

Contraponiéndose asimismo a la opinión de la Abogada General Trstenjak, se sitúa el Abogado General Pedro Cruz Villalón en las conclusiones a sentencia AMS¹⁷², en las que aunque con ciertas matizaciones, se posiciona también a favor de la eficacia directa de la Carta.

Argumenta, por una parte, que en el enunciado literal del artículo 51.1 de la Carta se trata de la obligación de la Unión y de los Estados miembros a respetar los DDF, pero no se trata la eficacia de estos Derechos en las relaciones entre particulares. Nada se dice de los particulares en este artículo, ni en un sentido ni en otro. La omisión de los particulares no indica que estos no estén obligados a su cumplimiento simplemente que su obligación no se ha tratado. La Carta está unida expresamente a la actuación de los Estados miembros¹⁷³, las instituciones, los órganos y las agencias de la Unión¹⁷⁴, pero no se pronuncia sobre la influencia que ella es susceptible de ejercer en las relaciones entre privados. Incluso se puede ir más allá y argumentar que la Carta cuando en el referido artículo 51 dice que sus disposiciones “están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión” hace referencia también al Tribunal de Justicia y a

¹⁷² TJUE. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 18 de julio de 2013, *Association de Médiation Social*, (C-176/12). Apartado 28 y ss.

¹⁷³ Cabe señalar, siguiendo la argumentación de Ugartemendía Eceizabarrena, que los Estados están vinculados por la Carta según su art. 51 “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Englobando a autoridades centrales, regionales, locales y organismos públicos cuando aplican este Derecho y teniendo en cuenta que la jurisprudencia del TJUE ha tenido una concepción amplia de lo que se entiende por ámbito de aplicación del Derecho de la Unión tanto antes como después de la entrada en vigor de la Carta. Ugartemendía Eceizabarrena, J. I. (2017), *La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del tribunal de justicia*. En *Teoría y Realidad Constitucional* nº3, pp. 361-386.

¹⁷⁴ En este caso, siguiendo igualmente los comentarios de Ugartemendía Eceizabarrena, cualquier autoridad pública de la Unión está vinculada por la Carta pero la intensidad de esa vinculación presenta ciertas dudas en algunos casos como respecto a los actos llevados a cabo en el ámbito de la PESC (Política Exterior y de Seguridad Común) o en los casos en los que existen actuaciones de instituciones u órganos de la Unión que están fuera del Derecho de la Unión como ocurre con el MEDE (Mecanismo Europeo de Estabilidad) o el Banco Central Europeo. La sentencia *Ledra Advertising Ltd*, de 20 de septiembre de 2016, C-8/15 a 10/15, da cierta respuesta cuando dice “si bien los Estados miembros no aplican el Derecho de la Unión en el marco del Tratado MEDE, de modo que la Carta no está destinada a ellos en dicho ámbito (...), en cambio, la Carta está dirigida a las instituciones de la Unión también cuando actúen fuera del marco jurídico de la Unión”. Ugartemendía Eceizabarrena, J. I. (2017). Óp. cit.

los tribunales nacionales que tendrían que hacer respetar la Carta en todos sus actos, incluyendo los litigios entre privados¹⁷⁵.

Otra razón esgrimida por el Abogado General Cruz Villalón en su posicionamiento a favor de la eficacia directa de los DDFF, es que esta eficacia está consolidada en la jurisprudencia de la UE, resultando incomprensible que precisamente el reconocimiento de la Carta como Derecho primario pudiera empeorar el reconocimiento de los DDFF¹⁷⁶. Recuerda que aunque existen derechos que por su naturaleza no se dirigen a los particulares, existen otros a los que difícilmente se les puede negar su importancia en las relaciones jurídico privadas¹⁷⁷.

Según estas conclusiones del Abogado General Villalón, el artículo de la Carta que se trata, el 27, titulado *Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa*, “puede ser alegado en un litigio entre particulares con las eventuales consecuencias de inaplicación de la normativa nacional”. Sin embargo, en la sentencia el TJUE¹⁷⁸ se dice que “para que ese artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional”. Categóricamente dice en su apartado 48, “no se puede invocar, como tal, en un litigio” como el que se está tratando, un litigio *inter privatos*. Contradiendo las conclusiones del Abogado General se ve en esta sentencia como los jueces son reacios a plantear la aplicación directa de la Carta si no va acompañada de otras disposiciones.

¹⁷⁵ Blatière, L. (2018). Óp. cit.

¹⁷⁶ TJUE. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, de 18 de julio de 2013, *Association de Médiation Social*, (C-176/12). Apartado 35.

¹⁷⁷ TJUE. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón de 18 de julio de 2013, *Association de Médiation Social*, C-176/12. Apartado 38.

¹⁷⁸ TJUE. Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, (C-176/12).

La “Drittwirkung”, o la eficacia horizontal de los DDF, para otros autores como Rudolf Streinz¹⁷⁹, es una materia sobre la que no hay nada resuelto y será la jurisprudencia y la doctrina las que tendrán que posicionarse todavía, por lo que la controversia sobre estas dos interpretaciones está abierta y el debate continúa.

En mi opinión, los DDF cuentan con un carácter doble. Por un lado son derechos objetivos ya que son normas esenciales del sistema jurídico aceptadas por los miembros de una comunidad que quieren una convivencia justa y pacífica. Por otro lado, sin embargo, son derechos subjetivos ya que facultan de derechos a los ciudadanos y garantizan su libertad y dignidad frente a otros ciudadanos. Con esa doble dimensión protegen a los ciudadanos no solo en sus relaciones con el Estado sino también en las distintas relaciones que se establecen en la vida en comunidad.

Su efecto directo procede de la propia naturaleza de la Unión. Los Estados han admitido que su unión es mucho más que un acuerdo que no traería más que obligaciones mutuas entre sí¹⁸⁰. Así lo indica el Tribunal en su sentencia *Van Gend en Loos*¹⁸¹, donde se destacaba que “la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solo los Estados miembros, sino también los ciudadanos”, esta sentencia sigue diciendo que “independientemente de la legislación de los Estados miembros, el Derecho Comunitario no solo impone obligaciones a los individuos, sino que está destinado a conferirles derechos que forman parte de su patrimonio jurídico”. Desde la firma del

¹⁷⁹ Streinz, R. (1989). *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Eu-ropäisches Gemeinschaftsrecht*. Nomos. Citado por Bilbao Ubbillos, J. M. (1997). Óp. cit

¹⁸⁰ Kovar, R. (1981). Relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales. En Comisión de Comunidades Europeas, *Treinta años de derecho comunitario*, (págs. 115-155). Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

¹⁸¹ TJCE. Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, (C-26/62). Citado.

Tratado de Lisboa, la Carta pertenece al ordenamiento jurídico comunitario por lo que se puede entender que los DDFD son patrimonio de todos los ciudadanos europeos.

Es por ello que el respeto a los DDFD también puede y debe desarrollarse en las relaciones jurídico privadas estableciéndose así un marco de convivencia general que todos deben respetar. También en el ámbito laboral. Aunque puedan verse diferencias en cuanto a su eficacia debido al distinto lugar en el que se ejercen estos derechos, el ámbito laboral y debido al sujeto frente al que se ejerce, el empresario, también es cierto que los DDFD afectan a todos los ciudadanos y no se deja de ser ciudadano por ejercer nuestros derechos en distintos ámbitos, por lo que su aplicación no debe estar marcada por el ámbito en el que se reivindicuen. Creo que su aplicación no debería ser distinta en las relaciones *inter privatos* o en las relaciones con el Estado.

Se estaría simplificando mucho la realidad si se pensara que solo el Estado puede interferir en la vida de los ciudadanos particulares. Cada vez se constata más la existencia en nuestra sociedad global, de grupos de presión con poder económico y también social cuyos intereses chocan en ocasiones con los intereses de los individuos¹⁸². Creo que la aplicación de los DDFD entre individuos hay que entenderla no como una merma de la autonomía privada sino como una defensa del individuo frente a grupos de presión sociales que tienen más fuerza para imponer sus condiciones.

2.2.2. c. Eficacia de los Derechos Fundamentales en la relación laboral

Las relaciones entre particulares en el ámbito laboral, ámbito en el que nos encontramos cuando se habla de la limitación del tiempo de trabajo, inciden de forma decisiva en la vida de los ciudadanos. Aunque creo evidente que los DDFD pueden y deben aplicarse a las relaciones del trabajo, su empleo es casi nulo. Sin embargo, su

¹⁸² De la Vega García, P. (2003). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*). *Pensamiento Constitucional*, 25-43.

defensa en este ámbito laboral se hace necesaria para hacerlos efectivos en la vida real y diaria de los ciudadanos.

El uso de los DDFE en el ámbito laboral debe ser compatible con las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y la libertad de empresa, pero ese equilibrio se hace muy difícil. Su defensa y aplicación en el mercado laboral es muy complicada ya que los derechos inalienables de las personas se enfrentan en este campo de batalla a los intereses empresariales. Sin embargo, este vínculo de los DDFE con el derecho privado representa la mejor garantía de conservación del Estado de Derecho ya que significa la aplicación de los DDFE en la vida real¹⁸³. Su eficacia en el ámbito privado tiene un efecto estabilizador y garantista del orden social y político.

La libertad contractual no debería verse perjudicada por la aplicación directa de los DDFE, ésta lo que aporta es un marco, unas reglas de juego para poder practicar la libertad contractual. No pelagra la seguridad jurídica, al contrario, estableciendo los DDFE como regla para todos se establecen unos criterios o reglas con las que poder actuar en cualquier situación. El legislador en un primer momento y con posterioridad el juez serán los encargados de concretar la aplicación de los DDFE en las distintas situaciones específicas que se presenten.

En este ámbito laboral, es interesante señalar el asunto Egenberger cuando dice refiriéndose a la prohibición de cualquier discriminación basada en la religión o las convicciones establecida en el artículo 21 apartado 1 de la Carta, que esta prohibición “es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión”¹⁸⁴.

¹⁸³ Poyal Costa. A. (1991). Óp. cit.

¹⁸⁴ TJUE. Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, asunto (C-414/16). Apartado 76.

En el mismo sentido se posiciona el fallo de la sentencia IR/JQ¹⁸⁵, en el que se especifica que un tribunal nacional en un litigio entre particulares está obligado a garantizar los principios generales del Derecho de la Unión como el principio de no discriminación por razón de la religión o de las convicciones, consagrado en el artículo 21 de la Carta, y a garantizar la plena eficacia de los derechos derivados de dichos principios, dejando inaplicada, si es preciso, cualquier disposición nacional contraria.

En el ámbito también laboral pero relacionado con el principio de no discriminación por razón de la edad, destaca la sentencia Küçükdeveci en la que se afirma que el principio de no discriminación por razón de edad, es también suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal.

En sentido contrario sin embargo, se posiciona como se ha mencionado, la sentencia AMS¹⁸⁶ que aborda la posibilidad de invocar el artículo 27 de la Carta por sí solo. En este asunto, sin embargo, es interesante el planteamiento que hace el Abogado General Cruz Villalón en sus Conclusiones cuando plantea un gran desafío que tiene la Unión, la posibilidad de invocar en un litigio entre particulares un artículo de la Carta de los DDFE si de forma paralela está contenido o concretado en una Directiva¹⁸⁷.

No abordamos aquí más que de forma somera este tema tan interesante ya que sobrepasa el ámbito que nos ocupa, el artículo 31 de la Carta. Creo que aunque esté precisado en la Directiva 2003/88/CE, al igual que el artículo 21, es suficiente por sí mismo para aplicarse de forma directa en los asuntos entre privados, entre empleado y empleador. Ahora bien la posibilidad de utilizar de forma combinada Directiva y DDFE,

¹⁸⁵ TJUE. Fallo de la sentencia de 11 de septiembre de 2018, IR/JQ, asunto (C-68/17).

¹⁸⁶ TJUE. Sentencia de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale, (C-176/12). Citado.

¹⁸⁷ Cruz Villalón, P. (2012). Óp. cit.

pienso, es un camino muy interesante para avanzar en la aplicación de los DDFP en la vida real y puedan invocarse de una forma indudable en los litigios *inter privatos*.

Importante en este sentido resulta la reciente sentencia del TJUE en el asunto CCOO/Deutsche Bank, C-55/18¹⁸⁸, que ratifica la aplicación horizontal de los derechos de la Carta desarrollados en su contenido por una directiva específica. Avanzando en la efectividad de la Carta en las relaciones entre privados¹⁸⁹.

En las Conclusiones a ese mismo asunto AMS, el Abogado General Cruz Villalón, dice que “la eficacia horizontal de los DDFP opera de manera muy diversa respecto a cada uno de ellos o más sencillamente respecto de los distintos grupos de ellos. Hay derechos que, por su propia estructura no se dirigen a los particulares, del mismo modo que hay derechos respecto de los cuales sería *inconcebible* negar su relevancia en las relaciones jurídico privadas”¹⁹⁰.

Esa relevancia de los DDFP se hace más vigente si tenemos en cuenta que la sociedad donde nos encontramos es cada vez más globalizada y a la vez presenta un calamitoso individualismo, si tenemos en cuenta las nuevas formas de organización del trabajo, los nuevos métodos de control. No nos queda más remedio que considerar los DDFP como la estructura de referencia en cuanto a la ordenación de las relaciones de trabajo. Son los que con más fuerza pueden luchar contra el mercado laboral actual. Un mercado desigual en el que las condiciones de trabajo se degradan con facilidad debido a la desprotección del trabajador ante la cada vez mayor flexibilización en la utilización de la mano de obra y la cada vez mayor centralización del poder de gestión de los

¹⁸⁸ TJUE. Sentencia de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank, (C-55/18). Citado.

¹⁸⁹ Nogueira Guastavino, M. (2019). Óp. cit.

¹⁹⁰ La enfatización en cursiva es propia.

empleadores de los recursos humanos. Es por ello inconcebible negar su importancia en ese tipo de relaciones entre particulares.

El equilibrio necesario en la relación bidireccional entre particulares que debe regir en la relación laboral es un equilibrio muy frágil y son los DDFF los que más pueden ayudar a mantenerlo. El trabajo no puede considerarse solo como una cuestión privada regulada para el interés de la empresa y el mercado. Hay que tener en consideración que la regresión de las condiciones laborales repercute directamente en las condiciones de vida y por tanto en un deterioro de las libertades y derechos individuales de las personas trabajadoras y de la sociedad en general. Son los DDFF los que nos pueden defender de este despropósito.

Tanto los intereses de los trabajadores como individuos, como los intereses empresariales son favorecidos por los DDFF, corrigiendo los desequilibrios que se producen para que la lucha sea de igual a igual. Por tanto su reconocimiento tiene un doble significado¹⁹¹, por un lado reafirmar la aplicación de los DDFF del trabajador subordinado y por otro la admisión de un cierto límite al ejercicio de supremacía del empresario.

Lo normal es que en una relación de intercambio entre particulares en la que se permuta trabajo y salario, una relación entre empleado y empleador, se aplique el principio de autonomía contractual, es por ello que esa relación contractual debe ajustarse a los DDFF. Sin embargo, el potencial de los DDFF va mucho más allá y deben desarrollarse en toda su capacidad de acción, pues los DDFF deberían poder esgrimirse de alguna manera clara y sencilla en toda situación de conflicto. Tienen que

¹⁹¹ Goñi Sein, J. L. (2014). Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación? En Asociación Española del derecho del Trabajo Social, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social* (págs. 17-82). Pamplona: Ediciones Cinca.

ser plenamente efectivos ya que la realización de un trabajo subordinado no puede representar una rebaja en la dignidad o en el desarrollo personal¹⁹² del trabajador. No solo en el contrato, sino en toda la relación laboral deben tenerse en cuenta. Los DDFE junto con el contrato son los que organizan la convivencia entre los diferentes en la empresa, pues tienen vida o desarrollo propio y acompañan al trabajador en toda circunstancia¹⁹³.

El mercado de trabajo cada vez más desregularizado presenta niveles de tutela muy desiguales. Cada vez son más los trabajadores que trabajan bajo formas atípicas cada vez más flexibles y con estructuras normativas muy débiles. El riesgo empresarial es asumido cada vez más por el trabajador. Es en estos casos donde los DDFE tienen que tener un especial reconocimiento. Porque hay que recordar que el estatus de ciudadano no puede estar designado por el tipo de relación contractual que se tenga. Ahora bien, aunque los DDFE garantizan derechos en todas las etapas de la relación laboral su aplicación debe ser más rigurosa si cabe antes de la creación de la relación laboral para que pueda desarrollarse en igualdad de condiciones.

No se trata tanto de enunciar unos DDFE en la relación laboral sino de preservar la eficacia de su ejercicio y la preservación del núcleo irrenunciable del derecho inherente a la dignidad de la persona. La vigencia de los DDFE en la relación laboral me resulta evidente pero lo preocupante es la pérdida de capacidad o de libertad real para el ejercicio de los derechos a consecuencia de las formas degradadas de empleo. De esta degradación se siguen consecuencias para la vida laboral y para el ámbito vital acotado por los derechos y el valor que representa el trabajo. Los trabajadores que las sufren

¹⁹² Casas Baamonde, M. E. (2004). La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe. *Relaciones Laborales* nº1, 141-156.

¹⁹³ Ojeda Avilés, A. (2006). Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa. *Revista de Derecho Social* nº 35, 11-34.

tienen un doble perjuicio: además de la pérdida de condiciones estándar de trabajo, experimentan una fuerte restricción de sus Derechos Fundamentales. Esta pérdida puede presentarse de manera directa ya que tales condiciones debilitan su poder de acción o de forma indirecta porque su condición no les da para acceder a ciertos derechos básicos de protección social que se diseñan en consideración al trabajo regular y estructurado.

Los DDDFF sirven para afirmar la efectividad en la relación laboral y reclamar que no se pisoteen las libertades individuales de la persona del trabajador, pero sobre todo para exigir que haya unas condiciones mínimas en el trabajo y se garanticen unos beneficios mínimos inherentes al valor trabajo. Por más que se reconozcan derechos, si la realidad impide contradictoriamente realizarlos, carecen, a la postre de la condición de DDDFF.

El derecho fundamental a la igualdad y dignidad humana, el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas que faciliten un trabajo decente, el derecho a la salud y la seguridad, el derecho a la protección social en situaciones de pobreza o de necesidad, son derechos que tienen que respetarse en la relación laboral. La no jerarquización de los DDDFF hace que todos tengan igual valor porque cada uno de ellos representa un derecho inalienable de la persona. Su enraizamiento en la sociedad es muy fuerte, quedando recogido en el corpus común de las normas internacionales de las que hay que recordar la UE es deudora. Por lo que la normativa de la UE debe respetar de forma clara los DDDFF.

La legislación, sin embargo, parece alejada de la evolución que vienen desarrollando los DDDFF y de las nuevas dimensiones que van adquiriendo, haciendo casi solo referencia al principio general de igualdad. En el ámbito de la empresa, el legislador casi se queda mudo sobre la vigencia de los DDDFF y no clarifica las

implicaciones de su aplicación. Sin embargo “los derechos fundamentales se erigen en principios generales constitucionales de la UE”¹⁹⁴ lo que ha posibilitado en algunos casos su aplicación directa en el ámbito de las relaciones laborales *inter privatos*. Con la introducción de la Carta de los DDFF al ordenamiento europeo sostengo que sería recomendable que se realizara una revisión de la normativa para comprobar que respeta todos los principios defendidos en la misma.

Es verdad que la UE no tiene competencia exclusiva en materia laboral pero sí se le ha concedido competencia en la regulación de unos mínimos en las condiciones de trabajo. Si se quieren proteger los derechos en el ámbito empresarial es necesario acudir a normas externas al ámbito laboral¹⁹⁵. La universalidad de los Derechos Humanos obliga a “la búsqueda de unos principios y reglas comunes”¹⁹⁶, es por eso que la posibilidad de aplicar los DDFF de forma directa o en todo caso explorando la posibilidad de utilizarlos unidos a una Directiva sería una manera indudable de dar a los DDFF ese empujón que se necesita para su utilización en espacios en los que no es tan evidente su manejo.

2.2.3. El artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

La Carta expresa el actual acervo de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales erigiendo el derecho a la limitación del tiempo de trabajo como un derecho fundamental en su artículo 31.

“1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. 2. Todo

¹⁹⁴ Nogueira Guastavino, M. (2019). P. 957. Óp. cit.

¹⁹⁵ Pérez, M. G. (2011). Ciudadanía en la empresa y Derechos Fundamentales inespecíficos. Murcia: Ediciones Laborum.

¹⁹⁶ García Roca J. (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de DDHH y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y Realidad constitucional*. Nº30, 183-224. P. 189.

trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

Este artículo no solo plantea la cuestión de su alcance e interpretación, sino también su valor como derecho fundamental de aplicación directa por los jueces de los Estados miembros de la UE o su concreción en la normativa de desarrollo de Derecho derivado.

Con la Carta y en especial en este artículo, se pone de relieve que el proyecto europeo no se circunscribe exclusivamente a los mercados de factores productivos sino que constituye el conjunto de derechos que los ciudadanos europeos han de reconocerse mutuamente¹⁹⁷. Refuerza el peso de los valores sociales en las actuaciones de la Unión, en especial cuando chocan con las libertades económicas que conforman el mercado común europeo, porque la Unión es una Unión de derechos y no solo una Unión económica. Pretende ser garante de la seguridad, la dignidad y la equidad en el trabajo ante la proliferación de los denominados contratos atípicos y la creciente flexibilización y precarización del mercado laboral.

Se ha considerado oportuno revisar todo el artículo 31 por dos razones importantes. Por una parte, la consecución de unas condiciones de trabajo justas y equitativas de los empleados es el objetivo general del derecho laboral en su conjunto y es el artículo 31 de la Carta el que convierte esas condiciones de trabajo justas y equitativas en un derecho subjetivo de todos los trabajadores y en un derecho social fundamental¹⁹⁸. Hay que tener en cuenta que autores como Thomas Blanke piensan que

¹⁹⁷ Menéndez, A. J. (2004). Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de los DDFF en la UE. En N. Fernández Sola, *Unión Europea y DDFF en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson.

¹⁹⁸ López Escudero, M. (2008). Comentario del artículo 31. En A. Mangas Martín, *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Comentario artículo por artículo* (págs. 529-547). Bilbao: Fundación BBVA.

este artículo 31 se puede aplicar a cualquier condición laboral injusta¹⁹⁹ aunque los redactores de la Carta parece que prefirieron limitarse a la garantía de las condiciones mínimas, armonizándolas mediante normas de derecho derivado.

Por otra parte, se ha querido repasar el artículo 31 en su conjunto porque encierra tres derechos sociales específicos muy relacionados entre sí: el derecho a condiciones de trabajo que respeten la salud y la seguridad del trabajador, el derecho a condiciones de trabajo respetuosas con la dignidad del trabajador y el derecho a una limitación del tiempo de trabajo. Para poner en contexto y darle todo el valor que merece el derecho a la limitación del tiempo de trabajo, se ha estimado oportuno exponer aunque sea de manera sucinta los otros dos derechos sociales que lo acompañan.

De los tres derechos específicos de los que habla el artículo 31, el del respeto a la salud y la seguridad del trabajador es en el que más se ha avanzado en la política social de la UE. No limitándose solo a la legislación, la UE trabaja en colaboración con la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el trabajo creada en 1994 y con la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo que inició su andadura en 1975.

En la actualidad la norma básica es la Directiva 89/391 /CEE del Consejo de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que se inspira en los convenios de la OIT y la Carta Social Europea. Define conceptos y elementos que luego se repetirán en las siguientes directivas específicas como lugar de trabajo, trabajador, empresa, empresario, prevención y riesgo profesional y entre otras cosas establece la

¹⁹⁹ Blanke, T. (2006). Fair and Just working conditions (article 31). En B. Bercusson, *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights* (págs. 69-72). Cambridge: European Trade Union Institute (ETUI).

responsabilidad del empresario respecto de la salud y la seguridad de los trabajadores en todos los aspectos relacionados directa o indirectamente con el trabajo en la empresa²⁰⁰.

Su objetivo es asegurar la protección de los trabajadores tomando medidas dirigidas a la prevención de accidentes laborales y enfermedades profesionales en el trabajo al mismo tiempo. Así mismo busca la protección mediante la información, la consulta, la participación y la formación de los trabajadores y sus representantes²⁰¹. Sus artículos se aplican a todos los trabajadores y en todos los sectores salvo si existe una directiva específica que se establece para grupos expuestos a riesgos o especialmente sensibles y para sectores que necesiten una protección pormenorizada. Estas directivas específicas son cerca de una treintena²⁰².

Esta labor armonizadora ha hecho que la UE avance considerablemente en materia de protección de la salud y la seguridad en el trabajo. En la actualidad se trabaja dentro del Marco estratégico de la Comisión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo establecido para el periodo 2014-2020 y por supuesto se ha seguido la Estrategia Europa 2020.

²⁰⁰ Colina Robledo, M; Ramírez Martínez, J.M.; Sala Franco, T. (1995). *Derecho Social Comunitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.

²⁰¹ López Escudero, M. (2008). Óp. cit.

²⁰² Entre ellas se pueden destacar respecto a las dedicadas a los lugares y equipos de trabajo la Directiva del Consejo 89/654/CEE, la Directiva del Consejo 89/655/CEE, la Directiva del Consejo 89/656/CEE, la Directiva del Consejo 92/29/CEE, la Directiva del Consejo 93/103/CE, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 199/92CE, la Directiva del Consejo 92/58/CEE.

Dedicadas a los sectores específicos de actividad se encuentran la Directiva del Consejo 92/57/CEE, la Directiva del Consejo 92/91/CEE y la Directiva 92/104/CEE.

Referidas a riesgos específicos está la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/37/CE referida a agentes carcinógenos o mutágenos, la Directiva del Consejo 98/24/CE de agentes químicos, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2000/54/CE de agentes biológicos.

Dedicadas a los riesgos que pueden producir los agentes físicos se encuentran la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2003/10/CE sobre el ruido, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2002/44/CE sobre vibraciones y Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/40/CE sobre campos electromagnéticos, sobre el amianto es la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2003/18/CE.

En relación a determinadas categorías de trabajadores se encuentran la Directiva del Consejo 92/85/CEE sobre trabajadoras embarazadas y la Directiva del Consejo 94/33/CE sobre jóvenes trabajadores.

En lo relativo a la regulación del tiempo de trabajo que viene realizando la UE, ha sido desde su inicio una destacada manera de proteger la salud de los trabajadores y de darles seguridad en el ámbito laboral. Así el artículo 1 de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, dice que en ella se establecen “las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”. Este compromiso con la seguridad y la salud queda evidenciado cuando en sus Consideraciones iniciales hace referencia a la Directiva 89/391/UE cuyas disposiciones “se aplicarán plenamente”.

Ahora bien, la misma Directiva de 2003 siguiendo el artículo 137 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), actual 153 del TFUE, reconoce la misma importancia a la necesidad de que las reglas protectoras de los trabajadores no obstaculicen la competitividad y prosperidad de la empresa por lo que se puede pensar que la Directiva prima la consideración del tiempo de trabajo como elemento de gestión empresarial y como instrumento de política de empleo sobre su consideración como instrumento de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores²⁰³.

En ese mismo apartado 1 del artículo 31, la Carta de los DDFF también reconoce el derecho a trabajar con dignidad. La dignidad es un derecho que toda persona posee por el mero hecho de ser persona. Constituye el fundamento y condición *sine qua non* para el reconocimiento de los DDFF. Es un principio general en el que se fundamenta e interpreta todo el ordenamiento jurídico.

La Carta establece que la dignidad humana es inviolable, será respetada y protegida. Es un concepto clave, no en vano el Capítulo I de la Carta lo lleva como título. Se hace referencia a la dignidad también en su preámbulo pero lo que resulta

²⁰³ Martínez Yáñez, N. M. (2004). Tiempo de trabajo y periodos de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del TJCE. *Revista de Derecho Social*, 121-150.

curioso es que en el resto de la Carta en el único artículo en el que se habla de dignidad es en el 31, el que hace referencia a las condiciones de trabajo justas y equitativas²⁰⁴. Parece querer recordar, por si se le había olvidado a alguien, que las condiciones de trabajo son un ámbito de especial importancia en el que hay que respetar la dignidad de las personas, de los trabajadores y trabajadoras, de una manera más escrupulosa.

Es un principio absoluto e inderogable, o lo que es lo mismo, permanente que implica que “no se puede instrumentalizar jamás a un ser humano”²⁰⁵, a “tratarlo como un objeto” en ninguna de las situaciones en las que se encuentre, incluido el ámbito del trabajo. El derecho a la dignidad relacionado con el ámbito laboral se puede ver vinculada de una forma clara con la normativa relativa al acoso en el trabajo pero también con la referente a la libre circulación de los trabajadores que trata de eliminar la discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, la retribución u otras condiciones de trabajo. Estas discriminaciones pueden cosificar a los trabajadores desplazados a otros Estados dentro de la Unión, dificultando el ejercicio de la libre circulación en condiciones objetivas de libertad y dignidad²⁰⁶. La Comisión promovió la revisión de la Directiva 96/71/CE²⁰⁷ sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios por encontrar grandes carencias en ella. Sin embargo, pese a las reformas y adiciones realizadas en la nueva Directiva 2018/957/CE²⁰⁸ se ha perdido “la oportunidad de establecer una protección que garantice efectivamente la igualdad de trato entre trabajadores desplazado y trabajadores

²⁰⁴ También se hace referencia a una vida digna cuando se habla de las personas mayores en el artículo 25 dedicado a los derechos de las personas mayores.

²⁰⁵ Sobrino Heredia, J. M. (2008). Artículo 1. La dignidad humana. En A. Mangas Martín, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (págs. 107-126). Bilbao: Fundación BBVA. P. 108.

²⁰⁶ TJCE. Sentencia de 3 de julio de 1974, Casagrande, (C- 9/74).

²⁰⁷ Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

²⁰⁸ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva (UE) 2018/957 de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

del Estado de acogida”²⁰⁹, evidenciando falta de voluntad política para fortalecer la Europa social que se quiere construir.

En su apartado 2, el artículo 31 de la Carta se especifica, como se ha dicho antes, que “todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”. Es sobre este derecho concreto, la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo en el que se van a centrar los siguientes capítulos con el estudio en profundidad de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Uno de los efectos más importante del artículo 31 al constituir el derecho a condiciones laborales justas y equitativas como un derecho social fundamental, será su influencia sobre la jurisprudencia del TJUE al permitir a éste llevar a cabo con mayor fuerza una interpretación estricta de este Derecho en la normativa de Derecho derivado adoptada por la Unión Europea. Teniendo en cuenta el carácter vinculante de la Carta y apostando por una aplicación frente a terceros de los Derechos contenidos en ella, surge la posibilidad de su aplicación directa en los ordenamientos de los Estados miembros en los contratos de trabajo entre particulares, vinculando así los derechos recogidos en el artículo 31. En mi opinión ese es el camino para hacer efectivos los DDFE, que se concreten en la vida real de los ciudadanos haciendo llegar a ellos todos esos principios que nos hemos otorgado para nuestra vida en sociedad. Esa es la única forma de conseguir avanzar en la consecución de los DDFE como normas operativas en la realidad social europea.

²⁰⁹ Romero Fuentes, J. (2019). La Directiva (UE) 2018/957 y las reformas del núcleo duro de condiciones laborales. *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº440, 93-112. P.111.

2.3. El Pilar Europeo de los Derechos Sociales

2.3.1. Antecedentes

Como reacción a la crisis de 2008, los Estados miembros, aumentaron la flexibilidad laboral y disminuyeron los impuestos a las empresas para que se produjera un aumento en la contratación que se promovió con una disminución de los estándares de condiciones de trabajo. Durante la crisis lo que en realidad ha ocurrido es una destrucción del empleo que se desarrollaba bajo el sistema de relaciones de trabajo anterior a que ésta se produjera, naciendo nuevo empleo pero con condiciones de trabajo peores²¹⁰, lo que ha provocado que la cohesión social se haya resentido. Para un importante número de trabajadores su empleo es cada vez más inestable y precario²¹¹.

Ante esta situación, desde Europa se toma conciencia del impacto que los recortes sociales tienen en el bienestar de la ciudadanía. Las políticas de austeridad producen descontento hacia los gobiernos que las llevan a cabo y por extensión se aprecia una gran insatisfacción, decepción e inquietud hacia el papel que juega la UE en la vida de los europeos. Como respuesta a esta situación, las instituciones de la Unión ven la necesidad de proponer un nuevo empujón a la construcción de la Europa Social para mejorar la vida de los ciudadanos y hacer frente a la desafección creciente que se iba instaurando en la sociedad.

Fundamentándose en el artículo 3 del TUE²¹², la Unión debe trabajar, entre otras cosas, en la búsqueda del bienestar de sus pueblos; en el desarrollo sostenible de Europa

²¹⁰ Aragón Mendía, J., Cruces Aguilera, J., Martínez Poza, A., & Rocha Sánchez, F. (2012). *Tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*. Madrid: Comisiones Obreras en colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad.

²¹¹ OIT. (2012). *Informe sobre el trabajo en el mundo 2012*.

²¹² TUE. Artículo 3.1. "La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos. 2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas

mediante una economía social de mercado que produzca pleno empleo y progreso social; en combatir la exclusión social y la discriminación; en fomentar la justicia y la protección social; por la igualdad entre hombres y mujeres y en fomentar la cohesión económica, social y territorial. Todo ello aspectos sociales que debe abordar para avanzar en el desarrollo de esa Europa Social que se anhela. Para impulsar este gran reto también se apoya en el artículo 9²¹³ y el artículo 151²¹⁴ del TFUE.

Cuando las instituciones europeas vislumbran un principio de recuperación económica, con el Informe de los cinco Presidentes, expuesto en junio de 2015²¹⁵, la posición mantenida hasta entonces para hacer frente a la crisis cambia. La Unión Europea no solo debe velar por el crecimiento económico sino que también debe vigilar y cuidar la dimensión social europea. Se pronuncia de forma clara por economías

adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.4. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro.5. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.6. La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados”.

²¹³ TFUE. Artículo 9. “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”.

²¹⁴ TFUE. Artículo 151. Citado.

²¹⁵ Comisión Europea. (2015). *Informe de los cinco Presidentes*. En su elaboración intervinieron: el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker; el presidente de la Cumbre del Euro, Donald Tusk; el presidente del Eurogrupo, Jeroen Dijsselbloem; el presidente del Banco Central Europeo, Mario Draghi, y el presidente del Parlamento Europeo, Martin Schulz.

competitivas pero combinándolas con un alto grado de cohesión social. Sin ella, parece estar claro no se puede avanzar²¹⁶.

Un primer borrador del Pilar Europeo de Derechos Sociales aparece ya en marzo de 2016 cuando la Comisión presentó la Comunicación sobre la apertura de la consulta sobre el mismo²¹⁷.

Es interesante señalar que la OIT ha intervenido en este proceso de consulta colaborando con su documento *Construir un Pilar Social para Fomentar la Convergencia Europea*²¹⁸. En él apuesta por la necesidad de conectar este Pilar europeo con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en concreto con el nº5 que habla sobre la necesidad de lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas y el nº8 que expresa la necesidad de promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos²¹⁹. Creo que es muy relevante la propuesta de un trabajo decente con el que se puede ahondar en una igualdad de resultados, oportunidades y dignidad humana²²⁰ que circunscrito a la UE puede proporcionar un mayor grado de la tan necesaria cohesión.

2.3.2. Las condiciones de trabajo en el Pilar Europeo de los Derechos Sociales

Siguiendo con el trabajo de construcción europea, el 17 de noviembre de 2017 se proclamó el Pilar Europeo de los Derechos Sociales, conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en la Cumbre Social en favor del empleo justo y el crecimiento que se celebró en Gotemburgo.

²¹⁶ Ramos Quintana, M. I. (2017). El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea. *Revista de derecho social*, 19-42.

²¹⁷ Comisión. Comunicación del 8 de marzo de 2016 sobre la apertura de la consulta sobre el Pilar europeo de derechos sociales. COM (2016) 127 final.

²¹⁸ OIT. (2016). *Building a social pillar for European convergence*.

²¹⁹ Naciones Unidas. (2016). *Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible*.

²²⁰ Hepple, B. (2006). Igualdad, representación y participación para un trabajo decente. En *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI* (págs. 283-299). OIT.

Se proponen, en este Pilar, un conjunto de 20 principios y derechos con la idea de ofrecer a los ciudadanos europeos mercados de trabajo y sistemas de protección social equilibrados y que funcionen bien; correspondiendo su aplicación tanto a los Estados miembros y actores sociales, como a la propia Unión. Se estructura en tres categorías, siendo la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo la primera, las condiciones de trabajo justas la segunda y la protección e inclusión social la tercera.

Centrándose en las condiciones de trabajo justas, el capítulo segundo que contiene los principios del 5 al 10, habla de empleo seguro y adaptable en el principio 5 apostando de forma clara por mantener la idea de flexiguridad.

El Pilar social insiste en este concepto de flexiguridad²²¹ ya que se piensa que la eficacia de los mercados de trabajo debe combinar elementos de flexibilidad y seguridad. Aunque se tendrá que ahondar en este concepto ya que hasta el momento solo se ha flexibilizado en favor de la parte empleadora mientras que para los empleados esta flexibilización solo ha acarreado incertidumbre en sus condiciones de trabajo. La segunda parte del concepto de flexiguridad, la seguridad, no ha sido implementada por los empleadores sino que ha sido asumida por los Estados y los sistemas de protección social.

Si no se quiere que la flexiguridad acabe transformándose en una reducción sustancial de la protección del trabajador o en un pretexto para ello, solo se podrá implementar en una sociedad con una política social robusta y bien desarrollada²²².

²²¹ Gómez Urquijo, L. (2018). Ámbito y contribución del Pilar Europeo de Derechos Sociales. En L. Gómez Urquijo. *El Pilar Europeo de Derechos Sociales: Contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo* (págs. 29-43). Pamplona: Aranzadi.

²²² Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2010). Flexiseguridad: una opción desaconsejable desde la perspectiva de análisis económico del derecho del trabajo. En *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*.

Es por ello imprescindible que el Pilar Europeo de los Derechos Sociales se desarrolle cuanto antes ya que si no es así, la flexiguridad en lugar de ser una mejora supondrá y de hecho es lo que está ocurriendo, una marcha atrás en los logros sociales que difícilmente los trabajadores podrán comprender.

Ahora bien, el principio 5 del Pilar establece que “con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y el acceso a la protección social y a la formación”, debiendo fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido.

Este principio 5 sobre el empleo seguro y adaptable es positivo ya que se encarga de avanzar en la concreción de la flexiguridad, apostando por aumentar la calidad del empleo y potenciando el indefinido. Incluso aunque su contenido se plasme en un instrumento de soft law, hay que recordar que este Pilar social es una Recomendación a los Estados miembros, no ha sido obstáculo para intentar su implementación efectiva. Las cuestiones relacionadas con la duración del periodo de prueba se han incorporado a la propuesta de Directiva de 21 de diciembre de 2017 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparente y previsible en la Unión Europea. Esta actuación representa una cerrada apuesta por ir desarrollando un marco jurídico que recoja el contenido de este quinto principio del Pilar y así se debe ir avanzando. Sin embargo este camino no será nada fácil por la excesiva generalidad con la que se ha redactado²²³.

XX Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social (págs. 421-436). Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración.

²²³ Gutiérrez Colominas, D. (2018). Principio 5. Empleo seguro y adaptable. En L. Gómez Urquijo. *El Pilar Europeo de Derechos Sociales: Contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo* (págs. 117-133). Pamplona: Aranzadi.

En un empleo seguro y adaptable, las condiciones de trabajo dignas deben darse en todas las formas de empleo, por lo que el establecimiento de unas normas mínimas claras debe ser imprescindible para que esto se produzca. Centrándonos en la limitación del tiempo de trabajo, tema que nos ocupa, no parece adecuado que una Directiva como la 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo que debe establecer las normas mínimas que han de respetarse en este tema, facilite la posibilidad de no cumplir con esas normas mínimas que pretende legislar. Estas incongruencias incrementan la dualidad en el mercado laboral degradando las condiciones de trabajo de las que tanto la UE como los Estados miembros deben ser garantes.

También dentro de las condiciones de trabajo justas, el Pilar Europeo habla de salarios en su principio 6. De ellos dice que deben ser justos y que proporcionen una vida digna. El principio 7 recoge el derecho a recibir información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido.

Ve imprescindible el diálogo social y la participación de los trabajadores en la empresa, aspectos estos que vienen recogidos en el principio 8 y el equilibrio entre vida profesional y vida privada se reivindica en el principio 9. Estos dos principios se ven menoscabados si no existe una norma clara sobre la limitación del tiempo máximo de trabajo. La conciliación es imposible con largas jornadas de trabajo y la participación de los trabajadores en la organización es nula si es el empleador quien establece de forma dictatorial los horarios y su duración.

El entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y la protección de datos vienen recogidos en el principio 10 que habla de que “los trabajadores tienen derecho a

un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad en el trabajo”²²⁴. El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la propuesta del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 19 de enero 2017²²⁵, recuerda en su punto 7 que este derecho a unas condiciones de trabajo saludables y seguras también incluye medidas de protección frente a los riesgos laborales, así como limitaciones sobre el tiempo de trabajo y disposiciones sobre los períodos mínimos de descanso y las vacaciones anuales e insta a los Estados miembros a que apliquen plenamente la legislación correspondiente.

En todo caso si se quiere el logro de los objetivos planteados, alcanzar una mayor cohesión y profundizar en su dimensión social europea, no estaría mal que además de esta Recomendación que, como tal, deja el cumplimiento de los derechos reconocidos en manos de las autoridades locales, regionales y nacionales y a la acción del diálogo social, se concretase y se pusiera en marcha un programa de acción concreto, de medidas específicas que deban ser implantadas por los Estados. Si no se avanza en esta línea, este Pilar social puede quedarse en un listado de buenas intenciones²²⁶.

Más allá de estos principios, muchos de los cuales están vinculados con el tiempo de trabajo, dentro de las actuaciones que tendrá que llevar a cabo la Unión en la construcción del Pilar social europeo, está la de actualizar y completar la legislación europea si es necesario. Ya existen varias proposiciones tanto legislativas como no legislativas, tales como una proposición dirigida a promover el equilibrio entre vida profesional y vida privada, al igual que la puesta al día de la legislación de la Unión en

²²⁴ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea. *Pilar Europeo de los Derechos Sociales*.

²²⁵ Parlamento Europeo. *Resolución de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales*. (2016/2095(INI)).

²²⁶ Marín Malo, M. (2018). Principio 4. Apoyo activo para el empleo. En L. Gómez Urquijo. *El Pilar Europeo de Derechos Sociales: Contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo* (págs. 99-113). Pamplona: Aranzadi.

materia de salud y seguridad e iniciativas relativas a contratos de trabajo justo y el acceso a la protección social.

Además de nuevas propuestas legislativas, el Pilar Europeo de los Derechos Sociales busca la efectividad de la legislación existente. La Comisión ya ha publicado una clarificación de la Directiva sobre el tiempo de trabajo²²⁷ destinada a ayudar a los Estados miembros a aplicar las reglas. En este ámbito de efectividad de la legislación, la Comisión presentó una proposición relativa a la creación de una Autoridad Laboral Europea. El 13 de junio de 2019 el Consejo adoptó el Reglamento constitutivo de esta Autoridad y el 11 de julio de ese mismo año se publica en el Diario Oficial el Reglamento entrando en vigor a los 20 días agosto, el 1 de 2019²²⁸.

Los objetivos de esta Autoridad, recogidos en el artículo 2 del Reglamento, “serán contribuir a garantizar una movilidad laboral equitativa en toda la Unión y ayudar a los Estados miembros y a la Comisión a coordinar los sistemas de seguridad social en la Unión”. Ahora bien, en su considerando tercero se hace eco de la necesidad de dar prioridad a la dimensión humana de los trabajadores con el fin de seguir desarrollando la dimensión social de la Unión y en su considerando 4 habla de la necesidad de proteger a los trabajadores de los riesgos para la salud en el trabajo y garantizar un trato equitativo para todas las personas en el mercado laboral mediante la modernización de las normas, buscando la equidad y la confianza en el mercado interior.

Aunque su ámbito resulta reducido, movilidad y seguridad social, y su esfera de acción no abarca la Directiva 2003/88/CE, pienso que sería deseable que esta Autoridad

²²⁷ Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01). Citado.

²²⁸ Parlamento Europeo y Consejo. (2019). Reglamento (UE) 2019/1149 por el que se crea la Autoridad Laboral Europea.

avanzará en competencias y aspectos más concretos de las condiciones de trabajo de los europeos. Si busca una “movilidad laboral equitativa” no puede olvidarse de tener en cuenta las condiciones de trabajo de los trabajadores y de garantizar unos mínimos para todos ellos. Si quiere ser una herramienta para avanzar en la consolidación de la dimensión social de la Unión tiene que ser más ambiciosa.

La base está puesta, solo queda ir desarrollándola según se avance en la consolidación del Pilar social. No hay que olvidar que este Pilar busca en definitiva cohesión entre todos los Estados miembros, persiguiendo un equilibrio entre los Estados con distinto nivel de desarrollo para poder reducir las divergencias en el progreso de las distintas regiones europeas.

Este encargo o misión expresa con claridad los principios fundacionales de la Unión que se asientan en la certeza de que el desarrollo económico debe proporcionar progreso social y mayor cohesión. La política social se entiende como elemento que reduce la desigualdad, aumenta los puestos de trabajo y habilita la prosperidad del capital humano europeo. Que dicho sea de paso es el capital más importante que tiene Europa.

Por tanto el impulso del Pilar Europeo de los Derechos Sociales orienta a Europa hacia un avance de la “economía social de mercado”²²⁹. Es muy significativa la utilización del adjetivo “social”. Es verdad que debe darse un desarrollo económico pero también un desarrollo social que permita una cohesión social duradera. El bienestar de las personas no puede verse disminuido por la búsqueda de un desarrollo económico desbocado. Es por ello que no se pueden establecer normas para mejorar las condiciones de trabajo y al mismo tiempo dar la posibilidad de incumplirlas por necesidades

²²⁹ Comisión. Comunicación del 8 de marzo de 2016 sobre la apertura de la consulta sobre el Pilar europeo de derechos sociales. COM (2016) 127 final. Citado.

económicas. La superación de la crisis solo será posible con perspectiva de futuro y no con medidas cortoplacistas.

2.3.3. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

La Propuesta para esta Directiva, COM (2017) 797 final²³⁰, reconoce en su exposición de motivos que “en los últimos 25 años ha habido una flexibilización creciente del mercado laboral”. Esta flexibilidad “ha sido un importante motor de creación de empleo y de crecimiento del mercado laboral” pero “también ha provocado inestabilidad y una mayor falta de previsibilidad”. Establece que unos marcos jurídicos inadecuados pueden exponer a los trabajadores con empleos no convencionales a prácticas poco claras o desleales y dificultar el cumplimiento de sus derechos.

Un sistema normativo cada vez más diferenciado entre los distintos países miembros de la UE hace que la competencia basada en recortar los estándares sociales aumente entre ellos. Surgen de esta manera perjuicios para los empleados pero también para los empleadores sometidos a una descabellada presión competitiva y para los Estados aparecen problemas fiscales y menores cotizaciones a la seguridad social. Volviendo a insistir en el principio de flexiguridad, establece como objetivo general de esta Propuesta promover un empleo que procure seguridad y previsibilidad mayores sin olvidar la necesidad de adaptación del mercado laboral y con todo ello conseguir unas condiciones de vida y trabajo mejores. Las condiciones de trabajo se revisan en el capítulo III de la Propuesta.

²³⁰ Parlamento Europeo y Consejo. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de diciembre de 2017, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. COM (2017) 797 final.

La Unión deberá establecer las disposiciones mínimas para reforzar y mejorar las disposiciones de los Estados pero permitiendo a estos mantener o establecer disposiciones más favorables. Con este establecimiento de normas mínimas, no pretende eliminar la flexibilidad ya que permite la elección de distintas medidas concretas para la aplicación de las disposiciones relativas a las condiciones del trabajo.

El poder disponer de unas normas mínimas europeas ofrece un valor añadido a la Unión Europea y a su normativa. Incrementa la seguridad jurídica de la persona empleada pero también de la persona empleadora, previene el desplome de las condiciones de trabajo, amplía la previsibilidad para las empresas y posibilita una mayor movilidad de los trabajadores en el mercado interior. Establecer una normativa apropiada es fundamental para que los trabajadores no se encuentren sujetos por lagunas jurídicas sin que puedan ejercitar correctamente sus derechos.

Considera además, que deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias y que hay más precario que no conocer cuántas horas o en qué momento se tiene que realizar el trabajo. La limitación del tiempo de trabajo es fundamental para la no precarización del mercado laboral. La mayor flexibilidad hace necesario que los trabajadores obtengan información completa respecto de sus condiciones de trabajo fundamentales, pero también recuerda que los Estados miembros deben evitar establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

Su considerando 12 es fundamental ya que propone que “la información relativa al tiempo de trabajo debe ser coherente con las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, e incluir información sobre las pausas, el descanso diario, el descanso semanal y la duración de las vacaciones

pagadas”, al igual que el 14 que dice que “si no se puede indicar un calendario de trabajo fijo debido a la naturaleza del empleo, los trabajadores deben saber cómo se determinará su calendario de trabajo, incluidas las franjas horarias en las que podrían tener que ir a trabajar y el plazo mínimo en el que deben recibir el preaviso”. Lo que en definitiva se está pidiendo es transparencia de los empleadores.

Parece absurdo que se establezca esta necesidad de informar si se mantiene la posibilidad de utilizar la cláusula de no aplicación que se recoge en la Directiva 2003/88/CE. El estar informado no erradica la posibilidad de sufrir unas condiciones indignas de trabajo ya que la posibilidad de aplicación de la opt-out implica a la postre que las condiciones sean las que arbitrariamente establezca el empresario.

Ya en su articulado, en concreto en el artículo 9 que habla de la *Previsibilidad mínima del trabajo*, establece que “si el calendario de trabajo de un trabajador es total o fundamentalmente variable y está total o fundamentalmente determinado por el empleador, los Estados miembros velarán por que el empleador pueda exigir al trabajador que realice sus tareas únicamente si: a) las tareas tienen lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, establecidos por escrito al comienzo de la relación laboral, b) si el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con suficiente antelación”. De nada sirve establecer unas relaciones laborales transparentes y previsibles si esa transparencia y previsibilidad se reduce a acatar lo dispuesto por el empleador. Es verdad que la situación mejora porque el trabajador está sobre aviso de su situación pero eso no impedirá que las condiciones laborales se degraden si los empleadores solo tienen una visión productivista y a corto plazo.

La misma Propuesta, en su considerando 28, pone de manifiesto que “la consulta sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales ha puesto de manifiesto la necesidad de

reforzar el control del cumplimiento de la legislación de la Unión en materia laboral, a fin de garantizar su eficacia”. La eficacia de la legislación no se puede dar cuando la legislación permite al Estado no aplicar la legislación que previamente se ha establecido como ocurre con la cláusula de no aplicación que aparece en la legislación europea sobre el tiempo de trabajo.

La Propuesta pretende modernizar las obligaciones existentes de informar a cada trabajador sobre sus condiciones de trabajo y crea nuevas normas mínimas para garantizar que todos los trabajadores, incluidos los que tienen contratos atípicos, se beneficien de una mayor previsibilidad y claridad en lo que respecta a sus condiciones de trabajo, pero el resultado es que el trabajador sabe sus condiciones de trabajo sin que ello implique que sus condiciones de vida y de trabajo mejoren.

Esta Propuesta de Directiva ha dado lugar a la aprobación de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparente y previsible en la UE que “se espera tenga especial incidencia sobre las nuevas formas de contratación especialmente sobre los trabajadores a demanda y todos aquellos cuyo empleo se caracterice por un alto grado de imprevisibilidad incluyendo a los trabajadores asalariados de las plataformas digitales”²³¹ o los trabajadores más vulnerables como los trabajadores domésticos, los trabajadores en prácticas y los aprendices o los que tienen contratos de cero horas.

Con el mismo espíritu que la Propuesta, su finalidad es la de “mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de

²³¹ Canalda Criado, S. (2019). La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsible en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral. *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 440, 161-184. P. 181.

adaptación del mercado laboral”. Importante es el artículo 10²³² que habla sobre la previsibilidad mínima del trabajo y sorprendente el 11²³³ que habla de medidas complementarias para los contratos a demanda.

De este último tipo de contratos se dice que si los Estados miembros lo autorizan deberán adoptar medidas para evitar el abuso. Se ve aquí la vacilación que muestra la Unión demasiado a menudo. Si ya se prevé que su uso puede perjudicar al trabajador, ¿no sería más sensato no posibilitar este tipo de contratos? Si se reconoce que la inestabilidad y la falta de previsibilidad son perjudiciales no se puede a renglón seguido permitir contratos en los que esa inestabilidad y falta de previsibilidad son su esencia.

²³² Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 2019/1152 de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparente y previsible en la UE. Art. 10. Previsibilidad mínima del trabajo. “1. Si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso ii), y b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii).

2. Si no se cumple uno o ninguno de los requisitos establecidos en el apartado 1, el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables.

3. Si los Estados miembros permiten que el empleador cancele una tarea asignada sin indemnización, adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, para garantizar que el trabajador tenga derecho a una indemnización si el empleador cancela, sin observar un plazo de preaviso razonable determinado, la tarea asignada acordada previamente con el trabajador.

4. Los Estados miembros podrán establecer las modalidades de aplicación del presente artículo, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales”.

²³³ Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 2019/1152 de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparente y previsible en la UE. Art. 11. Medidas complementarias para los contratos a demanda. “Si los Estados miembros autorizan el uso de contratos de trabajo a demanda o similares, adoptarán una o varias de las siguientes medidas para evitar prácticas abusivas: a) limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares; b) una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado; c) otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas. Los Estados miembros informarán a la Comisión acerca de dichas medidas”.

“Tenemos que redoblar los esfuerzos encaminados a conseguir un mercado laboral justo y verdaderamente paneuropeo”.

Presidente Jean-Claude Juncker,

Discurso sobre el estado de la Unión, Parlamento Europeo,

9 de septiembre de 2015

Capítulo 3 .

LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE LIMITACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y LA CLÁUSULA OPT-OUT

En este capítulo se aborda la aplicación concreta de los mandatos establecidos en los Tratados y en la Carta en el ordenamiento jurídico europeo. Para ello se estudia de forma cronológica la evolución que ha ido desarrollándose sobre el derecho a la limitación del tiempo de trabajo. Esta revisión permite situar y entender mejor cómo ha ido evolucionando este derecho y cuáles son los problemas más importantes para su regulación.

El examen de la normativa se inicia con la Directiva 93/104/CE del Consejo que quiere dar respuesta concreta al art. 31.2 de la Carta en la que se establece el derecho fundamental a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.

Tras repasar la Directiva 93/104/CE del Consejo, se continúa en este capítulo, con su ampliación en la Directiva 2000/34/CE y su posterior síntesis en la actual Directiva 2003/88/CE, su proceso fallido de revisión y la situación actual de la misma. El objetivo es hacer ver que además de las discusiones sobre interpretación del concepto de tiempo de trabajo, uno de los puntos más controvertidos para llegar a un acuerdo para una nueva y necesaria Directiva sobre el tiempo de trabajo en la UE, es la opt-out. Esta cláusula, que posibilita la no aplicación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, es una de las más debatidas ya en la primera Directiva y viene a significar que quede sin efecto el derecho fundamental de la limitación real del tiempo de trabajo.

3.1. Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre 1993. Interpretación del concepto de tiempo de trabajo

Basándose en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y en particular en su artículo 118 A²³⁴ y considerando las disposiciones de la Directiva 89/391/CEE²³⁵

²³⁴ El artículo 118 A del Tratado prevé que el Consejo establezca, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores.

²³⁵ Consejo. Directiva 89/391/CEE. Citado.

relativa a la aplicación de medidas para la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, se establece, en 1993, la Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

En sus considerandos hace referencia a la Carta comunitaria de derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, en particular a su apartado 7, su apartado 8 y el párrafo primero de su apartado 19²³⁶. Estima que “la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico” y que “la organización del trabajo con arreglo a cierto ritmo debe tener en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona”.

Es interesante señalar el considerando que establece ese equilibrio tan difícil entre flexibilidad y seguridad en el que se intenta instalar la UE. Así se dice que “parece oportuno prever cierta flexibilidad en la aplicación de determinadas disposiciones” de la Directiva “al tiempo que se garantiza el cumplimiento de los principios de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”.

Hay que decir que la Directiva del 93 ya establecía una limitación clara y rigurosa de la duración máxima del tiempo de trabajo en su artículo 6, estableciendo que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la duración media del trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días.

Igualmente preveía también otras limitaciones importantes. Un período mínimo de descanso de once horas consecutivas por cada período de veinticuatro horas; una pausa cuando el tiempo de trabajo diario fuese superior a seis horas; un período mínimo de descanso de un día por semana; unas vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas o una duración máxima diaria de trabajo nocturno de ocho horas como media.

²³⁶ Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Apartados 7, 8 y 19. Citado.

Sin embargo, la Directiva se ha clasificado de extravagante y esquizofrénica²³⁷ ya que por una parte establece unos mínimos para todos los Estados miembros y por otra crea rendijas, que quiebran la fortaleza de la Directiva, para que puedan flexibilizarse esos mínimos, incluyendo ya la posibilidad de utilizar la opt-out, es decir la exclusión voluntaria a esta norma. Esta posibilidad aparece en la letra i) b del apartado 1 del artículo 18²³⁸ que incluye las disposiciones finales de la Directiva. En ella se establece de forma clara que un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6 si cumple ciertas condiciones. Esta posibilidad hace que en la práctica, aunque se establezcan ciertas condiciones, si el trabajador cede a trabajar más horas de las que marca el límite establecido, el empleador puede hacerle trabajar sin establecer ningún límite.

La Directiva con este enunciado, da la posibilidad a los Estados de adaptar la norma a sus necesidades particulares, lo que ha traído como consecuencia una transposición que se puede considerar no muy correcta. Esta dualidad que enfrenta proteccionismo a liberalización, da la posibilidad de autoexclusión a buena parte de las

²³⁷ Cabeza Pereiro, J. (2007). Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo. En J. Aparicio Tovar y J. López Gandía, *Tiempo de trabajo* (págs. 13-33). Albacete: Bomarzo.

²³⁸ Consejo. Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Art. 18.1.b) i) *“No obstante, siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que: - ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo; - ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo; - el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo; - los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;- el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16.*

Antes de la finalización de un período de siete años a contar desde la fecha mencionada en la letra a), el Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, acompañada de un informe de evaluación, reexaminará las disposiciones del presente inciso i) y decidirá sobre el curso que deberá dárseles”.

reglas que establece y ha conducido a la vulneración de las condiciones de trabajo de ciertos trabajadores.

Pero antes de entrar a limitar el tiempo de trabajo se establece el concepto de trabajo, su interpretación es uno de los puntos más problemáticos. Su definición viene recogida en el artículo 2.1.

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

La interpretación que hace el TJUE de este artículo no es restrictiva, al contrario, tiene una visión muy abierta quizá demasiado para muchos de los Estados que firmaron esta Directiva dando lugar a una jurisprudencia muy significativa. La doctrina del Tribunal de Luxemburgo es muy interesante a este respecto y sirve como contención de tendencias que muchas veces son demasiado liberalizadoras.

3.1.1. Sentencia SIMAP

En la sentencia SIMAP²³⁹, se plantea cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 2.1 de la Directiva 93/104. Esta cuestión se originó en el litigio entre el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública de la Comunidad Valenciana (SIMAP) y la Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana.

En el litigio principal se expone la situación de los médicos de los Equipos de Atención Primaria de la Comunidad Valenciana. Se afirma que estos médicos son forzados a realizar jornadas de trabajo indefinidas, sin tope diario, ni semanal, ni

²³⁹ TJUE. Sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, (C-303/98).

mensual, ni anual, en los que se encadena la jornada ordinaria con el turno de atención continuada y ésta con la jornada ordinaria del día siguiente, llegando a realizar “una jornada laboral ininterrumpida de 31 horas”, según el SIMAP. Se pregunta, entre otras cosas, si debe estimarse todo este tiempo como de trabajo o solo aquel efectivamente invertido en la realización de la actividad. Es decir, si cuando realicen los turnos de atención continuada por el sistema de presencia física en el centro o bien mediante el régimen de “localización”, se debe estimar este tiempo como de trabajo en el sentido de la Directiva.

Se recuerda que según el art. 2.1, el tiempo de trabajo es aquel en el que el trabajador está a disposición del empresario, cuestión ésta que se da en los dos casos, en la atención continuada en el centro y en el régimen de “localización”. Pero que además tiene que cumplirse que el trabajador esté en ejercicio de su actividad o de sus funciones y es aquí cuando el Tribunal interpreta de forma amplia al considerar que el estar presente en el centro de trabajo es una de las funciones o actividades del trabajador. Así la atención continuada en el centro, en régimen de presencia física, cumple las condiciones para considerarse como tiempo de trabajo. Es importante también destacar que en esta sentencia se recoge en su apartado 47²⁴⁰, la idea de que el concepto de tiempo de trabajo se concibe en la Directiva “en contraposición al periodo de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos”.

Por otra parte, la sentencia también se hace eco de lo expresado en las conclusiones del Abogado General²⁴¹, Antonio Saggio, donde se establece que eliminar del concepto de tiempo de trabajo el periodo de atención continuada en régimen de presencia física significaría poner seriamente en peligro el objetivo de la Directiva que

²⁴⁰ TJUE, sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, (C-303/98). Apartado 47.

²⁴¹ TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio presentadas el 16 de diciembre de 1999, SIMAP, (C-303/98).

no es otro que el de garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores. Sin embargo, en esas mismas conclusiones también se dice que se encuentran en diferente situación los médicos que prestan la atención continuada en régimen de localización para los que no es obligatoria la presencia en el centro sanitario, pues si bien están a disposición del empresario, puesto que deben estar localizables, tienen menos limitaciones a la hora de organizar su tiempo y pueden ocuparse a sus asuntos personales.

Teniendo en cuenta esas conclusiones, la sentencia declara en su punto 3 que “el tiempo dedicado a atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad” en el sentido de la Directiva 93/104. “Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, solo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria”.

Siguiendo muy de cerca lo expuesto en la sentencia SIMAP, encontramos otra cuestión prejudicial que afecta a todo el personal médico y de enfermería que presta servicios por cuenta del Servicio Galego de Saúde (SERGAS) en los puntos de atención continuada (PAC), en los equipos de atención primaria y en otros servicios de urgencias extra-hospitalarias en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia. En este caso el auto del TJUE en el asunto SERGAS²⁴² es similar aunque el personal no sea solo médico sino también de enfermería, todo el tiempo de atención continuada en régimen de presencia física debe considerarse tiempo de trabajo y computable para establecer las horas extraordinarias.

²⁴² TJUE. Auto de 3 de julio de 2001, SERGAS, (C-241/99).

3.1.2. Sentencia Jaeger

Otra sentencia significativa es la del caso Jaeger²⁴³. Nos presenta las cuestiones prejudiciales que aparecieron en el marco de un litigio entre la Landeshauptstadt Kiel (ciudad de Kiel) y el Sr. Jaeger, respecto a la definición de los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso” en el sentido de la Directiva 93/104 en el marco del servicio de atención continuada (Bereitschaftsdienst) de un médico en un hospital.

Se pregunta en concreto si se debe considerar que un servicio de atención continuada que un médico efectúa en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se requieran sus servicios. La sentencia es clara y así queda recogido en su apartado 71²⁴⁴, ese tiempo es “en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de esta Directiva”, incluso cuando el trabajador pueda sestar en los momentos en los que no es requerido para realizar sus funciones.

Además, se precisa que un médico obligado a mantenerse a disposición en un lugar determinado está sujeto “a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que debe permanecer alejado de su entorno tanto familiar como social y goza de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios”²⁴⁵.

La sentencia deja claro que los conceptos de “tiempo de trabajo” y de “período de descanso”, contrapuestos entre sí, no deben interpretarse en función de las diferentes disposiciones normativas de los Estados. El Tribunal establece sin lugar a dudas que los

²⁴³ TJUE. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02).

²⁴⁴ TJUE. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02). Apartado 71.

²⁴⁵ TJUE. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02). Apartado 65.

conceptos que abarca esta Directiva tienen un alcance comunitario y que por lo tanto los Estados no pueden de forma arbitraria excluir ni a ciertos colectivos ni a determinadas situaciones. Al constituir conceptos de Derecho comunitario hay que definirlos según características objetivas y teniendo en cuenta la finalidad con la que se estableció la Directiva, esto es, establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. Por tanto, solo una interpretación autónoma puede garantizar su eficacia y su aplicación uniforme en todos los Estados. El hecho de que en la definición del concepto de tiempo de trabajo se haga referencia a las “legislaciones y/o prácticas nacionales” no significa que los Estados puedan establecer por su cuenta el significado de este concepto. De gran importancia es que el artículo 2 de la Directiva 93/104, que define el concepto de tiempo de trabajo, no figure entre las disposiciones para las que se permiten establecer excepciones.

La interpretación del tiempo de trabajo no puede deformarse por tanto por las objeciones económicas y organizativas, planteadas por los Estados. En los considerandos de la Directiva se recuerda que “la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico”. Sin embargo, hay que tener en cuenta y así lo dice la sentencia que “se refiere exclusivamente a los aspectos de Derecho laboral” y no a las condiciones de su retribución. Es decir solo se pronuncia en relación al concepto de tiempo de trabajo, establece qué se considera tiempo de trabajo pero no entra a valorar si todo el tiempo de trabajo debe remunerarse en la misma cuantía.

3.1.3. Sentencia Pfeiffer

Esta doctrina se ve consolidada con otras sentencias más recientes. Una de ellas es la Sentencia Pfeiffer²⁴⁶, dictada en 2004, que plantea algo similar siendo en este caso los afectados los socorristas que prestan sus servicios en el marco de un servicio de asistencia médica urgente. En la sentencia el Tribunal se reafirma estableciendo que “debe considerarse que los servicios de atención continuada (Bereitschaftsdienst) realizados por un trabajador en régimen de presencia física en el lugar determinado por su empresario, constituyen en su totalidad períodos de trabajo a efectos de la Directiva 93/104, independientemente de la circunstancia de que, durante la atención continuada, el trabajador no realice efectivamente una actividad profesional continua”²⁴⁷. “Lo mismo cabe decir de los períodos de permanencia (Arbeitsbereitschaft) asegurados por socorristas en el marco de un servicio de socorro que supone necesariamente fases de inactividad más o menos extensas entre las intervenciones urgentes”²⁴⁸. Por lo que tales periodos de permanencia deben tomarse íntegramente en cuenta a la hora de establecer la duración máxima diaria y semanal del tiempo de trabajo.

3.1.4. Sentencia Dellas

Otra sentencia que consolida esta doctrina es el caso Dellas²⁴⁹ de 2005. Los afectados en este caso son los educadores especializados que realizan guardia en régimen de presencia física en ciertos centros sociales y médico-sociales que acogen a personas con diversidad funcional en régimen de internado. La sentencia es el resultado de la solicitud de aclaración de la Directiva 93/104, en concreto si ésta se opone a una

²⁴⁶ TJUE. Sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados (C-397/01) a (C-403/01).

²⁴⁷ TJUE. Sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados (C 397/01) a (C-403/01). Apartado 93.

²⁴⁸ TJUE. Sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados (C-397/01) a (C-403/01). Apartado 94.

²⁴⁹ TJUE. Sentencia de 1 de diciembre de 2005, Dellas, (C-14/04).

normativa de un Estado, en este caso Francia, en relación con el cómputo del tiempo de trabajo efectivo en los periodos de guardia en régimen de presencia física.

Francia estableció un sistema de equivalencia para los periodos de vigilancia nocturna que eran objeto de un modo específico de contabilización del trabajo efectivo. Aducía la necesidad de establecer un modo específico de cómputo teniendo en cuenta la inactividad o menor intensidad del trabajo prestado durante esos periodos para, de ese modo, establecer la remuneración y el cómputo de horas extraordinarias.

La sentencia destaca por una parte que la Directiva 93/104 no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso y, por otra parte, que entre los elementos peculiares del concepto de “tiempo de trabajo” a los efectos de esta Directiva, no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni el rendimiento de éste. El hecho de que los servicios de guardia comporten ciertos períodos de inactividad carece, pues, de relevancia. Por tanto vuelve a insistir en que todo tiempo de presencia física en el puesto de trabajo es tiempo de trabajo efectivo para el cómputo de horas. Ahora bien, vuelve a insistir en que la Directiva tal como se desprende de su finalidad y de sus disposiciones no establece cómo se debe remunerar.

3.1.5. Sentencia Matzak

Aunque la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 2 de la Directiva es abundante y bastante clara, sigue presentando dificultades como demuestra que en 2015 se presentara una petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de travail de Bruxelles. El asunto Ville de Nivelles/Rudy Matzak²⁵⁰ en el que entre otras cosas se pregunta si la Directiva se opone a que “el período de guardia localizada se considere

²⁵⁰ Diario Oficial de la Unión Europea. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de travail de Bruxelles (Bélgica) el 28 de septiembre de 2015. Ville de Nivelles/Rudy Matzak. (C-518/15).

tiempo de trabajo cuando, aunque la guardia se desarrolle en el domicilio del trabajador, las obligaciones que pesan sobre él durante la guardia (como la obligación de responder a las llamadas del empresario en un plazo de 8 minutos) limitan significativamente la posibilidad de realizar otras actividades”.

El 26 de julio de 2017 se presentaron las Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston a este asunto. En la segunda cuestión prejudicial presentada se desea saber si los conceptos de tiempo de trabajo y de tiempo de descanso pueden interpretarse por parte de un Estado miembro de manera menos estricta a la definición hecha por la Directiva. En este punto la Abogada es categórica y siguiendo la jurisprudencia anterior establece que “al aplicar la Directiva, los Estados miembros no tienen libertad para adoptar una versión menos estricta de ninguna de las dos definiciones”²⁵¹.

Para la Abogada “la obligación de estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario y de realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas” es un “factor determinante” para establecer qué es tiempo de trabajo y qué no lo es. Este principio se emplea al explicar los asuntos Jaeger, Dellas y otros, pero no es decisivo en otros asuntos como el caso Grigore²⁵² o Simap en los que el grado de libertad del que disfruta el trabajador es el factor crucial para determinar el tiempo de trabajo. Para la Abogada la calidad del tiempo del que el trabajador puede disfrutar cuando permanece en situación de disponibilidad es un factor crucial para la determinación del tiempo de trabajo. Según la Abogada “es preciso atender a la calidad del tiempo del que el

²⁵¹ TJUE. Conclusiones de la abogada General Eleanor Sharpston, presentadas el 26 de julio de 2017 en el asunto (C-518/15), Ville de Nivelles contra Rudy Matzak, Aparado 33.

²⁵² TJUE. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de marzo de 2011. El asunto Grigore trataba sobre un agente forestal al que el empresario suministra un alojamiento situado en la parcela forestal en la que trabaja y en la que se le obligaba a pasar ciertos periodos. El Tribunal de Justicia estimó que no era prueba concluyente el hecho de pasar tiempo en la parcela para establecer que ese tiempo era tiempo de trabajo sino que era un factor más importante el hecho de estar a disposición del empresario para prestar sus servicios.

trabajador puede disfrutar cuando permanece en tal situación de disponibilidad”. Hay que tener en cuenta “su capacidad de dedicarse a sus intereses personales o a su familia”. En este asunto Matzak, lo más importante no es la proximidad al centro de trabajo exigida, sino la calidad del tiempo.

La sentencia del Tribunal a este asunto (C-518/15)²⁵³, mantiene lo apuntado con anterioridad, y establece que “la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de tiempo breve, limitan considerablemente las posibilidades que tiene un trabajador de dedicarse a otras actividades”.

Parece que la inmediatez en la respuesta y estar a disposición del empleador, lo que dificulta la posibilidad de realizar otras actividades al empleado, es lo que determina la existencia del tiempo de trabajo. Así se expresa también la jurisprudencia española en la sentencia 137/2018 de la Audiencia Nacional²⁵⁴ en la que se establece que en las guardias de disponibilidad en las que esa inmediatez no exista solo se considerará tiempo de trabajo el efectivamente realizado, así se intenta zanjar la controversia con las horas de disponibilidad haciendo referencia a la sentencia Matzak antes mencionada.

Del repaso de esta jurisprudencia se puede decir que en la Directiva 93/104 se contraponen el concepto de tiempo de trabajo al de periodo de descanso, no contemplándose una categoría intermedia. Asimismo queda patente que los conceptos de tiempo de trabajo y descanso constituyen parte del acervo del Derecho Comunitario,

²⁵³ TJUE. Sentencia de 21 de febrero de 2018, Ville de Nivelles / Rudy Matzak, (C-518/15). Apartado 53.

²⁵⁴ Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sec. 1ª. Sentencia 137/2018 de 20 septiembre JUR\2018\279055.

por lo que no pueden interpretarse en función de las disposiciones internas nacionales. No hay posibilidad de definición o interpretación distinta a la que establece la Directiva o realiza la jurisprudencia ya que hay que tener en cuenta el principio de primacía del ordenamiento comunitario. También queda claro que los aspectos salariales quedan al margen del objetivo y del contenido que engloba la Directiva.

3.2. Directiva 2000/34/CE

La Directiva 93/104/CE se modifica en 2000 para incluir sectores y actividades excluidos en ella y recoger de alguna forma la jurisprudencia que se había producido y tantos problemas había creado. Es así que se establece la Directiva 2000/34/CE de 22 de junio²⁵⁵.

La contraposición entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso dio lugar a muchos problemas a los Estados a la hora de aplicar la Directiva a ciertos colectivos. Para superar esa dicotomía se reescribe el artículo 14²⁵⁶ estableciendo que no se aplicará la Directiva si otros instrumentos comunitarios contienen “prescripciones más específicas en materia de ordenación de tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales”. Por lo tanto solo en sectores que cuenten con una Directiva específica puede superarse esa dicotomía.

También se da un respiro a los Estados estableciendo que estos “podrán disponer de un plazo suplementario de hasta dos años, en caso necesario, con el fin de atender las

²⁵⁵ Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 00/34/CE, de 22 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, para incluir los sectores y las actividades excluidos de dicha Directiva.

²⁵⁶ Directiva 93/104. Artículo 14. Disposiciones comunitarias más específicas. “No se aplicarán las disposiciones de la presente Directiva en la medida en que otros instrumentos comunitarios establezcan disposiciones más específicas relativas a determinadas ocupaciones o actividades profesionales”.
Directiva 2000/34. Artículo. 14. Disposiciones comunitarias más específicas. “Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán en la medida en que otros instrumentos comunitarios contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales”.

dificultades que entrañe el cumplimiento de las disposiciones relativas al tiempo de trabajo por lo que respecta a su responsabilidad en la organización y prestación de servicios médicos y de salud”. Igualmente se hace eco de la jurisprudencia modificando el artículo 5²⁵⁷ de la Directiva 93/104 y suprimiendo la frase que hacía referencia al domingo como día de descanso preferible.

La laxitud con la que legisla la Directiva queda matizada por la modificación del artículo 2 dedicado a las definiciones que se modifica incluyendo el concepto de “descanso adecuado”. Así se establece que no solo tiene que existir un descanso sino que éste debe ser adecuado, entendiéndose como tal “períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo”.

Esta idea de descanso adecuado es contraria a la situación producida con la utilización abusiva de la flexibilización del tiempo de trabajo o la utilización de la opt-out. El establecimiento claro de la duración máxima del tiempo de trabajo es imprescindible para poder establecer un descanso adecuado. Establecida la duración máxima, es decir, limitando de forma precisa el tiempo de trabajo resulta más factible procurar periodos regulares y suficientemente largos de descanso para los trabajadores.

²⁵⁷ Directiva 93/104. Artículo 5. Descanso semanal. “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, a las que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 . El período mínimo de descanso a que se refiere el párrafo primero incluye, en principio, el domingo”.

Directiva 2000/34. Descanso semanal. “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3”.

Sin ese establecimiento claro no se puede garantizar que los descansos se prolonguen en el tiempo de forma regular.

Es ineludible recordar que un descanso adecuado proporciona un trabajo más seguro y más productivo por lo que conceder ese descanso es bueno tanto para los empleados como para los empleadores²⁵⁸. Si ese descanso no es el adecuado puede causar graves consecuencias para la salud física y mental y el bienestar de los trabajadores y asimismo afectar a la seguridad en el trabajo e incluso ser un factor significativo en los accidentes producidos durante los trayectos del trabajo a casa o viceversa. Además un descanso insuficiente interfiere y dificulta la conciliación entre la vida familiar y laboral. Se puede concluir que la concesión de un descanso adecuado es imprescindible para garantizar un trabajo decente para los trabajadores.

3.3. Informe sobre el Estado de aplicación de la Directiva 93/104/CE

Los Estados tenían que haber transpuesto esta Directiva a más tardar en noviembre de 1996, por lo que en diciembre de 2000, siguiendo las indicaciones de la propia Directiva 93/104/CE y aunque ya se había publicado su ampliación en junio, la Comisión presenta este informe, COM (2000) 787 final²⁵⁹, en el que se recoge de forma general la situación en que se encuentran los Estados miembros respecto a la aplicación de la Directiva. En él se dice que el nivel general de aplicación en los Estados miembros era relativamente bueno. Sin embargo también describe algunos problemas generales en su aplicación.

El primero es que algunos Estados miembros excluyen completamente a ciertas categorías de trabajadores que no corresponden a las exclusiones permitidas por el

²⁵⁸ TJUE. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02). Apartado 92.

²⁵⁹ Comisión de las Comunidades Europeas. Informe de la Comisión, de 1 de diciembre de 2000, sobre el Estado de la aplicación de la Directiva 93/104/CE de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2000) 787 final.

apartado 3 del artículo 1²⁶⁰. Se señala que algunas de las categorías excluidas corresponden al ámbito del apartado 1 del artículo 17²⁶¹, pero se recuerda que la Directiva no permite una exclusión total en estos casos. No hay que olvidar y así se señala en la Comunicación, que las excepciones que recoge el artículo 17 son distintas a las exclusiones que recoge el artículo 1.

El segundo problema general que encuentra la Comisión es que no se respete el tiempo de trabajo semanal medio de 48 horas. Esto es debido a que no se establece un límite absoluto durante un periodo de referencia dado para el tiempo de trabajo ordinario y las horas extraordinarias regulares. Destacando que este riesgo es particularmente serio si durante un periodo de referencia corto se realizan la mayoría de las horas extraordinarias permitidas.

En tercer lugar, la Comisión se preocupa porque en algunos Estados miembros se debe trabajar durante un periodo de tiempo determinado para obtener el derecho a vacaciones anuales. Llegando en algunos casos a que los trabajadores pueden no tener vacaciones durante su primer año de empleo, siendo esta deficiencia importante en el caso de trabajadores con contratos de corta duración.

²⁶⁰ Directiva 93/104. Art. 1.3. *“La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados o públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, sin perjuicio del artículo 17 de la presente Directiva, con exclusión del transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, de la navegación interior, de la pesca marítima, de otras actividades marítimas y de las actividades de los médicos en periodo de formación”.*

²⁶¹ Directiva 93/104. Art. 17.1. *“En cumplimiento de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5, 6, 8 y 16 cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores, y en particular cuando se trate de: a) ejecutivos directivos u otras personas con poder de decisión autónomo; b) trabajadores en régimen familiar; o c) trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas”.*

Un cuarto problema que ve el Informe en la aplicación de la Directiva del 93 es que la reglamentación del trabajo nocturno en algunos Estados miembros ni tan siquiera está legislada y en otros no se incluyen las horas extraordinarias.

Tras revisar la situación de los distintos Estados, la Comisión considera que la legislación de los Estados miembros debe contener suficientes medidas para garantizar que los límites de tiempo de trabajo semanal medio y los descansos semanales y diarios se respeten en la medida de lo posible en los casos de trabajadores que trabajan para dos o más empresarios.

Por último, otra cuestión problemática es la de la transposición. Surgen dudas de si la transposición garantiza que la Directiva se ha incorporado a la ley nacional con la suficiente claridad y exactitud para que quede asegurada su apropiada aplicación. Los trabajadores deben estar en condiciones de conocer sus derechos y poder ejercerlos.

El informe, siguiendo lo enunciado en el antiguo artículo 137 TCE (actual artículo 153.3 TFUE)²⁶², considera los convenios colectivos como medio adecuado para la aplicación de la Directiva, siempre y cuando se respete tanto el ámbito material como personal de ella.

3.4. Directiva 2003/88/CE

La Directiva 93/104/CE y su modificación, la Directiva 20/34/CE, sufrieron cambios significativos por lo que para clarificarlas y simplificarlas nace la Directiva 2003/88/CE,

²⁶² TFUE. Artículo 153.3. *“Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2, o, en su caso, la aplicación de una decisión del Consejo adoptada de conformidad con el artículo 155. En tal caso se asegurará de que, a más tardar en la fecha en la que deba estar transpuesta o aplicada una directiva o una decisión, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias; el Estado miembro interesado deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por dicha directiva o dicha decisión”.*

así queda recogido en el considerando primero²⁶³. Pretende mitigar las consecuencias negativas de una ordenación flexible del tiempo de trabajo para la salud y seguridad de los trabajadores, intentando lograr un equilibrio entre flexibilidad y condiciones saludables y seguras. Los cambios que se producen aunque son calificados de significativos, son más de forma que de contenido, permaneciendo sin mayores alteraciones los aspectos más relevantes de la misma.

Dividida en seis capítulos, el primero está dedicado al ámbito de aplicación (artículo 1) y las definiciones (artículo 2). Este capítulo sirve de introducción al capítulo segundo que nos sumerge en el meollo de la Directiva dedicado a los períodos mínimos de descanso y otros aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. En este segundo capítulo se recoge la normativa dedicada al descanso diario (art. 3), las pausas (art. 4), el descanso semanal (art. 5), la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (art. 6) y las vacaciones anuales (art. 7). El capítulo tercero que se desarrolla desde el artículo 8 al 13 se dedica al trabajo nocturno (artículos 8, 9, 10, 11, 12), el trabajo por turnos (artículo 12) y el ritmo de trabajo (artículo 13).

El capítulo cuarto recoge disposiciones varias, así establece que si existen disposiciones comunitarias más específicas las disposiciones de la Directiva no se aplicarán (artículo 14). También en este capítulo se faculta a los Estados miembros para aplicar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos entre interlocutores sociales en lo relativo a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (artículo 15). Por último este mismo capítulo recoge un aspecto muy

²⁶³ Directiva 2003/88/CE. Considerando 1. *“La Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo que se refiere a los períodos de descanso diario, de pausas, de descanso semanal, a la duración máxima de trabajo semanal, a las vacaciones anuales y a aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo, ha sido modificada de forma significativa. En aras de una mayor claridad, conviene proceder, por tanto, a la codificación de las disposiciones en cuestión”.*

importante para la regulación del tiempo de trabajo haciendo alusión a los períodos de referencia (artículo 16).

El capítulo quinto es uno de los más controvertidos ya que recoge las excepciones desarrollándose desde el artículo 17 al 22.

De especial importancia es el apartado 1 de este último, el artículo 22.1, y la condición que establece en el apartado a) donde se introduce la necesidad de consentimiento del trabajador.

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

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

Este artículo es clave para desbaratar toda la Directiva. En él se recoge de forma palmaria la posibilidad de incumplir el artículo 6 que recoge la duración máxima del tiempo de trabajo semanal. La condición del consentimiento del trabajador se plantea dando por supuesto que el poder de decisión en el ámbito empresarial es igual para el empleado que para el empleador.

La Directiva termina con el capítulo sexto en el que se establecen las disposiciones finales en las que se hace referencia al nivel de protección (artículo 23),

los informes que deben presentar los Estados miembros y la Comisión (artículo 24), se establece que la Comisión procederá a la evaluación del funcionamiento de las disposiciones relativas a los trabajadores a bordo de buques de pesca marítima (artículo 25), y a los trabajadores del sector de transporte de pasajeros (artículo 26). También se fija la derogación de la Directiva 93/104/CE (artículo 27), la entrada en vigor el 2 de agosto de 2004 de la Directiva 2003/88/CE (artículo 28) y los destinatarios de la misma, los Estados miembros (artículo 29).

En aras de una mayor claridad en los siguientes apartados se hará referencia a esta Directiva 2003/88/CE que es la que está en vigor en la actualidad cuando se hable en general de la Directiva, si no es así se especificará si se hace referencia a alguna de las anteriores .

3.5. Comunicación de la Comisión en relación con la revisión de la Directiva 93/104/CE

Aunque ya se había publicado la Directiva de 2003 en el Diario Oficial de la Unión Europea el 18 de noviembre de ese año, en diciembre la Comisión emite la Comunicación relativa a la revisión de la Directiva del 93, la COM (2003)843 final. Como se ha dicho la Directiva de 2003 clarifica y simplifica la Directiva del 93 y del 2000 pero no hace grandes cambios por lo que la revisión sigue siendo interesante. Para la realización de esta revisión la Comisión tiene en cuenta su Informe sobre el estado de aplicación de la Directiva 93/104/CE.

La Comunicación tiene como primer propósito evaluar la aplicación de las disposiciones sujetas a revisión; como segunda intención, analizar el impacto de la jurisprudencia y como tercer deseo analiza la repercusión en la vida profesional y la vida familiar, aspecto que se ha considerado importante como condición para la correcta ordenación del tiempo de trabajo. Por último aspira a servir como inicio de un proceso de consulta que podría dar lugar a la modificación de la Directiva.

3.5.1. Excepciones a los periodos de referencia y la opt-out

Como establecía la propia Directiva 93/104/CE en sus disposiciones finales, antes de la finalización de un periodo de siete años desde su obligada transposición, el Consejo, teniendo en cuenta una propuesta de la Comisión y un informe de evaluación tenía que reexaminar ciertas disposiciones. En concreto las excepciones a los periodos de referencia (art. 17.4)²⁶⁴ y la no aplicación (art. 18.1.b.i)²⁶⁵. Dos aspectos claves y muy conflictivos en la ordenación del tiempo de trabajo. Ya desde el momento en el que se redacta la Directiva del 93 se aprecia que son ámbitos que van a necesitar una revisión y puesta al día.

En cuanto al periodo de referencia para el cálculo de las 48 horas, se había fijado en cuatro meses pero podía fijarse en seis meses en los casos en que fueran posibles las excepciones al artículo 16 e incluso dicho período de referencia podía ampliarse hasta los doce meses mediante convenio colectivo. La flexibilidad en este tema es grande como puede verse. No resulta fácil analizar las legislaciones nacionales en materia de transposición pero en general, afirma la Comunicación, se comprueba la consolidación de una tendencia hacia un periodo de referencia anual. Los Estados miembros apuestan por un periodo de referencia que favorece claramente la flexibilidad de las empresas y ya se señala que puede desproteger a los trabajadores.

²⁶⁴ Directiva 93/104/CE. Artículo 17.4. *“La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en el punto 2 del artículo 16, prevista en los puntos 2.1. y 2.2. del apartado 2 y en el apartado 3 del presente artículo, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses. No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores, sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de doce meses. Antes de la finalización de un período de siete años a contar desde la fecha mencionada en la letra a) del apartado 1 del artículo 18, el Consejo, basándose en una propuesta de la Comisión acompañada de un informe de evaluación, volverá a examinar las disposiciones del presente apartado y decidirá el curso que deberá dársele”.*

²⁶⁵ Directiva 93/104/CE. Artículo 18.1.b.i. Citado.

En cuanto a la no aplicación, vista la Directiva, un Estado puede establecer en su legislación la posibilidad de que un trabajador realice su labor durante más de 48 horas semanales de media pero siempre que se respeten ciertos requisitos establecidos en la propia Directiva. Se deja claro que si pretende excluirse del régimen comunitario en esta materia, será obligado “cumplir las condiciones establecidas en la Directiva”, es decir se necesita un acuerdo individual del trabajador y una llevanza de registros. Requisitos estos que resultan insuficientes si se quiere conseguir el objetivo de la Directiva de preservar la salud y seguridad de los trabajadores.

Ya en esta Comunicación se hace referencia al asunto SIMAP²⁶⁶, dando más importancia al consentimiento del trabajador “libre e informado” que al expresado por los sindicatos en un convenio o acuerdo colectivo y el hecho de que decida no firmarlo no podrá tener consecuencias perjudiciales para él. El Estado que quiera no aplicar el artículo 6 relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal deberá por consiguiente “adoptar todas las medidas necesarias para velar en particular por que no haya sospecha alguna en lo que respecta a la decisión del trabajador”. Sin embargo en un momento de crisis generalizada en la UE, los Estados han apostado por la creación de más cantidad de empleo sin preocuparse tanto de la calidad del mismo, ya que consideran al desempleo como un mal extremadamente grave²⁶⁷, permitiendo a los empleadores situarse en una posición de mayor poder frente a los empleados, olvidando proteger las condiciones de trabajo de los ciudadanos europeos deseosos de no entrar a formar parte de las colas de las oficinas de empleo.

En cuanto a la llevanza de registros, también resulta clara su necesidad ya que es preciso un registro de las horas realmente efectuadas más que un registro de quién ha

²⁶⁶ TJUE. Sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, (C-303/98). Citado.

²⁶⁷ Méda D. (1998). *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*. Barcelona: Gedisa

firmado el acuerdo de no aplicación como es la práctica extendida en muchas empresas europeas. Si solo se especifica qué trabajador ha consentido la opt-out pero no las horas que trabaja cada jornada, la actuación de inspección se ve seriamente entorpecida. La obligación que se establece es la de llevanza de un registro pero sería bueno que este sirviera para el control sobre la jornada que se realiza.

Al realizar la transposición de la Directiva del 93, solo el Reino Unido recurrió a esa posibilidad de no aplicación del artículo 6, por lo que la Comunicación pasa a hacer un análisis de la situación en este Estado para ver los problemas y dificultades que se derivan de la aplicación del artículo 18 de la Directiva del 93 (22 en la Directiva de 2003).

La Comisión en esta Comunicación, es clara, “observa que la legislación y la práctica no parecen ofrecer todas las garantías previstas por la Directiva”. Se constata una “generalización de la presentación del acuerdo de no aplicación en el momento de la firma del contrato laboral“, momento de gran vulnerabilidad del trabajador ya que no tiene plena libertad de elección. No es el momento más adecuado para garantizar el cumplimiento del guion segundo del artículo 18.1.b en el que se especifica que el trabajador no puede sufrir perjuicio por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento.

Se destaca ya el problema adicional de la imposibilidad de controlar el cumplimiento de otras disposiciones de la Directiva. El cumplimiento del descanso diario (art. 3), de las pausas (art. 4) o del descanso semanal (art. 5), son difíciles de controlar si no se dispone de ningún registro sobre el tiempo de trabajo efectivamente realizado por los trabajadores.

Del estudio que realiza la Comisión se desprende que existe un mayor número de trabajadores que firma el acuerdo de no aplicación que el número de trabajadores que supera las 48 horas semanales de media en un periodo de 17 semanas. La Comisión establece varias causas para la utilización de la firma del acuerdo de no aplicación de esta forma tan generalizada. El estudio señala como causas el deseo de seguir teniendo la posibilidad de trabajar más de 48 horas semanales, la percepción de que el periodo de referencia no permite responder a las necesidades de flexibilidad de las empresas, el hecho de que las derogaciones potenciales aplicables no son claras y la necesidad de reducir al máximo los obstáculos administrativos. No obstante, la Comunicación insiste en el efecto nocivo de la no aplicación sobre la salud y la seguridad de los trabajadores recordando que el cansancio y la pérdida de concentración elevan el riesgo de accidentes en las últimas horas de trabajo.

En un principio, como se ha indicado, solo el Reino Unido recurrió a la posibilidad de no aplicación del artículo 6. Sin embargo, otros Estados miembros consideraron la no aplicación como una manera de atenuar algunos problemas planteados por la jurisprudencia del TJUE. Es interesante señalar que no solo se aplicó para el sector de la salud o en los casos en que el tiempo de trabajo incluye regularmente tiempo de atención continuada, también se utilizó en el sector de la hostelería y la restauración como forma de flexibilización de las condiciones de trabajo.

3.5.2. Interpretación del concepto de tiempo de trabajo

El segundo objetivo de esta Comunicación es analizar el impacto de la jurisprudencia en lo referente a la definición del tiempo de trabajo y a la calificación de los períodos de atención continuada.

La Comunicación mantiene la idea interpretativa de la jurisprudencia y establece el concepto de tiempo de trabajo en contraposición con el tiempo de descanso, siendo estos dos conceptos mutuamente excluyentes²⁶⁸. La jurisprudencia del Tribunal tiene un gran impacto en los Estados miembros que no consideraban el periodo de atención continuada con presencia física en el lugar de trabajo como un concepto que se encontrara integrado en la definición de tiempo de trabajo. Esta contrariedad se supuso mayor al aplicar la Directiva 2000/34/CE a los médicos en periodo de formación, cosa que se produciría a partir del 1 de agosto de 2004. Para limitar este conflicto la Comisión teme que algunos Estados recurran a la posibilidad de no aplicación amparándose en lo establecido en el artículo 18 de la Directiva del 93. Como se puede apreciar, el tema de la opt-out preocupa a la Comisión desde un principio. No está segura de una aplicación correcta por parte de los Estados miembros, sin embargo la Comisión no apunta ninguna solución a los problemas derivados de estas prácticas.

3.5.3. Compatibilidad de la vida profesional y la vida familiar

Un aspecto en la Comunicación de la Comisión en relación con esta revisión de la Directiva 93/104/CE, es la compatibilidad de la vida profesional y vida familiar. Esta compatibilidad se ve como punto destacado para una correcta ordenación del tiempo de trabajo que debe buscar siempre la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos europeos.

La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores ya invitaba a desarrollar medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral²⁶⁹. La

²⁶⁸

²⁶⁹ Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Artículo 16. *“Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.*

A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la

Comunicación hace una defensa de la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo como herramienta para lograr esa compatibilidad de la vida profesional y familiar. Como dice la Comisión, esta flexibilidad puede beneficiar tanto a los trabajadores como a los empleadores y dice que “una revisión de la Directiva podría(n) aprovecharse para animar a los Estados a que adopten medidas dirigidas a una mayor compatibilidad de vida profesional y la vida familiar”. Siendo este aspecto de la compatibilización un punto destacado en la política europea, su logro se verá afectado si no se define con corrección qué es el tiempo de trabajo y sobre todo su limitación. La no limitación o dejar en manos del empresario la total decisión sobre la duración del tiempo de trabajo, no favorece la conquista de la tan ansiada compatibilización de vida profesional y familiar. La posibilidad de utilizar la opt-out como forma de flexibilizar la organización del tiempo de trabajo no cabe duda ayuda al empresario. Sin embargo, esa misma posibilidad limita, de forma muy significativa, la viabilidad de conciliación de vida familiar y profesional, que no hay que olvidar es una aspiración dentro de la UE.

3.5.4. Criterios para la revisión

La Comunicación establece también ciertos criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de hacer una revisión de la Directiva del 93. Además de las disposiciones que la propia Directiva indica que tienen que revisarse e interpretar la jurisprudencia creada por el TJUE, la Comunicación establece que se debe “ofrecer a los trabajadores una sólida protección de la salud y la seguridad en relación con el tiempo de trabajo, dar mayor flexibilidad a las empresas y los Estados miembros en la gestión del tiempo de trabajo, facilitar la conciliación del trabajo y la vida familiar y no

retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.

Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”.

imponer obligaciones excesivas a las empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas”.

Sin embargo al permitir la Directiva la opt-out, no se consigue esa protección firme que se busca de la salud y la seguridad, ni se facilita la conciliación por lo que no estaría de más que se hubiera establecido su posible eliminación en esos criterios de revisión. Por otro lado, establecer unos mínimos no impide que las empresas y los Estados flexibilicen la legislación del tiempo de trabajo a partir de esos mínimos, ni tampoco aumenta las obligaciones a los empresarios. No se puede flexibilizar sin establecer un orden estable básico de mínimos que todos los europeos deban respetar²⁷⁰.

Es muy revelador cuando dice que la introducción de disposiciones más flexibles “está en consonancia con la agenda de política social”, pero esa flexibilidad debe inscribirse en el concepto de flexiguridad, es decir no obviar la seguridad de los trabajadores. La calidad del empleo tiene que verse reflejada tanto en la seguridad y la salud en el trabajo, en la necesidad de conciliar la actividad profesional con la vida familiar como en lograr un equilibrio adecuado entre flexibilidad y seguridad.

Según esta Comunicación “aumentar la flexibilidad” de la organización del tiempo de trabajo permitirá satisfacer las necesidades tanto de los empresarios como de los trabajadores. Sin embargo la propia Comunicación reconoce que la aplicación que se ha hecho de esta flexibilización a través de la no aplicación en el caso de Reino Unido, “ha puesto de manifiesto las dificultades que plantea garantizar el respeto del espíritu y los términos de la Directiva y ofrecer verdaderas garantías a los trabajadores”. Quizá

²⁷⁰ Molina Navarrete, C. (2014). La “luna europea” y sus dos caras. Regulación flexible del tiempo de trabajo y límites comunitarios. En S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes* (págs. 57-82). Granada: Comares.

sería conveniente buscar otras fórmulas para dotar de flexibilidad a los empleadores pero mantener la seguridad de los empleados.

Con esta Comunicación se inicia un proceso de consulta para la posible modificación de la Directiva. Así se interpela al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones y los interlocutores sociales a nivel comunitario.

Los interlocutores sociales declinaron la invitación de entablar negociaciones con el fin de llegar a un acuerdo europeo en este ámbito y pidieron a la Comisión que presentara una propuesta de Directiva.

3.6. Modificaciones legislativas propuestas en el periodo 2004-2009

3.6.1. Propuesta de modificación

Como consecuencia de esa negativa de los interlocutores sociales a negociar y su requerimiento a la Comisión para que presentara una propuesta aparece en 2004 la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se pretende modificar la Directiva 2003/88/CE, COM (2004) 607final²⁷¹. Presentada por la Comisión y con la misma motivación que las anteriores proposiciones, revisión de algunas disposiciones e interpretación del Tribunal de Justicia, la Propuesta describe los resultados de la segunda fase de consulta de los interlocutores sociales.

La Comisión considera que un enfoque global es el único que permitirá encontrar una solución equilibrada a los problemas planteados en los cuatro ámbitos

²⁷¹ Comisión de las Comunidades Europeas. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2004 por la que se pretende modificar la Directiva 2003/88/CE. COM (2004) 607 final.

definidos, así se había posicionado ya en la COM (2003) 843 final²⁷² y establece también siguiendo esta Comunicación los criterios que debe cumplir la Propuesta. Vuelve a insistir en el equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Dar a las empresas y a los Estados miembros mayor flexibilidad en la gestión no imponiendo obligaciones excesivas a las empresas especialmente a las PYMES pero ofreciendo un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de los trabajadores y mejorar la compatibilidad entre trabajo y vida familiar. Ahora bien, como ya se ha indicado, una mayor flexibilidad no impide establecer una limitación que garantice la seguridad. Tanto Estados como empresas pueden flexibilizar el tiempo de trabajo a partir de ese mínimo pero dotando así de seguridad a los trabajadores.

3.6.1. a. Contenido material de la Proposición

La definición de qué es o no es tiempo de trabajo es básico si se pretende establecer unos límites a ese tiempo. Así la Proposición revisa el artículo 2 de la Directiva, relativo a las definiciones, y se propone mantener las definiciones de “tiempo de trabajo” y “periodo de descanso” y se plantea introducir las definiciones de “tiempo de atención continuada” y “periodo inactivo del tiempo de atención continuada”. Estas nuevas definiciones no crearían una nueva categoría distinta a las existentes sino que con ellas se quería establecer una categoría en la que los conceptos de “tiempo de trabajo” y “periodo de descanso” se integren en distintos grados. Sin embargo el TJUE deja claro que tiempo de trabajo y periodo de descanso quedan definidos como conceptos excluyentes. No cabe la posibilidad de establecer otras categorías.

²⁷² Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión, de 30 de diciembre de 2003, en relación con la revisión de la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2003) 843 final.

También se hacen propuestas para la modificación del artículo 16 letra b²⁷³ referente a los periodos de referencia. Se establece que el periodo de referencia normal se mantenga en cuatro meses, pero añadiendo que los Estados miembros podrán ampliar este período a un año consultando a los interlocutores sociales. Se vuelve a buscar flexibilizar dando la posibilidad de establecer como periodo de referencia normal los 12 meses.

Otra propuesta flexibilizadora es la que se plantea con la modificación del apartado 2 del artículo 17²⁷⁴, según el cual en los artículos 3 y 5 que establecen periodos de descanso diario y semanal, se pueden establecer excepciones si se concede a los trabajadores un periodo de descanso compensatorio. “Los periodos de descanso compensatorio deben concederse en un plazo razonable y en cualquier caso en un plazo no superior a 72 horas”. La vaguedad del término “plazo razonable” se matiza con la utilización del límite de las 72 horas. Sin embargo, se deja sin responder a la pregunta de qué significa razonable y quién establece ese plazo.

Centrándose en la utilización de la opt-out, la Proposición expone las condiciones que los Estados miembros deben cumplir. Será factible la no aplicación del artículo 6 “únicamente cuando se autorice mediante convenio colectivo o mediante un acuerdo celebrado entre interlocutores sociales al nivel adecuado” si así lo autoriza la legislación o las prácticas nacionales, aunque sigue siendo necesario el consentimiento del trabajador. Si no está en vigor ningún convenio colectivo o no existe una

²⁷³ Directiva 2003/88/CE. Artículo 16 b). “Para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses”.

²⁷⁴ Directiva 2003/88/CE. Artículo 17.2. “Mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales y siempre que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate, o siempre que, en casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a los trabajadores de que se trate, podrán establecerse las excepciones previstas en los apartados 3, 4 y 5”.

representación del personal facultada para la firma de un convenio o acuerdo, bastará el consentimiento individual del trabajador.

Para la Comisión esta propuesta relativa a la opt-out combina la libertad que da el enfoque individual y la seguridad que añade la negociación colectiva. La posición de debilidad del trabajador queda compensada con el establecimiento de condiciones claras y rigurosas, según la Comisión. Por una parte el trabajador tendría que expresar su consentimiento por escrito y no podría establecerse ni al iniciar la relación laboral ni durante el periodo de prueba. El consentimiento tendría un plazo de validez limitado a un año con posibilidad de renovación.

Se vuelve a caer en la falsa idea liberal del enfoque individual como modelo ideal en la organización empresarial y no se tiene en cuenta que la UE tiene un alto porcentaje de pequeñas y medianas empresas en las que la negociación colectiva es difícil, dejando sin la debida protección al trabajador.

Se intenta limitar la opt-out fijando como límite máximo de tiempo de trabajo las 65 horas en un período de siete días, salvo si existe convenio colectivo o acuerdo entre interlocutores sociales que disponga lo contrario. Pero lo que se consigue es abrir la puerta a la posibilidad de sobrepasar ese límite de 65 horas semanales, muy por encima de las 48 establecidas.

Por último, se establece la obligación de mantener registros tanto de los trabajadores que se ven afectados por la opt-out como del número de horas efectivamente trabajadas por ellos. Cuestión esta imprescindible si se quiere hacer un seguimiento por parte de los órganos de inspección pero muy difícil de conseguir.

En general la Proposición establece medidas flexibilizadoras que no llegan a ser compensadas con medidas del mismo calado en cuanto a seguridad. Es cierto que

establecer un equilibrio entre flexibilidad y seguridad es difícil pero también es cierto que la Comisión se escora hacia la flexibilización y no se esfuerza en activar mecanismos que lleven a buen puerto el concepto de flexiguridad que ella misma propone.

3.6.1. b. Valoración de sindicatos y patronal

Este intento de conjugar flexibilidad y seguridad tiene muchas críticas, visualizándose ya la posición tan encontrada entre empleadores y empleados. Según se recoge en la propia Propuesta de Directiva, COM (2004) 607 final, la Confederación Europea de Sindicatos (CES), defiende que en lo referente al apartado 1 del artículo 22²⁷⁵, relativo a la opt-out, “solo es aceptable su supresión progresiva lo antes posible”. La organización representativa de los trabajadores, destaca que la “anualización del periodo de referencia ya es posible” atendiendo al marco legislativo vigente. Respecto a la definición del tiempo de trabajo, mantiene que la inclusión del concepto de “período inactivo del tiempo de atención continuada” resulta “una medida desproporcionada” y que pueden encontrarse otras “soluciones de menor alcance”.

²⁷⁵ Directiva 2003/88/CE. Artículo 22. Disposiciones varias. 1. “Siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que: a) ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo; b) ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo; c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo; d) los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal; e) el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, calculado como promedio del período de referencia que se menciona en la letra b) del artículo 16. Antes del 23 de noviembre de 2003, el Consejo, sobre la base de una propuesta de la Comisión, acompañada de un informe de evaluación, reexaminará las disposiciones del presente apartado y decidirá sobre el curso que deberá dárseles.”.

Esta Propuesta de Directiva también recoge la posición de los empresarios, representada por una parte por la Unión de Confederaciones de la Europa industrial y de empleadores (UNICE), con una posición radicalmente opuesta. Es favorable al mantenimiento del apartado 1 del art. 22 añadiendo la posibilidad de que los Estados miembros puedan autorizar la opt-out mediante convenio colectivo, se debería permitir el periodo de referencia de un año añadiendo la posibilidad de alargarse por convenio colectivo y defiende que solo se considere tiempo de trabajo el correspondiente a los periodos de trabajo efectivo.

También están recogidas las impresiones que al respecto aporta el Centro Europeo de Empresas Públicas y de Servicios Públicos (CEEP) que integra a los empleadores y las empresas que prestan servicios públicos a nivel europeo. Su posición es menos intransigente. Se declara a favor del mantenimiento de la opt-out pero reforzando sus condiciones de aplicación, le parece bien la posibilidad de que el periodo de referencia pueda alargarse más del año mediante convenio colectivo y apoya la introducción del concepto de “período inactivo del tiempo de atención continuada” que no debería contabilizarse como tiempo de trabajo.

3.6.2. Informe Cercas

En contraposición a la Propuesta presentada por la Comisión, el Parlamento Europeo presentó el 29 de enero de 2004 este informe sobre la ordenación del tiempo de trabajo²⁷⁶ que se conoce por el nombre del ponente, Alejandro Cercas. Muy crítico con la opt-out, su posición está totalmente enfrentada a las propuestas realizadas por la Comisión. Curiosamente, teniendo en cuenta el análisis que la propia Comisión realiza sobre el tema del uso de la opt-out individual permitido en el Reino Unido que se

²⁷⁶ Parlamento Europeo. Informe, del 29 de enero de 2004, sobre la ordenación del tiempo de trabajo. Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: Alejandro Cercas. 2003/2165(INI).

recogía en la COM (2003)843 final²⁷⁷, reafirma que estas prácticas pueden tener graves consecuencias para la salud y la seguridad e insiste en que la manera usada para su implantación no garantiza la opción libre y voluntaria del trabajador, ni la posibilidad de llevar un control efectivo y eficaz.

Recuerda que la posibilidad de la opt-out fue introducida solo para el Reino Unido y para posibilitar un acuerdo en el Consejo por lo que ve con preocupación que otros países la utilicen no solo como fórmula para solucionar los problemas surgidos con las profesiones sanitarias y la interpretación que el TJUE hace sobre la atención continuada en régimen de presencia física, (caso de Francia, Alemania, Países Bajos y España), sino también para dar solución a los conflictos que aparecen en otros ámbitos como la hostelería y la restauración (caso de Luxemburgo).

Afirma con rotundidad que “la técnica del opting-out no es el camino para la flexibilización de la jornada laboral” y que su extensión supondría un “debilitamiento de la Directiva”. Insiste en que aunque el uso de la opt-out está permitido en la Directiva “es totalmente contrario a los propósitos de la misma y por tanto no es deseable” su utilización. El Informe pide expresamente la supresión “lo antes posible y a más tardar, el 1 de enero de 2007” de la opción de no aplicación individual.

Según el Informe, en la Directiva ya se han tenido en cuenta las necesidades y la flexibilidad que necesitan las empresas, destacando que la existencia de normas y tutelas reglamentarias son imprescindibles. Insta a que se busquen soluciones alternativas dentro del marco de la Directiva que prevé otras opciones de flexibilidad que no suprimen la limitación de las horas de trabajo.

²⁷⁷ Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión, de 30 de diciembre de 2003, en relación con la revisión de la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Citado.

La aplicación de los periodos de referencia, con los que también se muestra muy crítico, ya ofrece el efecto positivo a las empresas para ampliar la flexibilidad que tanto parecen necesitar. Pone de relieve la tendencia a la anualización del tiempo de trabajo por lo que la duración máxima de 48 horas semanales “es más bien una duración media”. Así visto, la Directiva no establece la duración máxima diaria o semanal sino más bien la duración máxima del trabajo cuatrimestral, semestral o anual según los casos. Al fin y al cabo la jornada viene determinada por el límite del periodo de descanso diario que es de 11 horas y el descanso semanal de 24 horas. Lo que supone la posibilidad de trabajar 78 horas a la semana, dando lugar así a poder extender la jornada diaria a 13 horas. Existiendo ya este margen para la flexibilización, la utilización de la opt-out no tiene ninguna justificación. Es, en palabras de Cercas, una “simple demanda filosófica de eliminación de cualquier regla respecto al tiempo de trabajo”.

3.6.3. Primera lectura del Parlamento

El Parlamento Europeo emitió su dictamen en primera lectura el 11 de mayo de 2005. El mensaje del Parlamento fue claro. Todos los Estados miembros debían respetar el máximo de 48 horas semanales y el tiempo de guardia debía considerarse como tiempo de trabajo. Los eurodiputados respaldaron (355 votos a favor, 272 en contra y 31 abstenciones)²⁷⁸ las posiciones que se recogían en el informe de Alejandro Cercas.

Según la Cámara en lo relativo a la opt-out se debía eliminar la posibilidad de su utilización pasado un periodo transitorio de 3 años. Se considera que su mantenimiento contradice los objetivos y las disposiciones de la Directiva, así como los principios fundamentales de la protección de la salud y la seguridad. Para el Parlamento está claro que el tiempo de trabajo sin limitaciones entraña un grave riesgo para la salud y la

²⁷⁸ Parlamento Europeo. Ecos de la Sesión del Parlamento Europeo de 9 de Mayo de 2005. El Parlamento exige por gran mayoría que desaparezca la opt-out en la legislación sobre tiempo de trabajo.

seguridad de los trabajadores, así como para poder conciliar vida familiar y profesional, haciendo especial énfasis en el caso de las mujeres. Hay que recordar que el “promedio semanal de horas de trabajo remunerado es más alto entre los hombres que las mujeres”²⁷⁹ pero que sin embargo cuando se trata de trabajo no remunerado se verifica lo contrario. Por la estructura social, la mujer se ve abocada a realizar jornadas cortas para poder compaginar la vida familiar si es ella la única que realiza las tareas de cuidados. La utilización de la opt-out por tanto dificulta esa conciliación laboral y familiar perpetuando las diferencias entre hombres y mujeres.

En cuanto al tiempo de guardia, el Parlamento también se posiciona en contra de la Comisión. Opina que toda la guardia, incluyendo los tiempos de reposo, debe ser considerada tiempo de trabajo. Para dar flexibilidad a las empresas propone que se podría permitir que esa parte inactiva de la guardia aun considerándose tiempo de trabajo se compute de forma diferente a efectos del cálculo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, aunque para ello se necesitaría un acuerdo colectivo, una ley o un reglamento.

El Parlamento intenta buscar más flexibilidad posicionándose a favor de un periodo de referencia anual aunque introduciendo criterios más estrictos para su utilización. También flexibiliza al proponer que los descansos compensatorios se produzcan en un plazo razonable sin establecer un plazo máximo como había hecho la Comisión de 72 horas, ahora bien, dejando en manos de los legisladores nacionales o las negociaciones colectivas el establecimiento de ese límite para la concesión.

El dictamen del Parlamento ve necesario que la organización del tiempo de trabajo permita a los empleados el aprendizaje permanente y hace especial hincapié en

²⁷⁹ OIT. (2018). *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*.

la necesidad de una legislación que abogue por la compatibilidad entre la vida familiar y laboral. Por último haciéndose eco de los problemas de los empleados con más de un contrato realizados por un mismo empleador, piensa que para el cálculo del trabajo de éstos es necesario que se sumen los tiempos relativos a cada uno de los distintos contratos que tienen.

El deseo del Parlamento es buscar la flexiguridad por la que tanto apuesta la UE, aunque tampoco parece que lo logre del todo ya que se observan más medidas que facilitan la flexibilidad que medidas que de forma clara apuesten por la seguridad. En su dictamen lo que queda claro es que haciéndose eco del Informe Cercas se opone con claridad a la opt-out en la que no encuentra nada positivo.

3.6.4. Propuesta modificada

En mayo de 2005 aparece esta Propuesta modificada, COM (2005) 0246 final²⁸⁰, presentada por la Comisión que acepta algunas enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo en su primera lectura, sin embargo entre las enmiendas aceptadas por la Comisión no está la relativa a la opt-out. Su postura es clara a favor de mantener esta opción aunque se muestra dispuesta a estudiar un posible consenso entre las posturas tan opuestas que dividen a los colegisladores, Consejo y Parlamento. En relación a este asunto, introduce una modificación destacable, la que establece con claridad que el empresario además de llevar un registro de los trabajadores a los que se les aplica la opt-out, debe llevar un registro del número de horas efectivamente trabajadas.

En cuanto a la enmienda relativa al tiempo de atención continuada la Comisión señala que comparte la preocupación por la salud y la seguridad de los trabajadores pero insiste en que “el período inactivo del tiempo de atención continuada no podrá tenerse

²⁸⁰ Comisión de las Comunidades Europeas. Propuesta modificada, de 31 de mayo de 2005, por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2005) 0246 final.

en cuenta para calcular los períodos de descanso previstos en los artículos 3 (descanso diario) y 5 (descanso semanal)”. Sin embargo sí se hace eco de la propuesta de eliminación de la referencia a las 72 horas como plazo máximo razonable para conceder los periodos de descanso equivalentes, dejando en la expresión “un plazo razonable” sin especificar qué se entiende por razonable. Es decir, la Comisión se posiciona a favor de flexibilizar la organización del tiempo de trabajo sin aportar soluciones a un aumento necesario de la seguridad para mantener la correlación entre ambas fuerzas, flexibilidad y seguridad, que pretende la flexiguridad.

Como la tramitación de la Directiva está sujeta a la codecisión hubo que esperar a que el Consejo adoptase una posición.

3.6.5. Primera lectura del Consejo

La primera lectura de un texto en el Consejo suele durar una media de entre 12 y 15 meses pero es cierto que leyes con dificultades técnicas o políticamente polémicas pueden paralizarse durante años en las negociaciones en sede del Consejo. Este ha sido el caso ya que hasta junio de 2008 el Consejo no llegó a un acuerdo.

Ya en junio de 2005 se había debatido en el Consejo. Se observaban dos posiciones muy encontradas entre los diferentes Estados miembros. Por un lado, los que piden la libre elección por parte del Estado en esta materia subrayando la necesidad de crecimiento económico que tienen los Estados y por tanto quieren mantener la opt-out y por otro lado, los Estados miembros que consideran que la anualización del periodo de referencia ya permite flexibilidad suficiente y quieren ir eliminando de forma progresiva la opt-out.

También se expresa en esta reunión del Consejo la necesidad urgente de una solución comunitaria en lo que concierne a los periodos inactivos del tiempo de guardia

tras las sentencias de la Corte de Justicia en los famosos casos SIMAP²⁸¹ y Jaeger²⁸². Ese mismo año, en diciembre, se vuelve a tratar el tema y aunque se avanza no se llega a ningún acuerdo.

En junio de 2006 vuelve a reunirse el Consejo sin llegar a un acuerdo. Vuelve a aparecer como principal problema la opt-out así como la cuestión de saber si la duración máxima del tiempo de trabajo semanal debe calcularse por contrato o por trabajador en el caso de trabajadores con varios contratos. En noviembre de ese año tampoco fue posible llegar a una mayoría cualificada para un acuerdo, siendo la cláusula de no aplicación y su eventual supresión uno de los puntos de mayor conflicto.

En diciembre de 2007 se vuelve a retomar el tema. Fue en sesión del Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, realizado en Luxemburgo, cuando se alcanzó por mayoría cualificada un acuerdo político sobre la tan problemática modificación de la Directiva 2003/88/CE.

En relación al uso de la opt-out, que sigue siendo una traba notable para poder llegar a un acuerdo, se prevé su mantenimiento pero incluyendo ciertos elementos a fin de garantizar la protección de la salud y seguridad de los trabajadores incluyendo disposiciones sustanciales. El Consejo se posiciona a favor de la exclusión voluntaria pero señala expresamente que esta opción debe constituir una excepción.

Su utilización tiene que estar supeditada a la protección efectiva de la salud y la seguridad de los trabajadores y al consentimiento expreso, libre e informado del trabajador interesado pero vuelve a suceder que no se establece cómo se logra esto. Su uso deberá estar sujeto a las salvaguardias adecuadas, aunque tampoco dice cuáles

²⁸¹ TJUE. Sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, (C-303/98). Citado

²⁸² TJUE. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02). Citado.

deberían ser, así como a una supervisión estrecha. El período máximo de referencia cuando los Estados miembros decidan hacer uso de la opt-out se establece en 6 meses.

Los trabajadores que opten por la opt-out tendrán un tope máximo de 60 horas semanales calculadas como promedio durante un período de 3 meses. Este periodo podrá rebasarse mediante convenio colectivo. El tope máximo de horas trabajadas puede ascender a 65 horas semanales calculadas como promedio durante un periodo de 3 meses si se considera el periodo inactivo de tiempo de atención continuada como jornada laboral y no haya convenio colectivo. Siempre se habla de tiempo promediado en 3 meses, por lo que se puede trabajar más de esas 60 o 65 horas en una semana.

Otro punto que aborda esta sesión de Consejo, es el de dar solución a las consecuencias de la jurisprudencia de la Corte de Justicia europea. Los Estados miembros siguen sin poder en ese momento aplicar estrictamente la jurisprudencia europea sin que ello suponga un impacto enorme en sus estructuras económicas. Para evitar esos efectos negativos el Consejo vuelve a insistir en introducir la definición de “periodo inactivo de tiempo de guardia”, y del que con posterioridad se indica no se tendrá en cuenta para el cómputo del tiempo de trabajo. Vuelve a hacer una distinción entre el tiempo “activo” e “inactivo” dentro del tiempo de atención continuada. Este último no debería considerarse “como tiempo de trabajo, a menos que la legislación nacional o, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales, un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales dispongan de otro modo”²⁸³. Sin embargo, tiempo de trabajo es el que se está en el centro de trabajo y a disposición del empleador. Se puede estar a disposición pero inactivo, como había dejado establecido el TJUE.

²⁸³ Consejo. (9-10 junio de 2008). Comunicado de prensa de la sesión nº 2876. Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores. Luxemburgo.

En cuanto al descanso compensatorio se sigue hablando de concederlo en un genérico “plazo razonable” y sobre el periodo máximo de referencia de 12 meses el Consejo pretende que sea posible tanto por acuerdo en convenio colectivo como mediante disposiciones legales, previa consulta a los interlocutores sociales.

El movimiento sindical europeo se lanzó en contra de esta propuesta. La Confederación Europea de Sindicatos discrepa radicalmente con la postura del Consejo, pues cree que esta propuesta “cuestiona elementos fundamentales” del modelo social europeo. El CES llega a calificarla como “la mayor agresión contra los derechos de los trabajadores desde que se inició el proceso de integración”.

Al divergir las posiciones tomadas por el Parlamento y el Consejo en primera lectura, el proyecto de Directiva comunitaria pasa a la siguiente etapa del procedimiento, esto es, la segunda lectura.

3.6.6. Segunda lectura del Parlamento Europeo y del Consejo

El Parlamento piensa que al haber transcurrido más de 10 años desde que se adoptó la Directiva inicial sobre el tiempo de trabajo (Directiva 93/104/CE), es necesaria su revisión y ve la necesidad de tener en cuenta las nuevas circunstancias y necesidades tanto de empresarios como de trabajadores y a la vez cumplir los objetivos establecidos por el Consejo en cuanto a crecimiento y empleo dentro de la estrategia de Lisboa. Concretamente para aumentar la tasa de ocupación femenina se destaca la necesidad de mejorar la conciliación de la vida profesional y familiar que queda muy afectada dependiendo de la duración de la jornada laboral. También tiene en cuenta que ante las nuevas formas de organización del tiempo de trabajo no hay que olvidar proteger la salud y la seguridad de los trabajadores y favorecer modelos que ayuden al aprendizaje a lo largo de toda la vida para los trabajadores. Sin embargo la propuesta de

Directiva presentada no cree que sea la propuesta que deba aprobarse ya que dista mucho de sus posiciones. Así pues, el Pleno del Parlamento Europeo rechazó en votación del 17 de diciembre 2008 en segunda lectura la propuesta de Directiva presentada por el Consejo.

Las medidas más debatidas fueron las horas de trabajo semanales (tope de 65 horas en el plan del Consejo), el mantenimiento de la opt-out y la no consideración como horas de trabajo del tiempo de guardia.

Los grupos parlamentarios que votaron en contra de la proposición esgrimieron que la utilización de la opt-out y la búsqueda de la conciliación de vida familiar y profesional son planteamientos antagónicos. Piensan que una semana de 65 horas iría contra la igualdad porque ese horario solo puede cumplirse si algún miembro de la unidad familiar se queda en casa para realizar las tareas de cuidados, resaltando que este trabajo recae la mayoría de las veces en las mujeres. Por su parte los grupos que votaron a favor de mantener la opt-out (en los que predominaban parlamentarios británicos y de Europa del Este) argumentaban que de no existir esta opción se podría estar favoreciendo el aumento del trabajo no declarado.

El Parlamento reconoce que la decisión final puramente individual de acogerse a la opt-out plantea problemas en cuanto a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, así como a la libre elección del trabajador. Por tanto el Parlamento cree que debe dejar de aplicarse esta posibilidad. En votación con 421 votos a favor, 273 en contra y 11 abstenciones²⁸⁴, propone la abolición de esta cláusula 36 meses después de la entrada en vigor de la futura directiva revisada.

²⁸⁴ Parlamento Europeo. Ecos de la sesión del Parlamento Europeo de 2 de Diciembre de 2008. El Parlamento Europeo rechaza excepciones al máximo de 48 horas de trabajo semanal.

La Eurocámara, con 576 votos a favor, 122 en contra y 13 abstenciones, reconoce que los tiempos de guardia incluidos los de inactividad son tiempo de trabajo aunque pueden eso sí contabilizarse de manera específica y siguiendo también la postura del TJUE considera que los descansos compensatorios deben concederse “inmediatamente después del período de servicio”. Persiste en reconocer que en los casos en que un trabajador tenga más de un contrato, el tiempo de trabajo se defina como la suma del tiempo trabajado en cada uno de los contratos.

El 9 de marzo de 2009 el Consejo, en segunda lectura, decide no aprobar las enmiendas del Parlamento Europeo y convoca el Comité de conciliación.

3.6.7. Comité de conciliación

El 29 de abril de 2009 el Comité de conciliación decide que no puede llegar a un acuerdo. La decisión, aprobada por una mayoría clara (15 votos a favor, 0 en contra y 5 abstenciones). El texto fue retirado definitivamente poniendo fin a 5 años de negociaciones.

Tres son los puntos decisivos en los que no se pudo llegar a un acuerdo. El principal fue la cláusula opt-out. Mientras que el Parlamento quería que fuese algo excepcional y provisional, el Consejo se opone a cualquier intento de suprimirla. En cuanto al tiempo de guardia los diputados se posicionaron en la misma línea que el Tribunal Europeo de Justicia, considerando el tiempo de guardia como tiempo de trabajo. La posición de la Comisión y el Consejo aparenta un retroceso en el cumplimiento de la decisión del Tribunal. Por último tampoco se llegó a un entendimiento sobre el tema de los contratos múltiples.

Al no llegar a un acuerdo de conciliación la proposición caduca y la directiva actual sigue en vigor. Es importante señalar que desde la entrada en vigor del Tratado de

Ámsterdam que amplió el ámbito en el que es utilizado el procedimiento de codecisión, es la primera vez que las negociaciones fracasan en el estadio de conciliación. En todo caso la Comisión puede si lo cree necesario, hacer una nueva proposición que será examinada por el Parlamento.

3.7. Proceso actual de revisión de la Directiva 2003/88/CE

3.7.1. Primera fase de consultas

En 2010 la Comisión con su Comunicación COM (2010) 106 final²⁸⁵ vuelve a iniciar el proceso para la revisión de la Directiva. Esta Comunicación dirigida al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones es considerada como la primera fase de consulta con los interlocutores sociales a nivel europeo.

Las posiciones tan opuestas del Consejo y del Parlamento sobre ciertos aspectos de la Directiva hacen que los Estados miembros estén en una posición difícil. Según la Comisión “no existe suficiente claridad jurídica sobre la manera de interpretar una serie de cuestiones que están sin resolver debido a la falta de decisión al respecto por parte de los legisladores”. Insiste en la necesidad de una revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo ya que ni se protege la salud y la seguridad de los trabajadores ni se concede la necesaria flexibilidad a empresas y trabajadores para organizar su tiempo de trabajo.

Los modelos de trabajo han sufrido cambios fundamentales al igual que las necesidades de los trabajadores, empresas y consumidores por lo que lo razonable es plantear una revisión exhaustiva.

²⁸⁵ Comisión Europea. Comunicación de 24 de marzo de 2010, relativa a la revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo, (primera fase de la consulta de los interlocutores sociales a nivel de la Unión Europea con arreglo al artículo 154 del TFUE) COM (2010) 106 final.

3.7.1.a. Tendencias y perspectivas

La Comunicación aprecia una reducción general del tiempo de trabajo total. “La media del tiempo de trabajo semanal en la UE se ha reducido de 39 horas en 1990 a 37,8 horas en 2006”. Se distingue una polarización del tiempo de trabajo, aumentando el porcentaje de los trabajadores a tiempo parcial y se percibe también una tendencia a las prácticas flexibilizadoras no tradicionales en materia de tiempo de trabajo.

La Comisión también observa por un lado cambios estructurales. Destaca un claro cambio de una producción industrial a una de servicios, el gran desarrollo tecnológico que aumenta la productividad y disminuye la necesidad de presencia física en el lugar de trabajo y un entorno empresarial más competitivo debido a la globalización. Por otro lado también advierte cambios sociales. Recalca una mayor participación de la mujer en el mundo laboral, un mayor individualismo de los estilos de vida y un considerable envejecimiento de la población.

Ve la flexibilidad como un instrumento para que las empresas se adapten a los cambios que se están produciendo. Esta flexibilidad ofrece claros beneficios para ajustarse al retroceso de la demanda producido por la crisis. Posibilita el acceso al mundo laboral a categorías desfavorecidas de los solicitantes de empleo y ayudar a los trabajadores a conciliar vida profesional y privada. Sin embargo, también presenta aspectos negativos, como intensificar el trabajo lo que daña la salud y la seguridad de los trabajadores, insatisfacción de éstos en su puesto de trabajo que puede llevar a pérdidas de productividad y pérdida de oportunidades de formación con lo que se pierde un importante capital humano.

Al reconocer las desventajas que presenta la flexibilidad queda patente la necesidad de contraponer medidas que las mitiguen. Para reducir el impacto de esas

desventajas no cabe otra posibilidad que contraponer seguridad para los trabajadores afectados, estableciendo una legislación de mínimos que los proteja de los abusos en su utilización.

3.7.1. b. Regulación y puntos que necesitan revisión

Se recuerda que la Directiva 2003/88/CE establece unas normas mínimas aunque los Estados miembros pueden adaptar las normas de la UE a sus circunstancias nacionales y se destaca que muchos países han establecido una duración máxima del tiempo de trabajo semanal inferior a 48 horas. Además la negociación colectiva proporciona ya un amplio margen para establecer modalidades de trabajo flexible. Así mismo, la Comisión especifica que dentro de la Directiva “existen muchas exenciones y excepciones de las disposiciones generales”.

En lo referente al tiempo de trabajo, reconoce que “la media del tiempo de trabajo semanal en la UE se encuentra por debajo del límite de cuarenta y ocho horas, y sigue reduciéndose”, sin embargo también observa que “algunos grupos de trabajadores siguen trabajando más horas que la media, y en estos casos se oscila ampliamente entre las cuarenta y nueve y las ochenta horas a la semana”.

Los trabajadores son más autónomos y móviles debido a los nuevos modelos de trabajo, por lo que la Comisión se pregunta si es apropiado aplicar límites al tiempo de trabajo. También hace referencia a la existencia de trabajadores con más de un contrato y que pueden llegar a sobrepasar el límite de las 48 horas. Expone como algunos sectores o trabajadores pueden plantearse trabajar más horas tanto a corto como a largo plazo para “asegurar la competitividad, responder a las fluctuaciones estacionales, suplir la carencia de trabajadores” al igual que para garantizar servicios públicos esenciales

ininterrumpidos. La Comisión incluso se plantea la posibilidad de pensar en no poner un límite al tiempo de trabajo.

Haciéndose eco de las reclamaciones de las empresas, generalmente PYMEs, que trabajan en sectores o países en los que la negociación colectiva es escasa, reseña como preferirían que “se permitiera que la legislación nacional estableciera un periodo de referencia de hasta doce meses”.

La Comisión ve en el tiempo de guardia otro aspecto a abordar en la revisión de la Directiva. El gran problema que surge es cómo calcular la jornada laboral y los períodos de descanso durante esos períodos de guardia con arreglo a la Directiva. Plantea como el hecho de contabilizar los períodos de guardia al 100 % como tiempo de trabajo como indica la jurisprudencia²⁸⁶ y a la vez de establecer un límite de 48 horas semanales, puede acarrear consecuencias negativas para el funcionamiento y la financiación de los servicios que deben dar una asistencia ininterrumpida. En determinados Estados, el incremento de los costes y la insuficiencia de determinados tipos de trabajadores, harían peligrar poder dar esta clase de servicios.

En contraposición a estos razonamientos flexibilizadores la Comisión también admite que las jornadas largas pueden afectar a la productividad, la creatividad y la creación de empleo al igual que a la conciliación y también recuerda, que con periodos de referencia largos se favorecen las jornadas más extensas durante periodos más prolongados, lo que ocasiona efectos negativos en la salud, la seguridad y la conciliación.

La Comisión es consciente por tanto de las posiciones enfrentadas que existen sobre este tema entre los interlocutores sociales. De un lado se encuentran los que creen

²⁸⁶ TJUE. Sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, (C-303/98), Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02), Sentencia de 1 de diciembre de 2005, Dellas, (C-14/04). Citado.

que no se debería impedir a los trabajadores trabajar más de las 48 horas si quieren ganar más dinero o avanzar en su carrera profesional. Del lado opuesto, los que afirman que se necesita una restricción legal para proteger la salud y seguridad de los trabajadores, ya que estos no son totalmente libres en sus decisiones individuales debido a su posición de inferioridad al negociar con los empleadores.

Para poder seguir avanzando la Comisión quiere saber los distintos puntos de vista de los interlocutores sociales acerca de la necesidad de revisión de la Directiva por lo que lanza una serie de preguntas a estos para que den su opinión. Busca propuestas equilibradas e innovadoras con una visión a largo plazo y teniendo en cuenta el entorno moderno en el que se debe desarrollar la UE del futuro.

Con un escenario con posiciones tan opuestas, y desfavorable para el acuerdo, la Comisión parece olvidarse del tema tan polémico de la opt-out que fue precisamente uno de los aspectos que imposibilitó llegar a acuerdos en el anterior intento de revisión de la Directiva.

3.7.2. Segunda fase de consultas

El objetivo de la Comunicación, COM (2010) 801 final²⁸⁷, es recoger la opinión de los interlocutores sociales a nivel europeo y fijar las opciones principales de una propuesta legislativa de modificación, iniciándose la segunda fase de consultas.

3.7.2.a. Revisión de la Primera fase de consultas

Lo primero que hace esta Comunicación que fue adoptada conjuntamente con el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva, es un repaso a los resultados de la primera fase de consultas. La Comisión vuelve a dejar clara la gran oposición que

²⁸⁷ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión de 21 de diciembre de 2010, relativa a la revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo, (segunda fase de la consulta de los interlocutores sociales a escala europea con arreglo al artículo 154 del TFUE). COM (2010) 801 final.

existe entre las posturas de los interlocutores. Si bien coinciden en que se han originado grandes cambios en el mundo laboral las consecuencias de esos cambios son muy distintas según quien tenga la palabra. Por un lado, los empleadores que en general están de acuerdo con el análisis de la situación realizado por la Comisión, quieren introducir cambios legislativos para aumentar la flexibilidad. En el lado opuesto, la CES y otros sindicatos, más críticos con el análisis de la Comisión, quieren aumentar la protección jurídica de los trabajadores.

Las organizaciones patronales a nivel sectorial destacan que hay que eliminar la connotación negativa a la flexibilidad ya que ésta puede beneficiar tanto a empleados como a empleadores. Las organizaciones patronales intersectoriales señalan que las normas son demasiado rígidas y complejas y ven “la necesidad de modificar la jurisprudencia SIMAP-Jaeger”. También los empleadores del servicio público consideran que esta jurisprudencia debe ser el principal punto a tratar. Todos muestran su cautela ante la posibilidad de realizar cambios sobre la opt-out.

Los sindicatos, por su parte, destacan que las normas sobre el tiempo de trabajo están basadas en derechos sociales fundamentales protegidos tanto por el Tratado de Funcionamiento como por la Carta de los Derechos Fundamentales por lo que toda revisión debe respetarlos. También señalan la necesidad de tener en cuenta la postura y los aportes hechos por el Parlamento en la anterior propuesta de modificación. Para ellos los cambios realizados deben terminar con la opt-out y buscar “soluciones equilibradas y sostenibles para el tiempo de guardia” respetando la jurisprudencia SIMAP-Jaeger y sin cambiar la definición de tiempo de guardia y de tiempo de trabajo.

Como era de esperar las posiciones siguen muy alejadas. Básicamente no han cambiado desde la anterior revisión de la Directiva en la que no se pudo llegar a ningún acuerdo.

3.7.2.b. Principales efectos sociales y económicos de la Directiva

La Comisión reconoce que las empresas ven con preocupación el impacto de la regulación del tiempo de trabajo en “la competitividad y la capacidad de afrontar la estacionalidad”. Es por ello que recurren a sistemas flexibles de organización del tiempo de trabajo y creen que estos métodos deben extenderse. Para solucionar los problemas que surgen de las fluctuaciones estacionales y para poder ofrecer un servicio continuo a sus clientes, una gran proporción de empresas, amplían el horario de sus trabajadores más allá de las cuarenta y ocho horas. Pero más notable que este hecho es que pocas de estas empresas piden el consentimiento escrito de sus empleados. Esta constatación hace que la Comisión piense en la existencia de lagunas tanto en el conocimiento como en el cumplimiento de las normas.

Aunque son una minoría las empresas que utilizan el tiempo de guardia en el lugar de trabajo, su cómputo íntegro les origina grandes problemas, este es el caso de los servicios públicos. Su gran caballo de batalla está relacionado con el tiempo de guardia y el descanso compensatorio. A este respecto la Comisión destaca que las limitaciones en el gasto público, el aumento de la demanda de estos servicios y la escasez de trabajadores cualificados hacen que se busquen otras opciones a la hora de realizar el cómputo del tiempo de trabajo y de conceder los descansos a los trabajadores.

En relación a la opt-out, pone de relieve que se utiliza tanto en el sector público como privado. Normalmente es utilizada para dar continuidad a un servicio o aludiendo a la necesidad de aumentar la competitividad. Se ha utilizado como elemento de flexibilización o para hacer frente a la falta de personal en periodos críticos más que para dejar de aplicar la Directiva. La Comisión expone que las empresas de países donde es posible la utilización de la opt-out quieren mantener esta posibilidad y ha

constatado que cuando no existe esta opción puede producirse pérdida de ingresos por parte de los trabajadores.

3.7.2. c. Opciones para la revisión

La Comisión tiene claro que la regulación de un tema tan importante como el tiempo de trabajo no puede establecerse a nivel local o nacional por lo que es clara en afirmar que no suprimirá los mínimos comunes a nivel europeo, pero también ve clara la necesidad de hacer un cambio en el estado actual de cosas. De la misma opinión son los interlocutores sociales. Para lograr esa modificación la Comisión plantea dos caminos. Bien realizar una revisión limitada, bien realizar una revisión en profundidad.

La revisión limitada plantearía nuevas soluciones para dos aspectos concretos como son el tiempo de guardia y el descanso compensatorio y la manera de afrontar los problemas que surgen de la aplicación de la jurisprudencia SIMAP-Jaeger. Esta revisión limitada no trataría el tema de la opt-out por lo que esos mínimos que se consideran imprescindibles seguirían comprometidos.

Para dar solución a los problemas planteados por el tiempo de guardia la Comisión propone llegar a un acuerdo sobre la posibilidad de un cómputo distinto de las horas trabajadas, no utilizando el principio de equivalencia. En cuanto al descanso compensatorio, la sentencia Jaeger habla de “descanso compensatorio inmediato” pero son muchos los interlocutores sociales que demandan más flexibilidad y aunque la Comisión piensa que es necesaria, la flexibilidad “debe limitarse escrupulosamente a situaciones en las que sea necesaria por motivos objetivos”. Sin embargo, deja sin especificar una vez más qué entiende por motivos objetivos y quién los determina.

Realizar una revisión amplia contemplaría las dificultades de la aplicación de la Directiva en su totalidad y su adaptación a las nuevas realidades del mundo laboral.

Para la Comisión, los nuevos ritmos de trabajo requieren ampliar la flexibilidad que proporciona la Directiva por lo que siguiendo el principio de flexiguridad, se buscaría un equilibrio entre una flexibilidad bien delimitada y sostenible y una protección eficaz de la salud y seguridad de los trabajadores. Haciendo un análisis de la situación actual cree que la creciente participación de las mujeres y las personas de más edad en el mercado laboral, las dificultades que plantean el cuidado de niños y personas mayores, o la mayor individualización de los modos de vida, sugieren la necesidad de una normativa más flexible.

La Comisión ve necesaria la flexibilización en distintos aspectos. Por una parte los periodos de referencia, sobre los que plantea permitir periodos superiores a doce meses, “en casos específicos”, sin especificar cuáles son, o un periodo de referencia de doce meses previa consulta a los interlocutores sociales en los sectores o Estados miembros que no utilizan la opt-out, dando por hecho que la utilización de la opt-out se mantendría como una posibilidad en la legislación.

La Comisión también quiere prestar una especial atención al delicado tema de la opt-out, máximo exponente de la flexibilización del tiempo de trabajo. Es un asunto este que genera opiniones contrapuestas y cuya utilización constata, ha aumentado de forma rápida. Suele estar relacionada con los tiempos de guardia y su aplicación varía en cuanto a la protección y seguimiento. De los 27 Estados miembros en ese momento 16 permitían la opción, aunque 11 de ellos solo en sectores o actividades en los que el nivel de tiempo de guardia era elevado. A la Comisión no le parece adecuado obligar a estos Estados a no utilizar esta posibilidad sin ofrecerles una solución. Esta vendrá dada por

realizar cambios en los complejos temas del tiempo de guardia y el descanso compensatorio. También, potenciando o ampliando las posibilidades de flexibilidad que ya ofrece la Directiva, como por ejemplo ampliar del periodo de referencia. Para la Comisión es más viable ofrecer formas de flexibilidad más específicas que debatir sobre la supresión o mantenimiento de esta opción, cuestión esta en la que no parece que las opuestas posturas puedan llegar a un entendimiento.

También cree necesario aumentar la protección a los trabajadores que aceptan la opt-out. Ve imprescindible asegurar un seguimiento efectivo del tiempo de trabajo realizado ya que se ha visto que las disposiciones del artículo 22 apartado 1²⁸⁸ de la Directiva son ineficaces. Reducir la presión del empleador sobre el trabajador a aceptar esta opción o garantizar que el consentimiento sea libre, son las propuestas que plantea para mejorar esa defensa de los trabajadores que optan por esta opción. También ve preciso introducir un mecanismo para evaluar periódicamente esta opción de manera efectiva.

La necesidad de definir la excepción recogida en el artículo 17 apartado 1²⁸⁹ de la Directiva con más claridad, la revisión de los contratos múltiples, que según la Comisión debe aplicarse por trabajador, el ámbito de aplicación y los problemas relativos a las vacaciones anuales retribuidas que se originan a partir de las sentencias

²⁸⁸ Directiva 2003/88/CE. Artículo 22. Disposiciones varias. 1. Citado.

²⁸⁹ Directiva 2003/88/CE. Artículo 17. Excepciones 1. *“Desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 3 a 6, 8 y 16 cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida y/o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores, y en particular cuando se trate de: a) ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo; b) trabajadores en régimen familiar, o c) trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas”.*

Schultz-Hoff y Stringer²⁹⁰, son aspectos que considera necesarios abordar en esta revisión amplia.

El principal resultado de esta segunda fase de consultas lanzada en diciembre de 2010 fue que las grandes organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores expresaron su preferencia por la opción tal como establece el artículo 155²⁹¹ del TFUE de negociar la revisión de las reglas sobre el tiempo de trabajo ellas mismas. En noviembre de 2011 tomaron la decisión conjunta para abrir las negociaciones. Discusiones profundas tuvieron lugar a lo largo del año 2012 pero no se llegó a ningún acuerdo.

²⁹⁰ TJUE, sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff, asuntos acumulados (C-350/06) y (C-520/06). En ella se declara que: "1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales un trabajador en situación de baja por enfermedad no tiene derecho a disfrutar las vacaciones anuales retribuidas durante un período que coincida con su baja por enfermedad. 2) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas. 3) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que, al finalizar la relación laboral, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al trabajador que se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y/o del período de prórroga, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas. Para el cálculo de dicha compensación económica, resulta asimismo determinante la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas".

²⁹¹ TFUE. Artículo 155. 1. "El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos. 2. La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel de la Unión se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al artículo 153, y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Se informará al Parlamento Europeo. El Consejo decidirá por unanimidad cuando el acuerdo en cuestión contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos para los que se requiera la unanimidad en virtud del apartado 2 del artículo 153".

3.8. Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva

El 21 de diciembre de 2010 se publica este Informe de la Comisión, COM (2010) 802 final²⁹², cuyo objetivo es ofrecer una visión general del modo en el que los Estados miembros iban aplicando la Directiva y destacar los problemas que habían surgido, así como exponer las posiciones de los Estados, los interlocutores sociales, y los empleadores. Este informe se adoptó a la vez que la Comunicación, COM (2010) 801 final, que suponía la segunda fase de consultas a los interlocutores sociales.

La Comisión hace un análisis sobre nueve puntos problemáticos en la aplicación de la Directiva. Examina el límite de tiempo de trabajo, el tiempo de guardia y el descanso compensatorio. También se preocupa por la aplicación de la Directiva a los médicos en periodo de formación, a los trabajadores del sector público o a los trabajadores que tienen más de un contrato de trabajo. Por último recoge la forma en la que se ha aplicado la Directiva en lo referente a las vacaciones anuales, el trabajo nocturno y la cláusula opt-out que vuelve a ser uno de los temas principales para la reflexión.

3.8.1. Aplicación de la limitación del tiempo de trabajo

En cuanto al límite del tiempo de trabajo de las 48 horas, la Comisión piensa que se ha transpuesto satisfactoriamente a las legislaciones nacionales. Muchos Estados miembros incluso han establecido normas más protectoras. Sin embargo existían aún problemas. En Austria y Francia las dificultades se daban con los médicos. En Hungría en los trabajos llamados “en permanencia”, se podía llegar a trabajar entre 70 y 72 horas semanales “previo acuerdo de las partes”, no estando claro la posibilidad de acogerse a

²⁹² Comisión Europea. Informe de la Comisión, de 21 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE. COM (2010) 802 final.

la opción de no aplicación. Son los médicos en formación o los trabajadores del sector público los que más se ven afectados en la aplicación de los tiempos en el periodo de guardia si se tiene en cuenta los límites del tiempo de trabajo establecidos en los Estados miembros.

3.8.2. Aplicación para ciertos colectivos

En lo referente al trabajo de atención continuada el análisis muestra que hay Estados que han introducido cambios importantes en su legislación interna o en sus prácticas para aproximarlas a lo que exige el Tribunal de Justicia. Sin embargo, se advierte que hay un número importante de Estados en los que el tiempo de guardia no se considera en su totalidad como tiempo de trabajo en algunos sectores como las fuerzas armadas, policía, bomberos, prisiones, e incluso jueces y fiscales.

En cuanto a la transposición de la normativa relativa a los médicos en periodo de formación, en ese momento la situación distaba mucho de considerarse satisfactoria.

Si se pone la vista en la transposición de la norma para los trabajadores del sector público, esta se había producido en general de forma apropiada aunque algunos Estados dejaban fuera a ciertos colectivos de trabajadores.

Por último en lo relativo a los trabajadores que tienen más de un contrato de trabajo, la práctica del cómputo del tiempo variaba considerablemente entre los Estados miembros. La Comisión se ha posicionado a favor de aplicar el cómputo por trabajador, instando a los Estados a realizar un seguimiento más exhaustivo para asegurar la salud y la seguridad de los trabajadores.

3.8.3. Aplicación de instrumentos clásicos de flexibilización

La Comisión se muestra satisfecha en general con la transposición que se ha hecho de la Directiva, sin embargo, persisten algunos problemas en los instrumentos

clásicos de flexibilización. En cuanto al derecho a vacaciones se aprecian problemas en el retraso a obtenerlo o incluso su pérdida si no se disfruta en el periodo anual. En lo relativo al trabajo nocturno, la transposición ha sido mejorada pero en algunos casos este tipo de trabajo no está claramente definido y por tanto sus límites resultan ineficaces. Si se pone el foco en el periodo de referencia, en algunos casos se permitía de doce meses sin negociación colectiva y en otros de seis meses para todas las actividades. Respecto a la concesión de descansos compensatorios surgen problemas con el uso de excepciones que permiten reducir o posponer el descanso mínimo si se realiza en otro momento, con la exclusión de determinados trabajadores del derecho a periodos de descansos, con la autorización de excepciones que no exigen un descanso compensatorio equivalente o con retrasos a la hora de conceder el descanso compensatorio.

3.8.4. Aplicación de la flexibilidad total: la opt-out

En cuanto a la utilización de la opt-out, máximo exponente de instrumento flexibilizador, se comprobó que había aumentado mucho, pasando en 2000 de utilizarla solo Reino Unido a hacerlo en el momento de publicación del informe, 2010, dieciséis de los Estados miembros. Once Estados miembros (Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, Rumanía y Suecia) no habían permitido el uso de esta opción en ese momento.

Dentro de los Estados que sí permitían esta opción, el Informe observa que su utilización es muy desigual. Algunos la consentían con independencia del sector (Bulgaria, Chipre, Estonia, Malta y Reino Unido). Otros, la admiten para ciertos sectores específicos o para puestos en los que existe tiempo de guardia (Bélgica,

República Checa, Francia, Alemania, Hungría, Letonia, Países Bajos, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y España).

En cuanto a las condiciones de protección que se unen a esta opción, también son desiguales. Según la Comisión las contramedidas que se introducen para proteger a los trabajadores son dispares y ponen el acento en aspectos distintos. Algunos Estados preveían límites como España con 51 horas de tiempo medio semanal o Hungría con 62, sin embargo otros no imponían ningún límite. También con intención de proteger a los trabajadores en Alemania y Países Bajos era necesaria la negociación colectiva y el consentimiento del trabajador para poder utilizar esta opción. Para controlar su utilización, por ejemplo, en Alemania, Letonia y Malta el empleador tenía obligación de registrar las horas trabajadas por los afectados y en República Checa y Eslovaquia se obligaba a notificar a la Inspección de Trabajo que se había utilizado esta posibilidad. En los Países Bajos por ejemplo para recurrir a esta opción, los interlocutores sociales estaban obligados a examinar la posibilidad de no utilización de esta medida si existe la posibilidad de organizar el trabajo de manera diferente. Alemania también preveía medidas específicas para tener en cuenta la salud y seguridad de los trabajadores cuando era utilizada esta opción.

La Comisión se hace eco del aumento de la utilización de esta práctica pero confiesa que no puede evaluar su funcionamiento ya que los Estados “no proporcionan información adecuada sobre el número de horas realmente trabajadas por los trabajadores afectados, ni sobre qué período de tiempo” lo hacen. Se lamenta de la inhibición de los Estados miembros por el seguimiento o registro del tiempo de trabajo de los trabajadores afectados. La Comisión recuerda que son los Estados miembros los que tienen la responsabilidad de asegurar que la legislación de la UE sea aplicada en todo su rigor.

Se señala también su preocupación por el cumplimiento de los objetivos de salud y seguridad no solo ya de los trabajadores afectados por esta práctica sino también por el cumplimiento de estos objetivos para no perjudicar a sus compañeros o clientes. También muestra su inquietud por la no aplicación del requisito de consentimiento previo y voluntario del trabajador afectado.

La Comisión culpabiliza a los Estados miembros de su escaso rigor protector después de haber abogado por la posibilidad de una flexibilización total y amparar la utilización de opt-out. Sus reproches resultan un tanto teatrales y fingidos ya que puede actuar de forma más contundente para obligar a los Estados miembros a cumplir con su responsabilidad de protección de los trabajadores.

3.8.5. Evaluación por los Estados miembros y los interlocutores sociales

Teniendo en cuenta los informes de aplicación de la Directiva en los Estados miembros, estos pensaban que la transposición de ésta era positiva ya que proporcionaba un nivel más elevado de protección a los trabajadores, dotaba de mayor simplificación y eficacia a la legislación nacional e incluso ampliaba la protección a grupos antes excluidos. El aspecto más criticado fue el acervo sobre el tiempo de guardia y el descanso compensatorio ya que creaba dificultades en la organización del tiempo de trabajo. Por último, se reclamaba realizar cambios en relación al tiempo de guardia, y aumentar la flexibilidad en los períodos de referencia y a la hora de conceder el descanso compensatorio.

Los sindicatos, por su parte, recalcan la trascendencia de la Directiva en la política social europea. Subrayaron la necesidad de normas comunes mínimas a nivel europeo por lo que abogaban por limitar las excepciones y eliminar la opción de no

aplicación. Destacaban la necesidad de aplicar de forma más rigurosa las condiciones de protección y mejorar las medidas para la aplicación de la Directiva.

Los empleadores estimaban que el tiempo de trabajo era un factor crucial para la flexibilidad y la competitividad de sus empresas. En general pensaban que “la Directiva iba más allá de lo necesario para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores”. Pedían más simplicidad y flexibilidad de la transposición nacional y veían necesario incluir cambios en los periodos de referencia, el tiempo de guardia y el descanso compensatorio.

3.8.6. Conclusiones de la Comisión

La Comisión reconoció el empeño puesto por los Estados miembros para transcribir la Directiva y mejorar el cumplimiento de las decisiones judiciales y también admitió que la mayor parte de los empleados por cuenta ajena de la UE trabajaban siguiendo las normas mínimas del tiempo de trabajo que establece la Directiva y que en muchos casos las normas nacionales daban mayor protección. Sin embargo, mostraba su preocupación por la cada vez mayor utilización de la opción de la opt-out para poder gestionar los problemas que surgían en relación con el tiempo de guardia y el descanso compensatorio en servicios de 24 horas. Hizo hincapié en que persistían los problemas con puntos clave de la Directiva. En concreto con la definición del tiempo de trabajo, el descanso compensatorio equivalente, la situación de los trabajadores con más de un contrato, la situación de grupos específicos de trabajadores a los que no se les aplica la Directiva y la falta de un correcto seguimiento de las condiciones que acompañan a la opt-out. Después de todo el tiempo transcurrido y los estudios realizados persisten los mismos puntos de dificultad para el cumplimiento de la norma comunitaria manteniéndose la opt-out como uno de los más controvertidos.

3.9. Segundo informe sobre la aplicación de la Directiva

No es hasta abril de 2017 que la Comisión publica el Segundo informe sobre la aplicación de la Directiva, COM (2017) 254 final²⁹³, unido a una Comunicación interpretativa de la misma.

Las conclusiones a las que llega la Comisión tras el análisis realizado desde 2014 establecen que todavía hay ciertos puntos de la Directiva que siguen sin ser transpuestos de forma correcta.

En cuanto a la transposición del artículo 17, en el que se habla de las excepciones a lo dispuesto en los artículos 3 a 6, 8 y 16, algunos Estados miembros no han insertado con corrección todos los criterios que se establecen en la Directiva no garantizando su adecuado cumplimiento. La legislación de algunos Estados miembros parece sobrepasar las excepciones que se recogen en la Directiva. Algunos no establecen requisitos para conceder el descanso compensatorio o establecen un plazo demasiado largo para concederlos. La Comisión cree que Bélgica, Francia, Finlandia, Hungría, Países Bajos, Rumania, Alemania, Republica Checa, España, Austria, Eslovenia, Eslovaquia o Finlandia son países que se sobrepasan al aplicar estas excepciones.

3.9.1. Aplicación de la limitación del tiempo de trabajo

En cuanto al límite del tiempo de trabajo a 48 horas semanales se ha transpuesto con corrección, incluso muchos Estados miembros vienen, desde hace tiempo, estableciendo normas que implican una mayor protección. Sin embargo, persisten las incorrecciones. Así, en Irlanda para los trabajadores sociales o en Grecia para los médicos de los servicios públicos, la transposición no es la adecuada. La Comisión

²⁹³ Comisión Europea. Informe sobre la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2017) 254 final.

señala también el caso de Bulgaria donde se establece un máximo de 56 horas semanales y no se limitan las horas extraordinarias para ciertos sectores.

3.9.2. Aplicación para ciertos colectivos

En cuanto al trabajo de atención continuada, en Eslovenia, Bélgica, Irlanda, Grecia, Finlandia y Dinamarca aún existen trabajadores a los que no se les computa en su totalidad todo el tiempo que transcurren en la atención continuada que realizan como tiempo de trabajo.

Por su parte, los trabajadores con más de un contrato son tratados de forma diferente según los Estados. Mientras que en Austria, Bulgaria, Croacia, Chipre, Francia, Alemania, Luxemburgo, Reino Unido, Estonia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Países Bajos y Eslovenia aplican la Directiva por trabajador, en República Checa, Dinamarca, España, Letonia, Hungría, Malta, Polonia, Portugal, Rumanía y Eslovaquia aplican la Directiva por contrato. En Bélgica, Finlandia y Suecia se aplica por trabajador si los distintos contratos son con el mismo empleador pero se aplica por contrato si se suscriben varios contratos con distintos empleadores.

La transposición de la Directiva ha sido realizada tanto en el sector público como privado aunque sigue habiendo Estados miembros que excluyen a determinadas categorías de trabajadores sobre todo en el sector público. Las fuerzas armadas, la policía y otras fuerzas del orden, los servicios de protección civil, el personal de instalaciones penitenciarias y bomberos son los sectores donde se encuentran más irregularidades. En el sector privado es el sector de los trabajadores domésticos el más afectado.

3.9.3. Aplicación de instrumentos clásicos de flexibilización

En cuanto al derecho fundamental a vacaciones se ha transpuesto de forma correcta, aunque algunos Estados miembros siguen estableciendo condiciones para adquirir este derecho, en otros Estados miembros se pierde el derecho a vacaciones cuando el trabajador no ha podido disfrutarlas debido a causas ajenas a él.

La mayoría de los Estados miembros limitan el trabajo diario nocturno a 8 horas pero algunos permiten que su cálculo se promedie en un periodo de 4 meses que es el periodo de referencia para el cálculo general, no protegiendo de forma especial a este colectivo de trabajadores como pretende la Directiva.

En cuanto a los periodos de referencia, según el informe, el límite de cuatro meses que se debe utilizar para calcular la duración máxima del tiempo de trabajo semanal no se respeta, superándose en Alemania, Bulgaria y Eslovenia o España.

Todavía persisten Estados miembros en los que no han transpuesto el descanso semanal en algún sector o en los que se utiliza un periodo de solo 24 horas de descanso semanal sin que existan condiciones objetivas concretas para que no se añadan las once horas de descanso diario como establece la Directiva.

3.9.4. Aplicación de la flexibilidad total: la opt-out

El mayor grado de flexibilización que se obtiene aplicando la opt-out está permitido en 18 Estados miembros. Esta cláusula de exclusión puede aplicarse en cualquier sector en Bulgaria, Croacia, Chipre, Estonia, Malta y Reino Unido. El resto de Estados miembros que la utilizan, esto es, Bélgica, República Checa, Francia, Alemania, Hungría, Letonia, Países Bajos, Austria, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y España, permiten su utilización en los trabajos en los que se requiere una dilatada atención continuada, como son los casos de los servicios sanitarios o de emergencias.

En la posición contraria se encuentran Dinamarca, Irlanda, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, Rumanía, Finlandia y Suecia, Estados que no utilizan esta forma tan extrema de flexibilización.

En general la transposición de esta cláusula es correcta pero se advierte que ciertos Estados miembros no son claros al establecer la imposibilidad de que un trabajador sufra un trato desfavorable ante su negativa a someterse a esta exclusión.

Aunque son muchos los Estados miembros que utilizan la opt-out, también es verdad que la mitad establece de forma clara algún tipo de limitación en la cantidad de horas máximas de trabajo. Así lo hacen Bélgica, República Checa, España, Croacia, Letonia, Hungría, Países Bajos, Austria y Eslovaquia.

En cuanto a la exigencia de un registro de horas de trabajo de los empleados que han firmado esta opt-out, solo queda recogido por las legislaciones de Bélgica, Alemania, Francia, Chipre y Letonia.

3.9.5. Evaluación por los interlocutores sociales

Las posiciones entre sindicatos y empresarios siguen siendo contrapuestas, mientras para los primeros no se puede decir que la Directiva se haya transpuesto correctamente ya que hay muchos casos en los que no se cumple, para los segundos la Directiva se ha transpuesto con corrección respetando su objetivo de protección de seguridad y salud de los trabajadores e incluso apuntan que se hace más de lo necesario en ese sentido.

Para la Confederación Europea de Sindicatos y el Consejo de personal profesional y directivo europeo que representan a los trabajadores, los problemas más importantes se sitúan en no considerar tiempo de trabajo el tiempo en la atención

continuada y la exclusión de los trabajadores autónomos. La CES añade problemas en la concesión de descanso compensatorio tras un turno y la ampliación de los periodos de referencia a 12 meses. En cuanto a la exclusión voluntaria cree que socava el objetivo de la Directiva de preservar la salud de los trabajadores, insistiendo que las largas jornadas son perjudiciales.

Los empleadores, representados por la *BUSINESSEUROPE*, al igual que los sindicatos, reconocen problemas en el cumplimiento de la Directiva en cuanto al tiempo de atención continuada, siendo un gran desafío para ellos la aplicación práctica de las sentencias *SIMAP* y *Jaeger*. También tienen dificultades con la jurisprudencia referente a las disposiciones relativas a los descansos compensatorios en algunos sectores.

Creen que uno de los principales problemas es que los Estados miembros incorporan restricciones en sus normas nacionales más rigurosas de las que establece la Directiva y no se utilizan las excepciones disponibles en su totalidad.

3.9.6. Conclusiones de la Comisión

Para la Comisión, la mayoría de los trabajadores de la Unión se rigen por las normas de la legislación comunitaria y en muchos casos las normas nacionales ofrecen más protección que la exigida por la Directiva. La mejora en el cumplimiento de las exigencias de la Directiva ha hecho que algunos países hayan modificado su legislación para ajustarse a la legislación propuesta sobre el tiempo de trabajo máximo para determinados grupos de trabajadores. Se ve por tanto una lenta adecuación de los Estados miembros a la normativa.

En cuanto al tema de la *opt-out*, la situación se ha estabilizado puesto que solo Croacia y Austria han introducido la excepción en su normativa. Se aprecia también que todavía existen problemas para aplicar elementos básicos de la Directiva tal y como los

ha interpretado el TJUE, siendo el problema más extendido una transposición incorrecta en cuanto a la necesidad de proporcionar descanso compensatorio cuando se acortan o posponen los períodos mínimos de descanso. Persisten aunque con menor intensidad, los problemas que aparecen con el tiempo de atención continuada. Las dificultades surgen con la limitación del tiempo de trabajo máximo para ciertos grupos de trabajo sobre todo personal sanitario y de las fuerzas armadas, también con las limitaciones del tiempo de trabajo para los trabajadores nocturnos. Es, así mismo, relativamente frecuente que aparezcan problemas con la posibilidad de obtener vacaciones el primer año de trabajo o cuando hay una baja por enfermedad.

Los Estados miembros avanzarán en la mejora de esta situación siguiendo la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE intentando obtener mejores resultados gracias a sus explicaciones para una mejor aplicación.

3.10. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE

Siguiendo su trabajo clarificador, junto al Informe sobre la aplicación de la Directiva llevada a cabo por los Estados miembros, la Comisión publicó en el Diario Oficial de la UE el 24 de mayo de 2017 esta Comunicación que pretende “incrementar la seguridad y la claridad jurídica”. Con ella se intenta una observancia mejor de la Directiva por parte de los Estados miembros ya que la Unión tiene claro que una mejor aplicación hace que se obtengan mejores resultados²⁹⁴. Considerando el número de interpretaciones que el TJUE ha realizado desde 1993 sobre la Directiva, alrededor de 50 sentencias y autos según establece la Comunicación, es clara la necesidad de una interpretación de la misma para poder entender su contenido y su alcance. Entre sus

²⁹⁴ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión. Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación. (2017/C 18/02). Diario Oficial de la Unión Europea 19 de enero de 2017.

objetivos concretos además del de dar mayor seguridad y claridad y ayudar a su mejor aplicación, está también el de apoyar una mejor protección de la salud y la seguridad de los trabajadores.

Este reexamen se ha llevado a cabo durante los últimos 7 años. Se han tenido en cuenta las dos fases de consulta a los interlocutores sociales de la UE llevada a cabo en 2010, que quedó paralizada en el período 2010-2012 porque los interlocutores sociales no llegaron a un acuerdo. En 2013 se volvió al trabajo de revisión ya que se sigue pensando que la aplicación de la Directiva reviste complejidad sobre todo debido a la falta de claridad de algunas disposiciones incluyendo las excepciones, la abundante jurisprudencia existente y su poca adaptación a los cambios del mundo laboral.

La Comunicación hace un repaso a los puntos más importantes de la Directiva, como son: la base jurídica y el objeto de la Directiva, su ámbito de aplicación, definiciones, períodos mínimos de descanso, duración máxima del tiempo de trabajo semanal, vacaciones anuales retribuidas, trabajo nocturno, trabajo por turnos y ritmos de trabajo, y excepciones. A continuación se señalan los tres puntos clave para este trabajo, el concepto de tiempo de trabajo, su duración máxima y la posibilidad de exclusión a esta limitación.

3.10.1. Interpretación del concepto de tiempo de trabajo

En cuanto al tiempo de trabajo se reafirma en lo establecido por la jurisprudencia. Tiempo de trabajo y periodo de descanso “no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros”. Tiempo de trabajo y periodo de descanso “constituyen conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de la Directiva que es establecer las disposiciones mínimas

destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores”. Da como ejemplos las ya clásicas sentencias *Dellas y Jaeger*, pero también la Sentencia en el asunto *Tyco* (C-266/14)²⁹⁵ o el Auto en el asunto *Vorel*, (C-437/05)²⁹⁶, que insisten en este mismo sentido.

Para esta Comunicación existen tres criterios acumulativos que determinan el tiempo de trabajo. El primero que el trabajador permanezca en el trabajo; el segundo que permanezca a disposición del empresario y tercero que el trabajador permanezca en ejercicio de su actividad o de sus funciones, teniendo en cuenta que el hecho de estar presente y disponible en los centros de trabajo para prestar su servicio profesional debe considerarse entre esas funciones, como deja claro la clásica sentencia *Simap*.

Sin embargo, dada la diversidad de situaciones que se pueden dar en las empresas hay casos en los que este concepto necesita todavía una interpretación de los tribunales ya que sigue sin estar claro. La propia Directiva dice que su articulado no se aplicará a determinadas ocupaciones si existe una regulación específica²⁹⁷ como ocurre con el trabajo en el mar o el transporte por carretera por ejemplo. Es la labor del TJUE la que ha dado y sigue dando solución a la multitud de casos que pueden presentarse en la realidad empresarial.

Merece la pena señalar en este sentido la sentencia en el asunto *Tyco*. Esta se refiere a los trabajadores que tienen como actividad atender a clientes trasladándose a

²⁹⁵ TJUE. Sentencia, de 10 de septiembre de 2015, *Tyco*, (C-266/14).

²⁹⁶ TJUE. Auto de la Sala Quinta, de 11 de enero de 2007, en el asunto *Vorel*, (C-437/05). En él se declara que: *“Se oponen a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los servicios de atención continuada que un médico presta en régimen de presencia física en el propio lugar de trabajo, pero durante los cuales no ejerce ninguna actividad real, no se consideran en su totalidad «tiempo de trabajo».”*

²⁹⁷ Directiva 2003/88/CE. Art. 14. *“Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán en la medida en que otros instrumentos comunitarios contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales”.*

los domicilios de estos. La jurisprudencia comunitaria considera que en el caso de trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo o habitual, el tiempo de desplazamiento que dichos trabajadores dedican a los desplazamientos diarios entre su domicilio y los centros del primer cliente y entre el del último cliente que les asigna su empresario y su domicilio, constituye tiempo de trabajo.

Es importante valorar la organización del trabajo y si el empleador determina previamente las visitas estableciendo un orden y una previsión horaria determinada coartando la libre disposición de su tiempo al trabajador, es decir, volver a repensar si se cumplen los tres criterios de la Directiva, permanecer en el trabajo, estar a disposición del empleador y ejerciendo su actividad.

La reciente Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 4 diciembre 2018 (rec. 188/2017)²⁹⁸ poniéndola en relación con la doctrina emanada del TJUE en su sentencia Tyco y reiterando la doctrina de la STS, de 1 de diciembre 2015, (rec. 284/2014)²⁹⁹, concluye que, en el marco de la ayuda a domicilio, el tiempo empleado por los trabajadores para el desplazamiento desde su domicilio hasta el primer cliente y desde el último a su domicilio no debe considerarse como tiempo de trabajo, razonando que las circunstancias no son equiparables con la sentencia Tyco.

Como otros analistas³⁰⁰ considero que no se ha analizado en profundidad si estos casos cumplen las características establecidas por la definición de tiempo de trabajo derivado de la Directiva fijándose solo en las circunstancias al ponerlas en relación con la sentencia Tyco y estableciendo que no son equiparables. Hay que tener en cuenta que los desplazamientos son necesarios para ejercer el trabajo y que en ese tiempo los

²⁹⁸ TS. Sentencia de 4 de diciembre de 2018, (rec. 188/2017).

²⁹⁹ TS. Sentencia de 1 de diciembre 2015 (rec. 284/2014).

³⁰⁰ Poquet Catalá, R. (2019). Óp. cit.

trabajadores están a disposición del empresario por lo que concurren las características de permanencia, disponibilidad y ejercicio de sus tareas, lo que implicaría que esos tiempos deberían considerarse tiempo de trabajo.

Como puede verse la cuestión de qué es tiempo de trabajo o no lo es, está todavía abierta y habrá que justificar toda decisión profundizando en los criterios expresados por el TJUE y derivados de lo establecido en la Directiva.

3.10.2. Interpretación de la duración máxima del tiempo de trabajo.

En cuanto a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establece esta Comunicación interpretativa que el Tribunal ha destacado su carácter especial. Este ha reiterado que atendiendo a la Directiva y a su finalidad “las diferentes disposiciones que contiene en materia de duración máxima del trabajo y de tiempo mínimo de descanso constituyen normas del Derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima necesaria para garantizar la protección de su seguridad y su salud”. Para esta conclusión da como ejemplo las antes mencionadas sentencias Pfeiffer, Dellas o el Auto en el asunto Vorel.

En la Comunicación queda claro que la Directiva fija un máximo de 48 horas como la duración máxima del tiempo de trabajo por cada período de siete días. Así se establece una duración máxima que los Estados miembros pueden limitar más, dando mayor protección a los trabajadores. Este máximo se califica de incondicional, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal que ha insistido en que los Estados no pueden de forma unilateral determinar el alcance de las disposiciones de la Directiva, “por lo que no pueden someter a condición o restricción alguna la aplicación del derecho de los trabajadores a que la duración media del tiempo de trabajo semanal no exceda de 48 horas, como se establece en el artículo 6, apartado 2, de dicha Directiva”. Sigue para

ello tanto la sentencia Pfeiffer, como la sentencia en el asunto (C-243/09)³⁰¹ o la sentencia en el asunto (C-429/09)³⁰². Destaca también que el Tribunal ha establecido el deber de los Estados de garantizar la efectividad de esta disposición.

La Comunicación también señala que siguiendo el artículo 6 de la Directiva se puede utilizar el promedio del tiempo de trabajo semanal para comprobar si se cumple el límite máximo. Los Estados miembros pueden disponer un periodo de referencia que no sobrepase los cuatro meses para este cálculo en todos los sectores y actividades. Estos periodos de referencia pueden ampliarse en determinados casos siguiendo lo dispuesto en el artículo 19 de la Directiva. En todo caso el TJUE se ha mostrado de acuerdo en que este periodo no podrá en ningún caso exceder de doce meses como se establecía en la notable sentencia Simap.

3.10.3. Interpretación de la opt-out

En cuanto a la exclusión voluntaria o cláusula opt-out, la Comunicación establece que los Estados miembros tienen la obligación de transponer esta disposición al Derecho nacional si quieren utilizarla. Así mismo, la Comunicación recuerda que las condiciones específicas que se imponen para su aplicación deben aplicarse de forma

³⁰¹ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, Günter FuB, (C-243/09). En la que se declara que: “El artículo 6, letra b), de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite que un empresario del sector público decida el traslado forzoso a otro servicio de un trabajador que presta sus servicios como bombero en un servicio de intervención por el hecho de que éste haya solicitado que se respete, dentro de este último servicio, la duración de trabajo media máxima semanal prevista en dicha disposición. La circunstancia de que tal trabajador no sufra como consecuencia de este traslado ningún perjuicio específico distinto del que se deriva de la infracción de dicho artículo 6, letra b), carece de relevancia a estos efectos”.

³⁰² TJUE. Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Günter FuB, (C-429/09). En la que se declara que: “1) Un trabajador que, como sucede con el Sr. Fuß en el litigio principal, ha venido realizando, como bombero destinado en un servicio de intervención perteneciente al sector público, una jornada de trabajo semanal media que excede de la prevista en el artículo 6, letra b), de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, puede invocar el Derecho de la Unión para exigir la responsabilidad de las autoridades del correspondiente Estado miembro con el fin de obtener la reparación del daño sufrido como consecuencia de la violación de esta disposición”.

acumulativa, aspectos ambos que se recogen en la Sentencia del asunto *Günter FuB*, (C-243/09)³⁰³.

En cuanto al consentimiento del trabajador se recuerda que el TJUE ha opinado reiteradamente que esta disposición requiere el consentimiento individual del trabajador colocándolo por encima del consentimiento expresado por los interlocutores sindicales en convenio o acuerdo colectivo ya en la Sentencia *Simap* o en la *Pfeiffer*.

Ante la posibilidad de renunciar el trabajador al derecho otorgado directamente por la Directiva de limitación del tiempo de trabajo, debe haberse producido de manera libre y con pleno conocimiento de causa y expresando de forma indudable su consentimiento como el Tribunal establecía en la sentencia *Pfeiffer*. El mismo Tribunal insistió en que “estos requisitos son tanto más importantes cuanto que el trabajador es la parte débil del contrato de trabajo, de modo que es necesario impedir que el empresario pueda viciar la voluntad de la otra parte contratante o imponerle una restricción de sus derechos sin que esta haya manifestado expresamente su consentimiento al respecto”³⁰⁴. La Comunicación considera también que este consentimiento debe ser revocable ya que si no se pondría en peligro los objetivos de la Directiva.

En cuanto a la segunda condición, es decir, que ningún trabajador debe sufrir perjuicio por no consentir con la opt-out, el concepto de perjuicio debería interpretarse de forma amplia no reduciéndose solo a proteger al trabajador contra el despido sino también contra otras formas de penalizaciones o desventajas, cuestión esta que viene recogida en la sentencia del asunto *Günter FuB*, C-243/09³⁰⁵, indicando que los Estados miembros están obligados a velar por la existencia de medidas para que esto se cumpla.

³⁰³ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, *Günter FuB*, (C-243/09). Apartado 35.

³⁰⁴ TJUE. Sentencia de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer*, asuntos acumulados (C 397/01) a (C 403/01). Apartado 82.

³⁰⁵ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, *Günter FuB*, (C-243/09). Apartado 33.

Ciertas medidas se indican ya en la Comunicación como la exigencia de registros y su puesta a disposición de las autoridades si éstas lo solicitan. Sin embargo parecen medidas ciertamente pobres para la protección real del trabajador.

Según aprecia la Comunicación, la exclusión voluntaria se puede utilizar de distintas formas. Aplicándola de una forma total en la que un trabajador puede realizar su labor más de 48 horas de media a lo largo de un período de referencia por definir que puede también superar los 12 meses. Pero también puede aplicarla de forma parcial con excepciones limitadas a lo dispuesto en el artículo 6 o en el artículo 16 letra b.

En todo caso el artículo 22 recoge que la utilización de la opt-out está sujeto a “que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores” y prevé que las autoridades competentes pueden “por razones de seguridad y/o de salud de los trabajadores” restringir la opt-out aunque los trabajadores hayan decidido excluirse voluntariamente. La Comunicación sin hacer mayor interpretación de las condiciones que acompañan a la utilización de la opt-out, vuelve a dejar en manos de otras autoridades nacionales una herramienta cuya interpretación correcta se hace muy complicada al tratar de utilizarla en la realidad empresarial europea.

Al ser una Comunicación que pretende la interpretación correcta de la Directiva no hace una crítica a la existencia de la opt-out, pone el acento en la obligación de los Estados en cumplir la Directiva de forma correcta. Intuyendo que las condiciones que se imponen para la aplicación correcta de opt-out son muy difíciles o casi imposibles de cumplir se tendría que plantear la posibilidad de suprimir la cláusula de no aplicación o por lo menos hacer referencia a su dificultad de llevarla a la práctica si se quiere cumplir el objetivo de una efectiva limitación del tiempo de trabajo.

Teniendo en cuenta que el principio de subsidiariedad justifica la intervención de la Unión cuando los Estados miembros no pueden alcanzar de manera suficiente los objetivos sino que estos se pueden alcanzar mejor a escala supra nacional, parece que la Unión tira la piedra y esconde la mano. Lanza la posibilidad de utilizar la opt-out pero se calla en cuanto a su correcta aplicación práctica y concreta en el ámbito empresarial. No se atreve a reconocer el carácter contradictorio de la posibilidad de utilización de la cláusula opt-out con el espíritu de la Directiva de establecer unas mejores condiciones de vida y de trabajo.

Los ratos de ocio son la mejor de todas las adquisiciones

Sócrates

Capítulo 4 .

FLEXIBILIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

4.1. Introducción al concepto de flexibilización

El tiempo de trabajo ha sido³⁰⁶ y sigue siendo punta de lanza de la flexibilidad interna en la empresa.

La flexibilidad “es considerada como una necesidad de las empresas para afrontar los desafíos del mercado y mantener su competitividad”³⁰⁷. Si nos centramos en la flexibilidad del tiempo de trabajo se puede catalogar como una flexibilidad interna³⁰⁸ ya que se refiere a la flexibilización de la organización dentro de la empresa. Cuando se habla de flexibilidad del tiempo de trabajo, se habla de fenómenos muy diversos. Designa instrumentos de flexibilidad tan clásicos como las horas extraordinarias, el trabajo a turnos, el trabajo nocturno o el trabajo en fin de semana. Pero también alude a otros instrumentos más novedosos que se utilizan cada vez con más frecuencia como son el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal, el puesto compartido por varios obreros o la anualización del tiempo de trabajo. La mayor utilización de estos instrumentos “entraña cambios fundamentales en las relaciones laborales y en el empleo tradicional a tiempo completo haciendo el trabajo más inseguro”³⁰⁹ y en definitiva más precario.

“La flexibilidad se presenta como necesidad de los modernos sistemas de producción”³¹⁰. Las empresas no cesan de explorar formas nuevas para lograr una

³⁰⁶ Ray, J. E. (1990). La flexibilité du temps de travail. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 42 N°1, (janvier-mars), 185-201.

³⁰⁷ Jaspers, T. (2014). Flexibilidad e innovación, enfoques innovadores de las empresas multinacionales europeas. En J.P. Landa. *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 49-76). Madrid: Dykinson. P. 49.

³⁰⁸ La flexibilización del trabajo tiene dimensiones diversas. Además de la flexibilización interna que hace referencia a las condiciones de trabajo y a la organización dentro de la empresa, existe la flexibilidad externa que hace referencia a las condiciones del empleo, a la posibilidad de entrar o salir de él y que puede conllevar más costes sociales.

³⁰⁹ Gutiérrez Barbarrusa, T. (2016). El auge del empleo precario en Europa. Conceptos, indicadores y efectos de la crisis económica mundial. *Revista internacional del Trabajo*, Vol. 135, nº4, 515-550. P. 517.

³¹⁰ Gorelli Hernández, J. (2018). *El tiempo flexible. La jornada irregular*. Madrid: Tecnos. P.41.

mayor eficacia en la explotación de sus equipos, una mayor adaptación a las fluctuaciones de la demanda y una reducción de las formas costosas de organización del tiempo por otras menos gravosas. La empresa tiene que innovar. La obligación empresarial de dar una respuesta rápida a las exigencias del mercado para mantener la competitividad, hace que se estudie con mayor precisión las variaciones diarias, semanales, mensuales y estacionales de la demanda y se busque la mayor adaptación del calendario laboral y del horario del trabajador. “La flexibilización se ha expresado de forma clara mediante los cambios experimentados en la organización y reordenación del tiempo de trabajo”³¹¹. Así aparecen más instrumentos para la mejor gestión del tiempo de trabajo como el trabajo de unos operarios durante las pausas de otros para no paralizar las máquinas, los horarios escalonados de entrada y salida, la utilización de turnos dobles a tiempo completo y parcial o la programación de los cierres anuales de las fábricas.

Esta variedad de instrumentos complica la planificación que deben hacer las empresas sobre las necesidades de personal, produciéndose problemas de comunicación y de control, posibilitando en mayor medida la vulneración de los derechos de los trabajadores. Los horarios homogéneos y grupos estables de trabajo que eran característicos de la gestión del tiempo del trabajo van convirtiéndose en la excepción.

Esta pequeña muestra ejemplifica la existencia de un gran abanico de posibilidades formales e informales de flexibilizar el tiempo de trabajo para mejorar la utilización de los equipos, responder a la demanda de los clientes y mejorar las necesidades de las empresas y los trabajadores. Sin embargo la demanda de flexibilización por parte de los empleadores no cesa y en los últimos tiempos se asiste a

³¹¹ Recio, C., Torns, T., Borràs, V., Moreno, S. (2009) La regulación del tiempo de trabajo en la Unión Europea. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 77-88. P.78.

un cambio bastante dañino tanto para empresas como para trabajadores. Algunos empleadores no buscan innovar para mejorar la eficacia y la productividad, se centran en la reducción de costes salariales a toda costa por lo que surgen formas de organización del tiempo de trabajo menos onerosas para el empleador a corto plazo pero muy gravosas para el empleado, la sociedad y la empresa a largo plazo. Se intensifica el trabajo, se reduce el absentismo dificultando coger bajas, se evita el pago de horas extraordinarias o el mes de vacaciones pagadas por la empresa, se organiza el trabajo bajo demanda del empleador y se rempazan trabajadores a tiempo completo por otros a tiempo parcial u ocasional, en algunos casos se retribuye menos a los trabajadores a tiempo parcial que a los de tiempo completo. Estos abusos en la flexibilidad desmotiva a los empleados y resta calidad a su trabajo, llevando a largo plazo a ser negativo para las empresas.

Por otra parte esta utilización máxima de la flexibilización “genera una pérdida de control por parte del trabajador del tiempo, tanto del tiempo de trabajo como del tiempo de descanso, pues los períodos durante los cuales el trabajador desarrolla su prestación de trabajo, pueden verse alterados sin un patrón fijo, determinado o estándar, sino que pueden ser modificados según las concretas necesidades productivas del empresario”³¹². La precariedad en la que se instalan algunos trabajadores hace que aparezcan los llamados trabajadores de segunda lo que desgraciadamente hace que disminuya la cohesión social. La precariedad que se produce con esta maximización de la flexibilidad trae consigo gran inseguridad para los trabajadores a los que les falta

³¹² Gorelli Hernández, J. (2018). P. 18. Óp. cit.

control en las condiciones en las que desarrollan su labor. Esta inseguridad aumenta cuanto menos control individual o colectivamente tiene el trabajador³¹³.

Sin embargo, una buena utilización de la flexibilidad del tiempo de trabajo puede atraer tanto a empleadores como a empleados aunque en muchas ocasiones por motivos opuestos. Si los empleadores buscan mejorar la eficacia de la empresa y obtener mayor beneficio económico, los empleados buscan mejorar el difícil equilibrio entre vida familiar y laboral o combinar la enseñanza y la formación con trabajo³¹⁴.

La flexibilidad puede dar respuesta a la diversidad de modos de vida nuevos que van surgiendo en la sociedad moderna. La presencia de mujeres, en especial madres de familia, en el mercado laboral, el aumento del número de hogares de uno o dos miembros sin hijos son un ejemplo de estos cambios.

Por otra parte, el aumento del nivel de vida y la educación de la ciudadanía, al igual que el desarrollo de las diferentes posibilidades de emplear el tiempo libre han cambiado el parecer de los trabajadores respecto a su relación con el tiempo de trabajo. Los empleados buscan influenciar cada vez más en el tiempo de trabajo, cuestión esta a la que los empleadores se resisten.

Los Estados miembros de la UE responden de forma distinta a esta problemática. La flexiguridad de la que habla la UE, en la que tanto los intereses de empresarios como los de los empleados tienen que tenerse en cuenta, se da en mayor grado en los países donde existen unas condiciones mínimas fijadas por ley o convenio colectivo y donde los trabajadores están efectivamente representados. Los asalariados en estos casos son

³¹³ Rodgers, G. (1992). El debate sobre el trabajo precario en Europa Occidental en *El trabajo precario en la regulación del mercado laboral. Crecimiento del empleo atípico en Europa occidental*. Madrid Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Citado por Gutiérrez Barbarrusa, T. (2016). Óp. Cit.

³¹⁴ Cruz Villalón, J. (2007). Modificación del tiempo de trabajo. En J. Aparicio Tovar, J. López Gandía, *Tiempo de trabajo* (págs. 235-266). Albacete: Bomarzo.

tenidos en cuenta de forma más significativa que en el caso de los Estados en los que se aplican políticas de *laissez-faire*.

No es tanto el grado de flexibilidad lo que diferencia a los Estados miembros, sino la forma en la que la flexibilidad queda regulada. Si ésta no está reglamentada los intereses empresariales priman y los sindicatos se ven obligados a ponerse a la defensiva ya que no están en condiciones de participar en la determinación del tiempo de trabajo. Si por el contrario la flexibilidad está reglamentada es más fácil conciliar los intereses de patrones y asalariados. Si falta un soporte legislativo existen pocas posibilidades para que las negociaciones en el seno de la empresa puedan garantizar que se tengan en cuenta los intereses de los trabajadores y se busquen soluciones negociadas de forma real³¹⁵.

La negociación en la empresa es una de las mejores formas para conjugar el equilibrio de fuerzas. Además estos acuerdos a nivel empresa preservan mejor a los trabajadores de formas de organización del tiempo de trabajo que aumenten la fatiga o la tensión nerviosa y fortalecen la defensa de la higiene y seguridad en el trabajo. Alertan sobre un aumento de la tasa de rotación de trabajadores o de accidentes de trabajo. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que en la UE la mayoría de las empresas son PYMEs³¹⁶ y en ellas es difícil llegar a acuerdos en los que se refleje el posicionamiento tanto de empleados como de empleadores. Se necesita sin duda el respaldo de una legislación para poder actuar con efectividad. Y aunque la flexibilidad es necesaria, no tiene por qué ser una flexibilidad total. La existencia de una legislación

³¹⁵ Valdés Dal Ré. (1999). La flexibilidad del mercado de trabajo. Teoría e ideología. En J. J. Castillo, *El trabajo del futuro* (págs. 119-136). Madrid: Complutense.

³¹⁶ Parlamento Europeo. Informe del 28 de septiembre de 2012, sobre las pequeñas y medianas empresas (PYME): competitividad y oportunidades comerciales. Según sus considerandos más del 96 % de las PYME de la Unión Europea emplean a menos de 50 persona. Por lo que se puede establecer que la mayor parte de empleos en Europa son creados por microempresas.

de mínimos es imprescindible para que los derechos tanto de empleados como de empleadores se cumplan.

Cuando los empleadores piden mayor grado de flexibilidad se hace referencia a un estado de rigidez que no es cierto³¹⁷. Por un lado, todos los instrumentos que se han descrito hacen ver la gran variedad de posibilidades que existen para variar el tiempo de trabajo. Por otro lado, si se analiza la reglamentación se puede ver que dentro de las normas abundan derogaciones y excepciones, lo que vuelve a esta rama del derecho muy compleja. La demanda de mayor flexibilidad muestra el deseo de no someterse al control administrativo y a un deseo de bajar el coste de la mano de obra para aumentar la rentabilidad que no necesariamente se reinvierte en la empresa o en la sociedad, beneficiando entonces a unos pocos y no a la sociedad europea en su conjunto.

Se pasa de un deseo de flexibilidad a un deseo de desregulación que es algo bastante diferente ya que supone la eliminación de las normas que preservan al trabajador de los abusos de los empleadores. La flexibilidad mantiene las normas reexaminándolas al aplicarlas a las diferentes realidades empresariales.

Una mayor libertad en la gestión del tiempo de trabajo por parte de la empresa puede hacer que los derechos del trabajador queden afectados, por ello es importante tener en cuenta lo que dice el *Libro verde relativo a la responsabilidad social de las empresas*³¹⁸, que pone de relieve que esa responsabilidad social de la empresa debe incidir “en primer lugar” en las personas trabajadoras y que las prácticas responsables

³¹⁷ Treu, T. (1993). La flexibilidad laboral en Europa. *Revista internacional del trabajo*. 217-234.

A modo de ejemplo entre 1988 y 1994 el porcentaje de compañías alemanas que usaban turnos pasó del 65 al 73 por ciento y el de las que funcionaban las 24 horas pasó del 6 al 19 por ciento. Según la Sexta encuesta sobre las condiciones de trabajo en la Unión de 2015, el trabajo por turnos en los menores de 35 años llega al 26%, en la franja de edad de 35 a 49 baja al 22 y para los mayores de 50 se sitúa en el 16. En 2020 se realizará el trabajo de campo para la próxima encuesta.

³¹⁸ Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación, de 18 de julio de 2001. Libro verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. COM (2001) 366 final.

de las empresas “abren una vía para administrar el cambio y conciliar el desarrollo social con el aumento de la competitividad”. El reto más importante es el de conseguir “un mayor equilibrio entre trabajo, familia y ocio”. Hay por tanto que buscar flexibilidad y seguridad laborales efectivas que con la desregulación no se encuentran.

Las directrices comunitarias consideran esencial una buena gestión del tiempo de trabajo para lograr la flexiguridad. En concreto para 2016 se mantienen las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros establecidas para 2015³¹⁹ y en su orientación nº 7 dedicada a mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo se establece que “los Estados miembros deben tener en cuenta los principios de flexibilidad y seguridad («principios de flexiseguridad»”. La legislación laboral debe ofrecer “protección a todos los que trabajan”. Explica que “es preciso garantizar un empleo de calidad en términos de seguridad socioeconómica, organización del trabajo”, al igual que garantizar unas condiciones laborales preservando la salud y la seguridad y lograr un “equilibrio entre vida privada y profesional”.

Este concepto persiste en los años siguientes y así en la Decisión (UE) 2018/1215, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, en su Orientación 7 que habla de mejorar el buen funcionamiento de los mercados laborales y la eficacia del diálogo social se dice que “los Estados miembros deben trabajar junto con los interlocutores sociales en los principios de flexibilidad y seguridad y conciliar derechos y obligaciones” y que se deben evitar “las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias”³²⁰. En la Decisión (UE)

³¹⁹ Consejo. Decisión (UE) 2016/1838 del Consejo, de 13 de octubre de 2016, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros en 2016. Esta Decisión establece que se mantiene la Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo de 5 de octubre de 2015 relativa al mismo asunto.

³²⁰ Consejo. Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo, de 16 de julio de 2018, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea de 5 de septiembre de 2018.

2019/1181 del Consejo de 8 de julio de 2019 relativa al mismo asunto, se reafirma en este sentido indicando en su artículo 1 que “las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, que figuran en el anexo de la Decisión (UE) 2018/1215, se mantienen para 2019”³²¹. Se insiste una vez más en la idea de flexiguridad, reclamando que la flexibilidad vaya de la mano de la seguridad.

Una regulación correcta y justa del tiempo de trabajo es indispensable para que las empresas sean competitivas y para llevar a la práctica el concepto de flexiguridad que defiende la UE, por lo que el Derecho comunitario debe jugar un papel de limitador de la flexibilidad.

4.2. Flexibilización clásica

En este apartado se hace un repaso a los instrumentos clásicos que existen para flexibilizar el tiempo de trabajo. Se busca con su estudio poner de relieve las grandes posibilidades que tienen de aportar flexibilidad al empleador. Su regulación no impide que sean instrumentos flexibilizadores pero asegura que los trabajadores realicen su actividad en condiciones que garantice su salud y su seguridad. Planificar las vacaciones anuales y los días de descanso, utilizar el trabajo a turnos o el nocturno, organizar el ritmo e intensidad del trabajo al igual que las pausas, posibilita que los empleadores flexibilicen la producción atendiendo a sus necesidades. Estos instrumentos flexibilizadores aportan todavía más flexibilidad si se aplican en periodos de referencia más grandes. La utilización cada vez más extendida de un periodo de referencia anual amplifica las posibilidades de organización que tienen los empleadores. Por último, las horas extraordinarias permiten flexibilización sin casi necesidad de previsión por parte

³²¹ Consejo. Decisión (UE) 2019/1181 del Consejo, de 8 de julio de 2019, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea de 11 de julio de 2019.

de éste. Todos estos instrumentos regulados parecen suficientes para dar la flexibilidad demandada por los empleadores.

4.2.1. Vacaciones anuales

El derecho a vacaciones retribuidas tiene una aparición tardía, “es una conquista contemporánea de la clase trabajadora”³²². Surge como concesión del empresario a aquellos empleados como recompensa por años de servicio y no es hasta principios del siglo XX que comienza a reconocerse como un derecho del trabajador.

Dotado desde su inicio de características que perduran en la actualidad, como la retribución o la exigencia de una prestación de servicios, su desarrollo fue muy rápido³²³. Fue finalizada la guerra, con la firma del Tratado de Versalles y la creación de la OIT en 1919, cuando se produce un fuerte impulso en la configuración de este derecho. Con el paso del tiempo fueron añadiéndosele otras características como su irrenunciabilidad o la prohibición de compensación económica. Gracias a la OIT y a su Convenio 132³²⁴ la universalización de este derecho siguió avanzando, siendo reconocido por la mayoría de los países ya a mediados del siglo XX.

En la UE este derecho aparece reconocido en la Carta de los DDFE en su artículo 31 apartado 2, que dice expresamente que todo trabajador tiene derecho a un período de vacaciones anuales retribuidas. “El derecho del artículo 31 es una *auténtica exigencia individual*, un *derecho subjetivo*, en suma”³²⁵. Por su parte ya la Directiva 93/104/CE establecía y se mantiene en la Directiva 2003/88CE en su artículo 7.1

³²² Sempere Navarro, A.V.; Charro Baena, P. (2003). *Las vacaciones laborales*. Cizur Menor: Aranzadi. P. 15.

³²³ Baena, P. C. (1993). El derecho a vacaciones en el ámbito laboral: origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

³²⁴ OIT. 54ª reunión OIT de 24 de junio de 1970 en Ginebra. Convenio nº132, sobre las vacaciones pagadas (revisado).

³²⁵ Cruz Villalón, P. (2017). P. 108. Óp. cit. Hace aquí referencia a los apartados 78 y 79 de las conclusiones al asunto Domínguez. La cursiva es propia.

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

Si se revisan los considerandos primero, cuarto, séptimo y octavo de la Directiva, queda claro que el objetivo de esta es “establecer las disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los empleados mediante una armonización de las disposiciones nacionales relativas, en particular, a la duración del tiempo de trabajo”³²⁶. Pero resulta curioso que aunque el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe “considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia”³²⁷, se esboza muy escuetamente en la Directiva. El Tribunal ha debido analizar con mucha minuciosidad este derecho y su jurisprudencia es muy abundante³²⁸, llegando hasta la actualidad con las sentencias llamadas “vacacionales” que dan respuesta a los asuntos Sebastian W. Kreuziger (C-619/16)³²⁹, Bauer y BroBonn, asuntos acumulados (C-569-570/16)³³⁰ y Max-Planck (C-684/16)³³¹.

³²⁶ TJUE. Sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, (C-173/99). Punto 37.

³²⁷ TJUE. Sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, (C-173/99). Punto 43.

³²⁸ TJUE. Sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, (C-173/99); Sentencia de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, (C-342/01); Sentencia de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele, asuntos acumulados (C-131/04) y (C-257/04); Sentencia de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, (C-124/05); Sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff, asuntos acumulados (C-350/06) y (C-520/06); Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda, (C-277/08); Sentencia de 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, (C-486/08); Sentencia de 15 de septiembre de 2011, Williams y otros, (C-155/10); Sentencia de 22 de noviembre de 2011, (C-214/10); Sentencia 24 de enero de 2012, Domínguez, (C-282/10); Sentencia de 3 de mayo de 2012, Neidel, (C-337/10); Sentencia de 21 de junio de 2012, ANGED, (C-78/11); Sentencia de 8 de noviembre de 2012, Heimann, asuntos acumulados, (C-229/11) y (C-230/11); Auto de 21 de febrero de 2013, (C-194/12); Auto de 13 de junio de 2013, (C-415/12); Sentencia de 22 de mayo de 2014, Lock, (C-539/12); Sentencia de 12 de junio de 2014, Bollacke, (C-118/13); Sentencia de 11 de noviembre de 2015, (C-219/14); Sentencia de 30 de junio de 2016, (C-178/15); Sentencia de 20 de julio de 2016, (C-341/15).

³²⁹ TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Sebastian W. Kreuziger, (C-619/16).

³³⁰ TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Bauer y BroBonn, asuntos acumulados (C-569/16) y (C-570/16). Citado.

³³¹ TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck, (C-684/16).

Es significativo que la Directiva prohíba precisamente su compensación económica, poniendo de relieve la importancia que tiene este derecho para el mantenimiento de la salud y la seguridad del trabajador. El TJUE ha determinado en diversas ocasiones que el objetivo de las vacaciones es por una parte posibilitar el descanso y por otra habilitar un periodo para el ocio de los trabajadores³³².

El apartado 2 del artículo 7, manifiesta de forma rotunda que “el período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera”. En esta prohibición se entiende ya que su disfrute real permite un periodo de descanso y una disposición libre del tiempo de trabajo por parte del trabajador y cualquier permuta por otro concepto terminaría con su propia finalidad. Solo se plantea la excepción a la prohibición de compensación en el caso de quien haya dejado de prestar sus servicios sin haber disfrutado de toda la vacación consolidada. En el mismo artículo 7 apartado 2 se especifica que se prohíbe “excepto en caso de conclusión de la relación laboral”. Sin embargo la Directiva no establece cómo calcular esta compensación. El TJUE establece que se calcule “de tal modo que el referido trabajador ocupe una situación comparable a aquélla en la que se habría encontrado si hubiera ejercitado el mencionado derecho durante su relación laboral”³³³.

En su afán de permitir que los Estados puedan regular en esta materia y buscando una armonización más que una imposición la Directiva deja sin aclarar aspectos muy importantes que unidos a la flexibilización del mercado laboral hacen que este derecho quede en algunos casos sin cumplimiento.

³³² TJUE. Sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff, asuntos acumulados (C-350/06) y (C-520/06); sentencia de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda, (C-277/08); sentencia de 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, (C-486/08); sentencia de 22 de noviembre de 2011, (C-214/10); sentencia de 21 de junio de 2012, (C-78/11); sentencia de 21 de febrero de 2013, (C-194/12); sentencia de 30 de junio de 2016, ANGED, (C-178/15); sentencia de 20 de julio de 2016, (C-341/15). Citado.

³³³ TJUE. Sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff, asuntos acumulados (C-350/06) y (C-520/06). Apartados 57 a 60.

Uno de los temas que no quedan claros en la Directiva pero que se han solucionado a través de la jurisprudencia es el hecho de “cómo inciden sobre la duración de las vacaciones los tiempos de suspensión del contrato”. El Tribunal es contundente, el período mínimo de vacaciones es para todos los trabajadores y está exento de condiciones³³⁴.

Más interesante para ver como el derecho a vacaciones puede llegar a flexibilizarse tanto que puede suponer la pérdida del derecho, es estudiar cómo se determina su nacimiento, cuestión que tampoco queda resuelta en la Directiva. Algunos Estados aprovechando esta laguna abren la puerta a la aplicación del artículo 5 del Convenio número 132 de la OIT³³⁵ que permite que “el ordenamiento jurídico de cada país exija un periodo mínimo de servicio para tener derecho a vacaciones, que en cualquier caso no podrá exceder de seis meses”. Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es clara a este respecto. La importante sentencia del 26 de junio de 2001, BECTU, en la que se precisa el alcance del artículo 7, cierra la posibilidad de aplicación de un periodo mínimo de servicio para disfrutar del derecho a vacaciones³³⁶. De la misma opinión es la sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff³³⁷.

Por una parte la sentencia BECTU, aclara que una legislación que haga depender el nacimiento del derecho a la realización de un periodo mínimo de trabajo continuado es contraria a la Directiva y ha cerrado, en cierta medida, el beneficio que obtienen los empresarios de la flexibilización del mercado laboral con la utilización de contratos

³³⁴ TJUE. Sentencia de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, (C-342-01). Citado.

³³⁵ OIT. 54ª reunión OIT de 24 de junio de 1970 en Ginebra. Convenio nº132, sobre las vacaciones pagadas (revisado). Citado.

³³⁶ TJUE. Sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, (C-173/99). Apartados 48 a 53.

³³⁷ TJUE. Sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff, asuntos acumulados (C-350/06) y (C-520/06). Apartado 28.

temporales muy cortos y que aprovechando esta ambigüedad de la Directiva no respetan el derecho a vacaciones de los trabajadores³³⁸.

El TJUE también ha especificado de forma clara que los Estados no pueden imponer condiciones que lleven a ciertos trabajadores a no poder ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas. Estas restricciones no hacen, sin embargo, que las vacaciones no permitan organizar y flexibilizar el tiempo de trabajo, el empleador puede planificarlas de tal forma que no influyan negativamente en su negocio sin necesidad de obstaculizarlas o impedirles sin más.

Por otra parte en la Directiva también se deja sin especificar si las vacaciones deben ser disfrutadas seguidas o es posible su partición. La normativa comunitaria establece respecto al periodo vacacional un mínimo de cuatro semanas o lo que es lo mismo 28 días si hablamos de días naturales “pudiendo comprender por tanto en principio, días laborables, no laborables y festivos”³³⁹. La Directiva tampoco habla en ningún caso de cuándo se debe disfrutar el derecho a vacaciones por lo que el empresario puede utilizarlas para flexibilizar la organización del tiempo de trabajo y adaptarse a la demanda, negociando la posibilidad de coger vacaciones en periodos en los que la demanda baja. Se reconoce “un cierto margen de intervención de los Estados miembros a la hora de definir las modalidades de disfrute del derecho a vacaciones”³⁴⁰, lo que se pretende es “permitir a los Estados miembros definir un marco normativo que

³³⁸ Los Estados que utilizan el sistema de prorrateo para la concesión de vacaciones son: Bélgica, Chipre, España, Grecia, Irlanda, Italia, Malta, Rumanía, Reino Unido. Datos obtenidos de ONVA (Office national de vacances annuelles) adscrita a la Seguridad Social Belga y dirigida en partes iguales por patronos y trabajadores.

http://www.onva.be/sites/default/files/atoms/files/vacances_annuelles_des_travailleurs_salaries_2016.pdf

³³⁹ Rabanal Castro, P. (2000). La Directiva 93/104/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo. *Actualidad laboral*, 403-425. P. 423.

³⁴⁰ TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano presentadas el 8 de febrero de 2001 en el asunto BECTU.

regule los aspectos organizativos y procesales para el disfrute de las vacaciones, como son la planificación de los períodos de vacaciones” entre otros.

Es importante puntualizar que el artículo 7 apartado 1 no se encuentra entre las disposiciones respecto a las cuales se permiten expresamente establecer excepciones y así lo reconoce el Tribunal de la UE en varias sentencias³⁴¹.

Sin embargo este derecho “capital”, “este principio de Derecho social de la Unión que reviste especial importancia (y) no puede ser interpretado de manera restrictiva”³⁴², se soslaya con una abusiva flexibilización. La excesiva utilización de los contratos temporales³⁴³ cortos, en los que por una parte la incertidumbre para encontrar un nuevo trabajo y el escaso tiempo de vacaciones generado, hace que muchos trabajadores no realicen su derecho a vacaciones sino que cobren una compensación económica. Si el trabajador encadena muchos contratos de este tipo puede ir en contra de su salud y su seguridad e incluso la seguridad de otros trabajadores o clientes.

La utilización del derecho a vacaciones para flexibilizar la organización del tiempo de trabajo es algo que no tiene por qué ser negativo para el trabajador. Si la

³⁴¹ TJUE. Sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, (C-173/99); sentencia de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele, asuntos acumulados (C-131/04) y (C-257/04); sentencia de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, (C-124/05); sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff, asuntos acumulados (C-350/06) y (C-520/06); sentencia de 21 de junio de 2012, ANGED, (C-78/11). Citado.

³⁴² TJCE. Sentencia del 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, (C-486/08); Sentencia de 21 de junio de 2012, ANGED, (C-78/11); Sentencia de 8 de noviembre de 2012, Heimann, asuntos acumulados (C-229/11) y (C-230/11). Citado.

³⁴³ La tasa media anual de asalariados con un contrato de duración limitada ha ido creciendo en general en los últimos años y se estableció en 2019 en un 11,6 % en la UE a 28, subiendo hasta el 13,6% en la zona euro. Con variaciones significativas según los Estados, se pasa de un 1,1% en Rumanía en un extremo a España con un 22,3% en el otro. Si vemos las cifras entre la población joven (entre 15 y 24 años) las cifras son todavía más impactantes. En la zona UE a 28 un 40,3% de los jóvenes trabajaron con este tipo de contratos, pasando en la zona euro a ser un 50,0%. Por Estados, en un extremo se encontraría Rumanía con el 3,5% frente a España con un 65,6% de jóvenes trabajadores con contratos de duración limitada.

Datos Eurostat.

<http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/refreshTableAction.do?tab=table&plugin=1&pcode=tps00073&language=fr>

negociación entre empleado y empleador se realiza en condiciones de poder similar, tanto uno como otro pueden salir beneficiados. Estas negociaciones tienen que respetar el derecho fundamental de la limitación del tiempo de trabajo a través de las vacaciones remuneradas y no puede vulnerarse esgrimiendo la torticera necesidad de contratos cortos para adaptarse a la demanda.

4.2.2. Trabajo nocturno y a turnos

Este tipo de trabajo, nocturno y a turnos, es consecuencia de la exigencia, o conveniencia del proceso productivo, es decir cuando se implanta es para satisfacer las exigencias que impone ese proceso productivo. El trabajo a turnos y nocturno “se debe identificar con la posibilidad de la empresa de practicar una movilidad horaria de los trabajadores, relacionada directamente con la flexibilización del tiempo trabajado”³⁴⁴.

Estas necesidades pueden ser económicas o comerciales y pueden dilatarse en el tiempo de forma continuada o en periodos estacionales. El trabajo nocturno y a turnos es una forma clara de flexibilización de la organización del tiempo de trabajo ya que altera el momento de prestación del trabajo aunque sin una modificación cuantitativa del trabajo que afecta a una parte considerable de la población y que por su propia naturaleza tiene un régimen especialmente protegido.

La población de 15 a 64 años con trabajo nocturno de forma habitual en la UE de los 28 era en 2019 de un 5,3% del total de la población empleada subiendo a un 5,6% si tenemos en cuenta la zona euro (19)³⁴⁵. De forma ocasional este tipo de trabajo era realizado por un 8,1% de los trabajadores en la UE de los 28 y de un 6,6% en la zona

³⁴⁴ Trillo Párraga, F. (2016). *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*. Albacete: Bomarzo. P. 58.

³⁴⁵ Eurostat. Population travaillant la nuit.

https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=lfsa_ewpnig&lang=fr

euro (19). Por lo que se puede decir que algo más de un 13% de la población trabajadora realiza en algún momento trabajo nocturno afectando más a hombres que a mujeres.

Las definiciones tanto de periodo y trabajador nocturno como trabajo y trabajador por turnos vienen recogidas ya en el art. 2 de la Directiva 93/104/CE³⁴⁶ y su regulación se recoge en la sección III de la misma. El hecho de tener una sección propia reconoce el carácter especial de este tipo de trabajos. Este reconocimiento también se aprecia en el considerando 7 de la Directiva donde se dice que “ciertos estudios han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo”.

Para la Directiva tiene especial interés tanto la duración como el control del tiempo de trabajo de estos asalariados.

En cuanto a la duración y centrándose en el trabajo nocturno, en su artículo 8 apartado a, se establece que los Estados miembros deben garantizar que “el tiempo de trabajo normal de los trabajadores nocturnos no puede exceder de ocho horas como media por cada periodo de veinticuatro”. Este enunciado es muy abierto ya que al hablar de “trabajo normal” apunta a que la jornada nocturna de ocho horas es la jornada

³⁴⁶ Directiva 2003/88/CE. Artículo 2. 3) “Período nocturno: todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24.00 horas y las 5.00 horas; 4) trabajador nocturno: a) por una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente, y b) por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate: i) por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o ii) por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional; 5) trabajo por turnos: toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupen sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas; 6) trabajador por turnos: todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos”.

ordinaria. Lo que puede hacer pensar que las horas extraordinarias no entrarían dentro de este cómputo. Pudiendo estos trabajadores hacer horas extras además de las ocho horas diarias y alargar así su jornada.

Ahora bien, si tenemos en cuenta el considerando 8 de la Directiva que establece que “es necesario limitar la duración del trabajo nocturno, con inclusión de las horas extraordinarias”, estas se tendrán que tener en cuenta a la hora de establecer el número de horas trabajadas. Pero esto no hace que no se puedan realizar horas extras ya que el enunciado de la Directiva, en este artículo 8 apartado a, también dice “como media” lo que indica que podrá ser aumentado teniendo en cuenta los periodos de referencia que se establezcan.

Hay que recordar que el artículo 16.c de la Directiva posibilita a los Estados establecer “un período de referencia definido previa consulta a los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre interlocutores sociales” para promediar la jornada nocturna. Esto permite que exista una distribución irregular de la jornada semanal nocturna muy amplia ya que no existe un límite expreso. En la propuesta de Directiva que hizo el Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo en 1990³⁴⁷, se establecía un periodo de referencia de un máximo de 14 días, pero finalmente este punto no se recogió en la Directiva.

El mismo artículo 16 añade que “si el período mínimo de 24 horas de descanso semanal exigido por el artículo 5 quedara comprendido en este período de referencia, no se tomará en consideración para el cálculo del promedio”. Esta circunstancia determina que solo computen como días hábiles a efectos de este módulo los días laborables, no

³⁴⁷ Consejo. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo, 20 de septiembre de 1990. COM (90)317 final.

los naturales con lo que el periodo de referencia no puede ampliarse, lo que recorta la mayor flexibilización.

El mecanismo flexibilizador que representa el módulo promedio de la jornada nocturna no se podrá aplicar en los casos que indica el apartado b del art. 8 de la Directiva que establece que “los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes no trabajen más de ocho horas en el curso de un período de 24 horas durante el cual realicen un trabajo nocturno”. Es decir no se puede promediar. La Directiva resulta demasiado imprecisa en este punto importante para reforzar la protección del trabajador nocturno. No especifica cuáles son los “riesgos especiales” o el grado de importancia que tienen que tener las tensiones físicas o mentales del trabajador, dejando esta definición a la legislación o la práctica nacional, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales. A modo de orientación el considerando 7 habla de “perturbaciones ambientales” y “determinadas modalidades penosas de organización del trabajo” pero tampoco especifica mucho más. La propuesta de Directiva del Consejo de 1990³⁴⁸ ponía como ejemplos en uno de sus considerandos el trabajo a destajo, en cadena o el realizado según un ritmo preestablecido.

En todo caso, se puede afirmar que el trabajo nocturno puede flexibilizarse tanto con horas extraordinarias como teniendo en cuenta periodos de referencia amplios.

³⁴⁸ Consejo. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo, 20 de septiembre de 1990. COM (90)317 final. Citado.

El trabajo nocturno y a turnos lleva consigo un descanso entre jornadas diurno o irregular que puede afectar negativamente a la vida personal, familiar y social del empleado, dando lugar a una alteración de los ritmos de vida de la persona³⁴⁹.

El descanso diurno incide de forma negativa en la recuperación psíquica y fisiológica del trabajador y además tanto el trabajo a turnos como el nocturno suponen un coste de oportunidad para el trabajador al afectar a la dimensión colectiva del ocio³⁵⁰. Si se añade que en ocasiones la prestación de servicios coincide con los periodos colectivos de reposo como domingos o festivos laborales supone una carga para el trabajador. Es por ello que se busca una mayor protección para estos trabajadores y es más necesario que nunca ser muy escrupuloso con el respeto a las pausas y los descansos de estos trabajadores.

Son muchos los estudios que han analizado la repercusión negativa que los turnos de trabajo en festivo y en domingo tienen en la salud de los trabajadores³⁵¹, “la actividad laboral nocturna se considera, con toda razón como un tiempo de trabajo comparativamente más gravoso que el tiempo de trabajo diurno”³⁵² y la jornada laboral en régimen de turnos plantea “problemas en cuanto a sus posibles repercusiones negativas sobre los trabajadores afectados”³⁵³.

Es lógico pensar por tanto que el derecho debe equilibrar conveniencias y necesidades de empresarios y trabajadores y aunque la Directiva sea una norma de

³⁴⁹ Valdés Dal Ré, F. (1977). Jornada laboral y horarios de trabajo. En G. Bayón, *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales* (págs.257-306). Madrid: Universidad de Madrid.

³⁵⁰ Trillo Párraga, F. (2016). Óp. cit.

³⁵¹ Carter, F. A.; y Corlett, E. N. (1985). Los efectos del trabajo por turnos sobre las condiciones de vida y de trabajo. *Revista de trabajo*, 97-151.

³⁵² Valdés Dal Ré, F. (1991). Jornada nocturna. En L. E. de la Villa Gil, *Estudios sobre la jornada de trabajo* (págs. 227-250). Madrid: Asociación de Cajas de Ahorros para relaciones laborales. P. 231.

³⁵³ Montoya Melgar, A. (1991). Jornada en régimen de turnos. En L.E. de la Villa Gil, *Estudios sobre la jornada de trabajo*. (págs. 137-158). Madrid: Asociación de Cajas de Ahorros para relaciones laborales. P. 142.

mínimos tendría que ser más exigente. Al ser ya dos mecanismos de flexibilización del tiempo de trabajo, el descanso semanal de los trabajadores nocturnos o a turnos debería protegerse con mayor celo teniendo en cuenta que este trabajo es más penoso y estos trabajadores necesitan un mayor reposo.

4.2.3. Ritmo e intensidad del trabajo

El ritmo y la intensidad con la que se trabaja también sirven para flexibilizar el tiempo de trabajo. Al hablar de ritmo e intensidad se está hablando de la obligación de realizar un trabajo en un tiempo determinado, se está hablando de la carga de trabajo que tienen los trabajadores. Un 23% de la población trabajadora en la Unión dice trabajar casi siempre a gran velocidad y un 37% lo hace a veces³⁵⁴. Un porcentaje del 60% percibe que su trabajo se realiza a gran velocidad en algún momento de su jornada de trabajo. Los empleados que trabajan con plazos muy ajustados para realizar su tarea en algún momento de su trabajo representan el 64% de la población trabajadora, siendo de un 27% la que sufre esta intensificación del trabajo casi siempre. Si se une una gran intensidad de trabajo con jornadas amplias la seguridad y salud de los trabajadores peligrará sin duda por lo que es clara una vez más la necesidad de una regulación que permita cubrir las necesidades tanto de empleadores como empleados.

En la Directiva 2003/88/CE también se recoge este instrumento de flexibilización. En su art. 13³⁵⁵, se obliga a los Estados a tomar “las medidas necesarias para que los empresarios que prevean organizar el trabajo con arreglo a cierto ritmo tengan en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona”. Esta

³⁵⁴ Eurofound. (2015). Sexta Encuesta Europea sobre las Condiciones de Trabajo. Óp. cit.

³⁵⁵ Directiva 2003/88/CE. Artículo 13. Ritmo de trabajo. “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los empresarios que prevean organizar el trabajo con arreglo a cierto ritmo tengan en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, con objeto, en particular, de atenuar el trabajo monótono y el trabajo acompasado, en función del tipo de actividad, y los requisitos en materia de seguridad y salud, especialmente en lo que se refiere a las pausas durante el tiempo de trabajo”.

adecuación ya está prevista en la Directiva Marco 89/391/CEE, en concreto en el art. 6 apartado 2.d³⁵⁶ en el que se habla de las obligaciones generales de los empresarios.

Esta adecuación tiene que prestar especial atención a la disminución del “trabajo monótono y el trabajo acompasado”. En 2015 los trabajadores que afirmaban realizar casi siempre trabajos repetitivos con las manos o los brazos era un 31% de la población trabajadora al que hay que sumar el 30% que afirma que lo realiza entre $\frac{1}{4}$ y $\frac{3}{4}$ del tiempo de trabajo. El trabajo repetitivo ha quedado demostrado que puede producir riesgos físicos y mentales para el trabajador por lo que la Unión pone especial atención en su mitigación para mejorar las condiciones en las que el trabajador debe realizar su labor, sin embargo se aprecia en Europa una intensificación del trabajo. Los ritmos de trabajo cada vez más forzados acarrearán una presión psicológica sobre los individuos que es más fuerte si el margen para organizar su propio ritmo de trabajo es restringido³⁵⁷. La población trabajadora que tiene posibilidad de elegir o cambiar la velocidad o ritmo de trabajo es de un 71%. Ahora bien hay que tener en cuenta la situación laboral del trabajador, entre los autónomos son un 89% de los que pueden elegir mientras que entre los trabajadores que no son fijos solo un 64% puede hacerlo.

En la actualidad, la mayor irregularidad del proceso productivo y la necesidad de mayor adaptación hacen que surjan ritmos de trabajo que aunque no sean repetitivos, también son muy perjudiciales para el trabajador, llegando a pensar incluso que el tiempo libre del trabajador puede convertirse en una quimera. No hay monotonía o reiteración del trabajo, al contrario, se vive con inseguridad, inquietud, desasosiego e

³⁵⁶ Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Artículo 6. Obligaciones generales de los empresarios. 2. d) “adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción, con miras en particular, a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud”.

³⁵⁷ Gollac, M.; Volkoff, S. (1996). Citius, altius, fortius. L'intensification du travail. *Actes de la recherche en sciences sociales* nº114, 54-67.

incertidumbre en el quehacer laboral, lo que no trae pocos males para el trabajador. Estrés y ansiedad se han convertido en problemas importantes para los trabajadores.

4.2.4. Pausas

Muy relacionadas con el ritmo de trabajo y su intensidad son las pausas. Ya la propia Directiva las propone en el art. 13 como método para atenuar el trabajo monótono y acompasado y dar respuesta al principio general de la adaptación del trabajo al hombre.

La importancia de las pausas se ve con la existencia de un artículo dedicado a ellas, en concreto el art. 4 de la Directiva³⁵⁸. Este texto, que organiza el tiempo de trabajo básico en periodos de 24 horas y establece que en el curso de cada uno de ellos al trabajador se le debe dispensar al menos 11 horas de reposo consecutivas, lo que implica que se puedan trabajar hasta 13 horas seguidas, no puede olvidarse de conceder tiempos de reposo a lo largo de la jornada³⁵⁹. Estas son imprescindibles en jornadas tan largas. La Directiva requiere de los Estados la adopción de “las medidas necesarias” para que los trabajadores disfruten de una pausa cuando su tiempo de trabajo diario supere las seis horas. Ahora bien, la definición de su duración y las condiciones para su realización son determinadas por la legislación de cada Estado miembro o mediante convenio colectivo. Es por tanto importante que la transposición sea correcta ya que la Directiva no permite que la duración o las condiciones de la pausa se definan por acuerdos individuales entre trabajador y empresario. Cuestión ésta difícil de controlar sobre todo en las empresas pequeñas.

³⁵⁸ Directiva 2003/88/CE. Artículo 4. Pausas. “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas tengan derecho a disfrutar de una pausa de descanso cuyas modalidades, incluida la duración y las condiciones de concesión, se determinarán mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional”.

³⁵⁹Barthélémy, J. (1996). Les incidences de la directive du 23 novembre 1993 sur les droits nationaux du travail. En *La durée et l'aménagement du temps de travail dans l'Union européenne*. París: Litec.

Al ser la pausa un periodo de descanso no se puede exigir a los trabajadores a permanecer en su puesto de trabajo, ni a estar a disposición del empresario y por supuesto a ejercer su actividad o funciones. Si las pausas permiten gestionar sin grandes limitaciones el tiempo a los trabajadores y dedicarse a asuntos personales no se considera tiempo de trabajo³⁶⁰. Ahora bien, si el trabajador permanece en su puesto y está disponible para prestar sus servicios, como puede ser tomar un café en un área de descanso y hacerlo con el teléfono móvil para atender eventualmente llamadas de trabajo, se debería considerar tiempo de trabajo y no una pausa.

La Comisión en este punto cree que unas “pausas demasiado cortas serían contrarias a las disposiciones de la Directiva” por lo que aunque su duración y condiciones se establecen en los convenios o en la legislación nacional, la Directiva podría establecer unos mínimos para que “el descanso adecuado” se cumpliera de forma efectiva. Aunque es verdad que los Estados miembros pueden establecer disposiciones más favorables no estaría mal que la norma europea estableciera unos mínimos.

Aun con todos estos matices y dentro de la normativa, las pausas se pueden organizar de tal forma que no influyan negativamente en la producción o en la atención adecuada de los clientes, incluso pueden ser un revulsivo para que el trabajador al volver a su puesto de trabajo sea más productivo. Es interesante ver como la flexibilidad que dan los diferentes horarios de los trabajadores, permite introducir trabajadores frescos en momentos en los que otros ya están fatigados. De esa forma no se interrumpe la producción sino que al contrario mejora tras la reincorporación de los trabajadores que han disfrutado de su pausa.

³⁶⁰ TJUE. Sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, (C-303/98), Apartado 50; sentencia de 10 de septiembre de 2015, (C-266/14), Apartados 36 y 37.

4.2.5. Días de descanso

La Directiva no reconoce el domingo como día de descanso semanal. Según el artículo 5 dedicado al descanso semanal, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3”, pero no se establece que sea el domingo³⁶¹.

Este hecho hace que un trabajador pueda realizar su labor durante 12 días seguidos y así queda reflejado en el asunto Fernando Maio³⁶². La petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal de Relação do Porto (Audiencia de Oporto, Portugal), busca la interpretación del artículo 5 relativo al descanso semanal preguntando si ese descanso semanal “debe concederse, como muy tarde, el séptimo día después de seis días de trabajo consecutivos”.

Las conclusiones del Abogado General Henrik Sugmandsgaard presentadas el 21 de junio de 2017 son claras, “el día de descanso semanal que se conceda dentro de cada período de siete días puede ser cualquier día de dicho período”³⁶³. Esto supone que se puede obligar al trabajador a realizar su labor hasta doce días consecutivos³⁶⁴ “siempre y cuando se cumplan las demás disposiciones mínimas de la Directiva 2003/88, en particular las que se refieren al descanso diario y a la duración máxima de trabajo semanal”, es decir cumpliendo los artículos 3 y 6 de la Directiva.

³⁶¹ No pasaba lo mismo en la Directiva 93/104/CE que establecía en un principio que el período mínimo de descanso a que se refiere “incluye, en principio, el domingo”. Sin embargo tras el recurso de Reino Unido se eliminó esta precisión.

³⁶² TJUE. Sentencia de 9 de noviembre de 2017, Fernando Maio, (C-306/16).

³⁶³ TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard, presentadas el 21 de junio de 2017, Fernando Maio, (C-306/16).

³⁶⁴ Por ejemplo, desde el martes de una determinada semana, que sigue a un lunes de descanso, hasta el sábado de la siguiente semana, al que sigue el domingo de descanso. Situación que se detalla en el asunto (C-306/16).

Por tanto, el establecimiento por parte del empleador de los días de descanso semanales es también un factor flexibilizador del trabajo que permite que las empresas se adapten a la competencia y pueda mejorar su competitividad. Esta posibilidad de flexibilización no es baladí ya que permite que muchas empresas puedan permanecer abiertas los domingos y que cada vez más los trabajadores se vean abocados a trabajar estos días. La población de 15 a 64 años que trabaja habitualmente el domingo en la UE de los 28 era en 2018 de un 26,4% del total de la población empleada, subiendo a un 29% si tenemos en cuenta la zona euro (19)³⁶⁵.

Por otra parte, aunque los art. 5 y 16 de la Directiva implantan cierta regularidad estableciendo un tiempo de descanso cada catorce días, no se obliga a que ese descanso se realice siempre los mismos días en cada uno de los periodos, por lo que la flexibilización es todavía mayor. Al fin y a la postre se pueden conjugar la organización de la producción con la organización del tiempo de trabajo, toda esta normativa permite flexibilizar la organización del tiempo de trabajo.

Días de descanso, son también otros días festivos distintos al domingo, establecidos en el calendario laboral, cuya modificación puede ser igualmente un factor flexibilizador del tiempo de trabajo. La Directiva 2003/88/CE no entra en la ordenación de los festivos laborales. Esta omisión es voluntaria por entender que las fiestas laborales son competencia de los Estados miembros. El carácter tradicional y cultural de las fiestas hace que exista gran diferencia entre los distintos Estados miembros e imposibilita la armonización en el ámbito europeo³⁶⁶.

³⁶⁵ Eurostat. Travail pendant le week-end par sexe, âge, statut professionnel et profession.
https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=lfsa_goe_3b3&lang=fr

³⁶⁶ Con datos de 2019 y los días festivos varían mucho de unos países a otros. En Chipre, Eslovaquia, Bulgaria y Grecia cuentan con 15 días; en España, Croacia y Malta 14; en Austria, Lituania, Portugal, Eslovenia, Letonia, Polonia y Rumanía tienen 13; en Estonia y República Checa 12. En la media se encuentra con 11 Italia, Francia, Finlandia, Hungría, Luxemburgo y Suecia; con 10 Bélgica. En la parte

4.2.6. Periodos de referencia

Los períodos de referencia se tratan en el artículo 16 de la Directiva. Como ya se ha mencionado y así queda fijado en su apartado a, los Estados miembros podrán establecer para la aplicación del descanso semanal un periodo de referencia máximo de 14 días³⁶⁷. Para establecer la duración máxima del tiempo de trabajo semanal el artículo 16 en su apartado b permite a los Estados miembros, no así a los agentes sociales, la utilización de un periodo de referencia que no exceda de cuatro meses³⁶⁸. El Estado también puede habilitar la negociación colectiva “para promediar facultativamente la jornada semanal en módulos superiores al semanal e inferiores al cuatrimestral”³⁶⁹.

Sin embargo, se faculta la realización de excepciones a este apartado b en varios artículos. Aunque en un punto posterior de este texto se estudia con mayor profundidad las excepciones es interesante destacar o puntualizar algunas.

Entre estos artículos, es el art. 18³⁷⁰ el que aporta más flexibilidad ya que es el único precepto que permite contravenir el periodo de referencia cuatrimestral respecto

baja con 9 días aparecen Dinamarca e Irlanda y Alemania. Terminando la lista con Países Bajos y Reino Unido que solo cuentan con 8 días. Datos obtenidos en:

<https://www.touteurope.eu/actualite/nombre-de-jours-de-conges-et-de-jours-feries-en-europe.html>

³⁶⁷ Directiva 2003/88. Artículo 16.a. “Los Estados miembros podrán establecer: a) para la aplicación del artículo 5 (descanso semanal), un periodo de referencia que no exceda de 14 días”.

³⁶⁸ Directiva 2003/88. Artículo 16.b. “Para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses. Los períodos de vacaciones anuales pagadas, concedidas de conformidad con el artículo 7, y los períodos de bajas por enfermedad no se tendrán en cuenta o serán neutros para el cálculo del promedio”.

³⁶⁹ Monreal Bringsvaerd, E. (2005). P. 65. Óp. cit.

³⁷⁰ Directiva 2003/88/CE. Artículo 18. Excepciones mediante convenios colectivos. “Podrán establecerse excepciones a las disposiciones de los artículos 3, 4, 5, 8 y 16 mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional o, de conformidad con las normas fijadas por dichos interlocutores sociales, mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a un nivel inferior.

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

de cualquier actividad laboral. En él se reconoce la negociación colectiva nacional o regional para poder establecer otros periodos de referencia, reconociendo también la negociación colectiva de ámbito inferior pero si esta cumple las reglas fijadas a escala nacional o regional.

Estas excepciones “sólo se admitirán a condición de que se conceda a los trabajadores de que se trate períodos equivalentes de descanso compensatorio, o bien una protección adecuada en los casos excepcionales en que, por razones objetivas, resulte imposible la concesión de dichos períodos equivalentes de descanso compensatorio”. Las expresiones “períodos equivalentes de descanso compensatorio” y “razones objetivas” vuelven a la norma poco precisa y dejan mucho ámbito de maniobra a los empleadores para flexibilizar el tiempo de trabajo.

El art 17.1³⁷¹ permite a los Estados, con exclusión de los interlocutores sociales, que dejen de aplicar el artículo 16.b en tres supuestos específicos y en otros dos más genéricos. Cuestión esta lógica ya que para estos colectivos cabe la posibilidad de no aplicación de la regulación de la duración máxima de trabajo.

El artículo 17.3³⁷² establece un considerable número de actividades en los que la excepción es posible.

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

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

³⁷¹ Directiva 2003/88/CE. Artículo 17. 1. Citado.

³⁷² Directiva 2003/88/CE. Artículo 17.3. “De conformidad con el apartado 2 del presente artículo, podrán establecerse excepciones a los artículos 3, 4, 5, 8 y 16: a) para las actividades laborales caracterizadas por un alejamiento entre el lugar de trabajo y el de residencia del trabajador, como el trabajo off-shore, o que se desarrollen en distintos lugares de trabajo del trabajador distantes entre sí; b) para las actividades de guardia y vigilancia que exijan una presencia continua con el fin de garantizar la

Los artículos 17.5³⁷³ y 21³⁷⁴, aplicables a los médicos en periodos de formación y a los trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima, incorporan la posibilidad de que los órganos legislativos de los Estados permitan utilizar módulos superiores a cuatro meses para promediar la jornada semanal pero que en ningún caso pueden exceder el módulo anual.

En el artículo 20 de la Directiva que habla sobre los trabajadores móviles³⁷⁵ y trabajo off-shore³⁷⁶, su apartado 2³⁷⁷ contiene la facultad para los Estados miembros de

protección de bienes y personas, y en particular cuando se trate de guardianes, conserjes o empresas de seguridad; c) para las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción, en particular cuando se trate de: i) servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en periodos de formación), instituciones residenciales y prisiones, ii) personal que trabaje en los puertos o aeropuertos, iii) servicios de prensa, radio, televisión, producciones cinematográficas, correos o telecomunicaciones, servicios de ambulancia, bomberos o protección civil, iv) servicios de producción, de transmisión y de distribución de gas, agua o electricidad; servicios de recogida de basuras o instalaciones de incineración, v) industrias cuyo proceso de trabajo no pueda interrumpirse por motivos técnicos, vi) actividades de investigación y desarrollo, vii) agricultura, viii) trabajadores del sector de transporte de pasajeros, en servicios de transporte urbano regular; d) en caso de aumento previsible de la actividad y, en particular: i) en la agricultura, ii) en el turismo, iii) en los servicios postales; e) en el caso de las personas que trabajen en el transporte ferroviario: i) cuyas actividades sean intermitentes, ii) cuyo tiempo de trabajo se desarrolle a bordo de trenes, o iii) cuyas actividades estén ligadas a horarios de transporte y que deban garantizar la continuidad y la regularidad del tráfico; f) en las circunstancias contempladas en el apartado 4 del artículo 5 de la Directiva 89/391/CEE; g) en caso de accidente o riesgo de accidente inminente”.

³⁷³ Directiva 2003/88/CE. Artículo 17.5. (Párrafos 1 y 2) “De conformidad con el apartado 2 del presente artículo, caben excepciones al artículo 6 y a la letra b) del artículo 16, respecto de los médicos en periodo de formación, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos segundo a séptimo del presente apartado. Las excepciones a que se refiere el primer párrafo respecto de lo dispuesto en el artículo 6 se autorizarán durante un período transitorio de cinco años a partir del 1 de agosto de 2004”.

³⁷⁴ Directiva 2003/88/CE. Artículo 21. Trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima 1. “Lo dispuesto en los artículos 3 a 6 y 8 no se aplicará a los trabajadores que ejerzan su actividad a bordo de buques de pesca marítima que enarbolan pabellón de un Estado miembro. No obstante, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cualquier trabajador que ejerza su actividad a bordo de un buque de pesca marítima que enarbole pabellón de un Estado miembro tenga derecho al descanso adecuado y a que se limite el número de horas de trabajo a una media de 48 horas semanales calculadas sobre la base de un período de referencia que no podrá exceder de 12 meses”.

³⁷⁵ Directiva 2003/88. Artículo 2.7. “Trabajador móvil: todo trabajador empleado como miembro del personal de transporte de una empresa que realice servicios de transporte de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o navegación interior”.

³⁷⁶ Directiva 2003/88. Artículo 2.8. “Trabajo off-shore: el trabajo realizado principalmente en instalaciones situadas en el mar o a partir de ellas (incluidas las plataformas de perforación), relacionado directa o indirectamente con la exploración, extracción o explotación de recursos minerales, incluidos los hidrocarburos, y la inmersión relacionada con tales actividades, tanto si éstas se realizan desde una instalación situada en el mar como desde un buque”.

ampliar a 12 meses el periodo de referencia del artículo 16.b³⁷⁸, haciendo mención a “razones objetivas o técnicas o por razones relacionadas con la organización del trabajo” para su inaplicación. Otra vez la Directiva es demasiado laxa porque razones objetivas o relacionadas con la organización del trabajo viene a ser lo mismo que dejar en manos del empleador la decisión de establecer un periodo de referencia máximo con el que poder flexibilizar al máximo la organización del tiempo de trabajo a este tipo de trabajadores tan peculiares.

Volviendo al artículo 16, este añade en su apartado b que vacaciones y bajas por enfermedad no se tendrán en cuenta para el cálculo del promedio, estableciendo así más flexibilidad ya que se puede establecer un periodo de cuatro meses de trabajo y 1 de vacaciones, resultando un periodo de cinco meses para promediar la jornada, favoreciendo una vez más a los empleadores³⁷⁹.

El artículo 16.c³⁸⁰ se aleja de la idea de que sean los Estados los que establezcan los periodos de referencia, y reconoce expresamente a los interlocutores sociales para poder establecer los periodos de referencia en la duración del trabajo nocturno.

Hasta el momento se ha hablado de las excepciones a los periodos de referencia pero hay que señalar que el artículo 19³⁸¹ de la Directiva, establece unos límites a esas

³⁷⁷ Directiva 2003/88. Artículo 20. 2. “Siempre que se respeten los principios generales relativos a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, y siempre que se recurra a la consulta de los interlocutores sociales implicados y se trate de fomentar todas las formas pertinentes de diálogo social, incluida la concertación si las partes así lo desean, los Estados miembros, por razones objetivas o técnicas o por razones relacionadas con la organización del trabajo, podrán ampliar el período de referencia al que se refiere la letra b) del artículo 16 a 12 meses para los trabajadores que realizan principalmente trabajo off-shore”.

³⁷⁸ Directiva 2003/88/CE. Artículo 16.b) “Para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses. Los períodos de vacaciones anuales pagadas, concedidas de conformidad con el artículo 7, y los períodos de bajas por enfermedad no se tendrán en cuenta o serán neutros para el cálculo del promedio”. Citado.

³⁷⁹ Monreal Bringsvaerd, E. (2005). Óp. Cit.

³⁸⁰ Directiva 2003/88. Artículo 16. c. “Para la aplicación del artículo 8 (duración del trabajo nocturno), un período de referencia definido previa consulta a los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre interlocutores sociales”.

excepciones. Así se establece que el nuevo periodo de referencia que se permite acordar no puede exceder de 6 meses. Ahora bien, los Estados miembros si respetan “los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores” pueden permitir que “por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo” los convenios o los acuerdos entre interlocutores sociales puedan establecer periodos de referencia de hasta 12 meses. Es el Estado el que debe permitir que esto sea posible en la negociación colectiva pero en ningún caso están obligados a incluir dicha medida. Se vuelve a repetir la expresión “por razones objetivas, técnicas o de organización”, abriendo un espacio subjetivo que beneficia a la flexibilización tan demandada por los empleadores sin contraponer con claridad una protección a los trabajadores.

El enredo y desconcierto que se produce es importante. Se establece un límite, de 4 meses, al que se le aplican excepciones que después se limitan, estableciendo otro límite de 6 meses, pero que en ciertos casos puede llegar a 12 meses. Lo que ocurre en la práctica es que se tiende cada vez más a anualizar los periodos de referencia de forma generalizada en toda la Unión. Es significativo que este aspecto sea uno de los más problemáticos a la hora de intentar modificar la Directiva. De todas formas si se tienen en cuenta los límites a las excepciones a los periodos de referencia que aparecen en el art. 19, el TJUE establece que “el período de referencia no podrá en ningún caso exceder de doce meses” y que “puede determinarse, por tanto, la protección mínima que debe en todo caso establecerse” para los trabajadores³⁸².

³⁸¹ Directiva 2003/88. Artículo 19. Límites a las excepciones a los periodos de referencia. “*La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16, prevista en el apartado 3 del artículo 17 y en el artículo 18, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses. No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan periodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses*”.

³⁸² TJUE. Sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, C-303/98. Citado.

El legislador comunitario es muy sutil al utilizar los “motivos objetivos, técnicos o de organización del trabajo” así como el respeto a los principios generales relativos a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, pero en su deseo de ser flexible se olvida de ser concreto y delimitar con más precisión los motivos y las circunstancias en las que podría ser correcto una excepción al límite de 4 meses para los periodos de referencia. Es verdad que permite, incluso obliga, a que los Estados recurran a la consulta con los interlocutores sociales y establece que se fomenten todas las formas pertinentes de diálogo social, sin embargo no hay que olvidar que el peso que tienen los sindicatos y los interlocutores sociales varía mucho entre unos Estados y otros, por lo que se pueden producir situaciones bien distintas entre ellos.

4.2.7. Horas extraordinarias

Las horas extraordinarias son la forma tradicional para lograr flexibilidad a muy corto plazo. Es la manera más fácil de responder a variaciones en las necesidades de personal debidas a fluctuaciones en la producción ya que otros instrumentos flexibilizadores son difíciles de modificar de forma rápida. Su reglamentación es muy diversa en los distintos Estados miembros³⁸³. Quizá sean estos los motivos por los que la Directiva no regula las horas extraordinarias.

La idea de hora extraordinaria solo aparece en el artículo 6.b que establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, “la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días”. Pero teniendo en cuenta el apartado b del artículo 16 se establece un periodo de referencia que no exceda de cuatro meses. Por lo que se puede decir que una

³⁸³ A modo de ejemplo en España se pueden realizar hasta 80 anuales mientras que en Grecia o Portugal, cada trabajador puede efectuar un máximo de 150 horas por año en medianas y grandes empresas y 175 horas por año en la microempresas y pequeñas empresas.

hora extraordinaria que se compense en el período de los 4 meses siguientes a su realización no se considera, en términos de jornada global como tal hora extra³⁸⁴.

Existe cierta hipocresía respecto a la utilización de las horas extraordinarias ya que por un lado, se dice que es necesaria su eliminación para la creación de nuevos empleos y por otra parte, su no regulación a nivel europeo deja en manos de los Estados miembros su reglamentación efectiva que en muchas ocasiones incentiva su utilización. En las acciones específicas relativas a la flexibilidad y la creación de empleo establecidas en el Libro Blanco titulado *Crecimiento, competitividad, empleo: retos y pistas para entrar en el siglo XXI*³⁸⁵ se habla de “reducir al mínimo los incentivos financieros artificiales que fomentan la realización de horas extraordinarias” sin embargo a la hora de establecer una directiva sobre las condiciones laborales no se habla de este punto.

4.3. Flexibilización a través de las excepciones y cláusulas opt-outs

Los instrumentos flexibilizadores clásicos que se han descrito en el apartado anterior aplicados en su total amplitud, permiten una considerable flexibilidad al empleador para adaptarse a las necesidades que van surgiendo en cada momento productivo. No obstante, la Directiva introduce otros instrumentos que aumentan la flexibilidad del tiempo de trabajo de tal forma que se puede establecer que la flexibilidad es de tal magnitud que termina convirtiéndose en una desregulación total del tiempo de trabajo. Las excepciones y la opt-out impiden una limitación del tiempo de trabajo.

³⁸⁴ Recio, C., Torns, T., Borràs, V., Moreno, S. (2009). Óp. cit.

³⁸⁵ Comisión de las Comunidades Europeas. (1993). *Crecimiento, competitividad, empleo: retos y pistas para entrar en el siglo XXI*. Libro Blanco. Luxemburgo.

4.3.1. Las Excepciones introducidas en la Directiva

Es el capítulo 5 de la Directiva que se extiende desde el artículo 17 al 22, el que recoge las excepciones. Siguiendo el principio de flexibilidad que mantiene la UE, la Directiva quiere en todo momento brindar flexibilidad a los empleadores y al mismo tiempo dotar de una seguridad mínima a los empleados. Las excepciones que surgen de esa necesidad de dar flexibilidad hacen que la Directiva se vuelva algo compleja.

Las excepciones de la Directiva que varían según el tipo de trabajadores y de sectores afectados así como de la norma sobre la que se establece la excepción, presentan sin embargo algunas características comunes. Por una parte para acogerse a ellas deben ser transpuestas correctamente, destacando que “el Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros que las establezcan en su Derecho nacional”³⁸⁶. Por otra parte, las excepciones “deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que permiten proteger”³⁸⁷ y además se deben limitar a las disposiciones citadas taxativamente en la Directiva. Y por último, su aplicación “está supeditada a estrictos requisitos para asegurar una protección eficaz de la seguridad y de la salud de los trabajadores”³⁸⁸.

La propia Comisión piensa que aunque la Directiva establece condiciones para la aplicación de las excepciones, al modificar diversos aspectos “podría ser necesario disponer de medidas de protección adicionales” con el fin de preservar la seguridad y salud de los trabajadores.

³⁸⁶ TJUE. Sentencia de 21 de octubre de 2010, Antonio Accardo y otros, (C-227/09), apartado 51

³⁸⁷ TJUE. Sentencia de 21 de octubre de 2010, Antonio Accardo y otros, (C-227/09), apartado 5; sentencia de 14 de octubre de 2010, Isère, (C-428/09), apartado 40. También en la sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02), apartado 89; sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados (C-397/01) a (C-403/01), apartado 77.

³⁸⁸ TJUE. Sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, apartado 77. También en la sentencia de 14 de octubre de 2010, Günter FuB, C-243/09, apartado 34.

De hecho, este deseo se desprende de la propia Directiva que en su artículo 17.1³⁸⁹ comienza diciendo que será “desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores” cuando “los Estados miembros podrán establecer excepciones”.

4.3.1.a El artículo 17, excepciones

El artículo 17 permite establecer excepciones a algunos artículos bajo condiciones específicas y según los casos, por medios específicos. Estas excepciones tienen el cometido de mantener los principios establecidos permitiendo al mismo tiempo aplicarlos de manera flexible.

Para el estudio de este y los siguientes artículos, se seguirá el orden en el que aparecen en la Directiva para una presentación más clara.

4.3.1.a.a. Los denominados “trabajadores autónomos”

Este apartado 1 del artículo 17³⁹⁰ establece que los Estados miembros pueden realizar excepciones a los artículos 3 (descanso diario), 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), 8 (duración del trabajo nocturno) y 16 (períodos de referencia) cuando por el tipo de actividad realizada “la jornada no tenga una duración media y/o establecida o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores”. Estableciendo los casos concretos de “a) ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo; b) trabajadores en régimen familiar, o c) trabajadores en actividades litúrgicas de iglesias y comunidades religiosas”.

Limitado a lo estrictamente necesario el alcance de este apartado 1, la Comisión piensa que las excepciones no pueden aplicarse con carácter general a toda una

³⁸⁹ Directiva 2003/88/CE. Artículo 17. Citado.

³⁹⁰ Directiva 2003/88/CE. Artículo 17.1. Citado.

categoría de trabajadores ya que su uso depende de “las características especiales de la actividad realizada”.

Esta excepción “sólo es aplicable a aquellos trabajadores cuya jornada de trabajo en su totalidad no tenga una duración medida o establecida previamente o que pueda ser determinada por los propios trabajadores a causa de la naturaleza de la actividad realizada”³⁹¹. Hay que hacer hincapié en que se aplicará a los trabajadores cuya jornada de trabajo de forma íntegra no esté especificada previamente³⁹². La Abogada General Juliane Kokott en las conclusiones a la sentencia en asunto (C-484/04), establece claramente que “la excepción no puede aplicarse a casos en los que solo una parte del tiempo de trabajo no se mide, determina previamente o puede ser determinado por los propios trabajadores” ya que cuando se habla de jornada de trabajo se está aludiendo a un todo y la protección que se les debe ofrecer a los trabajadores también abarca todo el tiempo de trabajo. Según la Abogada General las excepciones “han de ser objeto de una interpretación estricta”.

La posibilidad de decidir la cantidad así como el horario de trabajo es fundamental para poder aplicar las excepciones. Por lo que la Comisión considera que las tres categorías de trabajadores introducidas en este artículo de la Directiva no es una enumeración exhaustiva, son un ejemplo. No todos los trabajadores de esas categorías pueden elegir libremente su horario y las horas a trabajar, pero de igual forma, trabajadores que no pertenezcan a estas categorías pueden reunir los requisitos de libertad de horario dependiendo de las características especiales de la actividad realizada. En todo caso, no hay que olvidar que este tipo de trabajadores que podemos

³⁹¹ TJUE. Sentencia de 7 de septiembre de 2006 Comisión/Reino Unido, (C-484/04). Apartado 20.

³⁹² TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, Isère, (C-428/09), Apartado 41.

denominar autónomos siguen estando dentro del ámbito de aplicación del resto de normas que establece la Directiva.

4.3.1.a.b. Descanso compensatorio o protección adecuada

El apartado 2 del artículo 17³⁹³, de redacción bastante similar al artículo 18, presenta dos posibilidades o como dice la Comisión, dos “niveles”³⁹⁴ de protección para los trabajadores que sufren las excepciones que se establecen en los apartados siguientes (apartados 3, 4 y 5). Por una parte deben obtener “períodos equivalentes de descanso compensatorio” y por otra, en “casos excepcionales” y por “razones objetivas” si no pueden obtenerlos, los trabajadores deben poder percibir una “protección adecuada”. La excepcionalidad y la necesidad de dar una razón objetiva hacen que no se pueda generalizar el uso de las excepciones sin una motivación.

La concesión del periodo equivalente de descanso o de la protección equivalente es inexcusable, sin embargo ni en la Directiva ni en la jurisprudencia del TJUE se ha determinado cómo poder garantizar que esto se cumpla³⁹⁵.

La concesión de los periodos equivalentes de descanso significa que si los trabajadores a los que se les aplica las excepciones no disfrutaban en todo o en parte de su descanso, deben obtener el tiempo no disfrutado en otro momento como contrapartida³⁹⁶. El TJUE ha subrayado en la sentencia Jaeger³⁹⁷ y con posterioridad en

³⁹³ Directiva 2003/88/CE. Artículo 17.2. Citado.

³⁹⁴ Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01). Citado.

³⁹⁵ Martínez Yáñez, N.M. (2004). Óp. cit.

³⁹⁶ TSJ Castilla y León, Sala de lo contencioso-administrativo, Sentencia 37/2019, de 7 de junio de 2019 en la que se concluye “que el descanso compensatorio tiene por finalidad compensar la pérdida de descanso a que se tenía derecho en el momento concreto”, puntualizando que si se tenía derecho a no trabajar los días 24 y 31 de diciembre, y el trabajador realiza su labor esos días, surge como consecuencia un derecho a descansar en día distinto.

³⁹⁷ TJUE. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02). Apartados 94, 95, 96.

la sentencia *Isère*³⁹⁸, refiriéndose al descanso diario, que en estos periodos compensatorios y respondiendo al objetivo de la Directiva de preservar la seguridad y salud de los empleados, “el trabajador no esté sujeto, frente a su empresario, a ninguna obligación que pueda impedirle dedicarse, libre e ininterrumpidamente, a sus propios intereses”. Estos descansos deben permitir que el trabajador tenga la posibilidad “de apartarse de su entorno laboral” y “distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones”. La Comisión piensa que en estos descansos el trabajador no puede estar “de reserva” ya que el trabajador debe poder dedicarse a sus propios intereses.

Asimismo, “deben suceder inmediatamente al tiempo de trabajo que supuestamente compensan, para evitar la aparición de un estado de fatiga o agotamiento del trabajador a causa de la acumulación de períodos consecutivos de trabajo”. También se señala que en general debe existir “una alternancia regular entre un período de trabajo y un período de descanso”. Si de forma opuesta, tras varios periodos de trabajo entre los que no se disfruta del necesario descanso, pueden “perjudicar al trabajador o, al menos, supone el riesgo de sobrepasar las capacidades físicas de éste, poniendo así en peligro su salud y su seguridad”. Por lo que “un tiempo de descanso otorgado con posterioridad a dichos períodos no puede garantizar correctamente la protección de los intereses de que se trata”.

El descanso compensatorio equivalente relativo a las excepciones en los periodos de descanso semanal, trabajo nocturno o los periodos de referencia no ha sido tratado por el TJUE. La Comisión opina en el caso de los periodos de descanso semanal perdidos que su compensación “no debe concederse inmediatamente sino en un marco temporal que garantice que el trabajador puede disfrutar de un descanso regular para

³⁹⁸ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, *Isère*, (C-428/09). Apartados 50, 51.

proteger su seguridad y salud”³⁹⁹, es decir, pretende posibilitar la ampliación del periodo de referencia más allá de los 14 días establecido en la Directiva y que “la alternancia regular entre períodos de trabajo y de descanso ya está garantizada mediante los períodos de descanso diarios o compensatorios”, lo que equivale a decir que el descanso semanal es superfluo porque ya se descansa entre las distintas jornadas diarias.

De lo que sí se ha preocupado el TJUE es del asunto de la protección adecuada del que se habla en el apartado 2 del artículo 17. Es una vez más la sentencia Jaeger la que deja claro que será “sólo en circunstancias excepcionales” cuando se permita conceder “a los trabajadores otra protección adecuada, cuando la concesión de períodos equivalentes de descanso compensatorio no sea posible por razones objetivas”⁴⁰⁰.

En la posterior sentencia Isère⁴⁰¹ sin embargo, haciendo alusión al considerando 15⁴⁰² de la Directiva, se muestra más flexible y parece que la naturaleza específica del trabajo o el contexto en el que se ejerce puede justificar de forma extraordinaria las excepciones a los periodos diarios de descanso y la obligación de garantizar la alternancia regular de un período de trabajo y un período de descanso⁴⁰³.

El apartado 2 del artículo 17 dota de cierto margen “de apreciación a los Estados miembros y en su caso a los interlocutores sociales, para establecer en casos excepcionales una protección equivalente” pero también permite que el trabajador “se distraiga y elimine el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones”. Es indudable

³⁹⁹ Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01). Citado.

⁴⁰⁰ TJUE. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02). Apartado 98.

⁴⁰¹ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, Isère, (C-428/09). Apartado 6.

⁴⁰² Directiva 2003/88/CE. Considerando 15. “Habida cuenta de las posibles repercusiones de la ordenación del tiempo de trabajo en las empresas, parece oportuno prever cierta flexibilidad en la aplicación de determinadas disposiciones de la presente Directiva, al tiempo que se garantiza el cumplimiento de los principios de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”.

⁴⁰³ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, Isère, (C-428/09). Apartados 49 y 57.

que se deja sentir el modelo de flexiguridad en el que se basa la UE. Otra cosa es que ese modelo se lleve a buen puerto en la práctica y no se produzcan abusos.

Aunque el carácter concreto del trabajo o el contexto en el que se realiza pueden justificar una excepción al artículo 3 de la Directiva y al deber de alternar de periodos de trabajo y descanso, lo que es inadmisibile es que se vacíe de contenido el derecho individual del descanso y se contravenga el objetivo de la Directiva⁴⁰⁴.

4.3.1.a.c. Excepción a ciertas actividades y situaciones concretas

El apartado 3 del artículo 17, establece excepciones a los artículos 3 (descanso diario), 4 (pausas), 5 (período de descanso semanal), 8 (duración del tiempo de trabajo nocturno) y 16 (períodos de referencia) en el caso de determinadas actividades⁴⁰⁵.

Aunque la mayoría de las excepciones se refieren a sectores y actividades concretas también se aplican en caso de accidente o riesgo inminente de él (punto g) o cuando aparecen circunstancias ajenas, anormales e imprevisibles o acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no puedan evitarse a pesar de toda la diligencia desplegada (punto f).

Aun cuando la lista de excepciones que se establece es extensa, el TJUE considera que no es exhaustiva⁴⁰⁶, es decir pueden aplicarse a otras actividades. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal se pueden considerar también excepcionales las actividades del personal médico y de enfermería en Equipos de Atención

⁴⁰⁴ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, *Isère*, (C-428/09). Apartado 60; Sentencia de 26 de junio de 2001, *BECTU*, (C-173/99). Apartado 48.

⁴⁰⁵ Directiva 2003/88. Artículo 17.3. Citado.

⁴⁰⁶ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, *Isère*, (C-428/09). Apartado 48.

Primaria⁴⁰⁷, servicios de ambulancia⁴⁰⁸, actividades en centros de vacaciones y de ocio que requieren la continuidad del servicio⁴⁰⁹ y extinción de incendios⁴¹⁰.

Ahora bien, el TJUE ha insistido en que las disposiciones restantes siguen siendo de obligada aplicación y no se puede utilizar esta prerrogativa para “establecer excepciones a las definiciones de los conceptos de tiempo de trabajo o de periodo de descanso”⁴¹¹.

4.3.1.a.d. Turnos, jornada fraccionada y médicos en periodo de formación

En el apartado 4 del artículo 17⁴¹² se establece la excepción para el trabajo por turnos y para el trabajo en el que la jornada esté fraccionada. En estos casos la excepción se reduce a los artículos 3 (descanso diario) y 5 (descanso semanal), el resto de disposiciones se mantienen y debe respetar el apartado 2 de este mismo artículo. Esta excepción no ha sido objeto de la jurisprudencia del Tribunal.

El apartado 5 del artículo 17 establece excepciones al artículo 6 y al artículo 16.b respecto de los médicos en periodo de formación, estableciendo un periodo transitorio de 5 años a partir del 1 de agosto de 2004 con lo que en la actualidad ha perdido su validez.

⁴⁰⁷ TJUE. Sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, (C-303/98). Apartados 42 a 45.

⁴⁰⁸ TJUE. Sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados (C 397/01) a (C 403/01). Apartado 97.

⁴⁰⁹ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, Isère, (C-428/09). Apartado 48.

⁴¹⁰ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, Günter FuB, C-243/09. Apartado 49.

⁴¹¹ TJUE. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02). Apartado 91.

⁴¹² Directiva 2003/88/CE. Artículo 17. 4. “De conformidad con el apartado 2 del presente artículo, caben excepciones a los artículos 3 y 5: a) para las actividades que requieran un trabajo por turnos, cuando el trabajador cambie de equipo y no pueda disfrutar de períodos de descanso diario y/o semanal entre el final de un equipo y el comienzo del siguiente; b) para las actividades caracterizadas por el fraccionamiento de la jornada de trabajo, en particular del personal encargado de las actividades de limpieza”.

4.3.1. b. El artículo 18, excepciones mediante convenios colectivos

Este artículo 18⁴¹³, como ya se ha referido con anterioridad, permite establecer excepciones para todos los sectores mediante convenio colectivo a los artículos 3 (descanso diario), 4 (pausas), 5 (descanso semanal), 8 (trabajo nocturno) y 16 (periodos de referencia). No obstante hay que remarcar que el resto de disposiciones siguen vigentes. Como en el caso del artículo 17, las condiciones para su aplicación son las mismas. Las excepciones “sólo se admitirán a condición” de la concesión a los trabajadores afectados de un “descanso compensatorio” o “una protección adecuada” cuando por razones objetivas no se pueden conceder esos descansos compensatorios.

El TJUE ha establecido que el artículo 18 tiene un alcance autónomo con respecto al artículo 17. En el momento de elaboración de la Directiva 2003/88/CE, el apartado 3 del artículo 17 de las Directivas 93/104/CE y 2000/34/CE (modificación de la anterior), se recogió en un nuevo artículo, el 18. El legislador pensó que se debían interpretar de forma distinta, recogiénolos por separado.

Este artículo 18 permite establecer excepciones en todos los sectores si se establecen mediante convenios colectivos o acuerdos entre interlocutores sociales, posibilitando las excepciones sobremanera. Sin embargo, presenta un problema importante y así lo reconoce la Comisión ya que el concepto de “convenio colectivo” o “acuerdo entre interlocutores sociales” no se define ni en la Directiva ni en otros instrumentos legislativos de la Unión, ni tan siquiera viene definida por el TJUE. La Comisión cree que estos conceptos deben definirse en el Derecho y la práctica nacionales teniendo en cuenta las normas internacionales existentes en materia de negociación colectiva y convenios colectivos. No obstante, en pos de una armonización

⁴¹³ Directiva 2003/88/CE. Artículo 18. Citado.

entre los distintos Estados miembros y un avance en la Europa social que quiere construir la UE no estaría de más que estos conceptos básicos fueran definidos en el marco de la legislación europea.

Las diferencias que se dan entre los diferentes Estados miembros en relación a las condiciones de trabajo hacen que sean los interlocutores sociales los más capacitados para defender la salud y seguridad de los trabajadores frente a los empleadores. Sin embargo, son los Estados los responsables de alcanzar los objetivos perseguidos por las directivas. Por otro lado también hay que tener en cuenta que en las empresas europeas, en su mayoría PYMEs, existe gran dificultad para que los derechos de los trabajadores sean defendidos por los interlocutores sociales. En el Estado español por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores⁴¹⁴ solo recoge la presencia de delegados de personal en empresas con más de 10 trabajadores.

4.3.1.c. Artículo 19, límites a las excepciones a los períodos de referencia

El artículo 19⁴¹⁵ establece unos límites a las excepciones hechas para los periodos de referencia al calcular la duración del tiempo de trabajo semanal.

Añade dos nuevos límites al general establecido en cuatro meses. Por una parte fija un periodo máximo de 6 meses para las excepciones establecidas siguiendo el

⁴¹⁴ ET. Artículo 62. Delegados de personal. 1. *“La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis o diez trabajadores si así lo decidieran estos por mayoría”.*

⁴¹⁵ Directiva 2003/88/CE. Artículo 19. Límites a las excepciones a los períodos de referencia. *“La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16, prevista en el apartado 3 del artículo 17 y en el artículo 18, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses. No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses. Antes del 23 de noviembre de 2003, el Consejo, basándose en una propuesta de la Comisión acompañada de un informe de evaluación, volverá a examinar las disposiciones del presente artículo y decidirá el curso que deberá dársele”.*

apartado 3 del artículo 17 y el artículo 18. Por otra parte autoriza a los Estados la posibilidad de permitir que los convenios colectivos o acuerdos entre interlocutores sociales establezcan periodos de referencia de una duración máxima de 12 meses.

4.3.2. La excepción de la cláusula opt-out

La opt-out, también denominada exclusión voluntaria o cláusula de no aplicación, da la posibilidad a los Estados miembros de no aplicar el límite máximo de 48 horas de trabajo semanal, es decir, dejar de aplicar la norma que limita el tiempo de trabajo semanal. Esta idea ya aparecía en la Directiva 93/104/CE y es uno de los puntos más controvertidos a la hora de realizar la necesaria revisión de la Directiva actual.

Esta cláusula de no aplicación viene recogida en la Directiva 2003/88/CE⁴¹⁶ en el artículo 22⁴¹⁷ dedicado a Disposiciones varias. Con él, como se ha dicho, se da la posibilidad de no aplicar la duración media del tiempo de trabajo semanal de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por tanto con ella se renuncia de establecer un límite al tiempo de trabajo semanal.

Como ocurre con el resto de excepciones, para que esta cláusula se pueda aplicar debe estar transpuesta en el Derecho nacional⁴¹⁸. Es decir, el Estado miembro tiene la decisión de su aplicación o no, ya que la posibilidad de no aplicar el artículo 6.b se reconoce solo a los Estados. La duración máxima media del tiempo de trabajo de 48

⁴¹⁶ En la Directiva 93/104/CE es el artículo 18 el que recoge la opt-out, sin embargo, no cambia ninguno de sus términos.

⁴¹⁷ Directiva 2003/88/CE. Artículo 22. Disposiciones varias. 1. Citado.

⁴¹⁸ Aunque hay que recordar que si el Estado considera que parte de los objetivos de la Directiva quedan reflejados en sus normas internas, solo se transpondrá parte de la Directiva o incluso no será necesaria esta transposición si su contenido material ya se encuentra incorporado en su integridad en el ordenamiento interno del Estado. En el Estado español la Directiva 2003/88CE se transpone: - parcialmente por el Real Decreto 311/2016, de 29 de julio (Ref. [BOE-A-2016-7338](#)), por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en materia de trabajo nocturno; y por Resolución de 22 de julio de 2015 (Ref. [BOE-A-2015-8270](#)) de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se modifica la de 28 de diciembre de 2012, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

horas por cada periodo de 7 días, incluyendo las horas extraordinarias sigue siendo de aplicación si la posibilidad de utilizar la opt-out no ha sido transpuesta⁴¹⁹ o no se recoge en la legislación interna.

En el Estado español el concepto de opt-out no se transpone, “no ha hecho uso de esta facultad”⁴²⁰ ya que se encuentra recogido dentro de la legislación existente la posibilidad de no cumplir con el artículo 6.b de la Directiva que establece la duración máxima del tiempo del trabajo semanal en 48 horas. Si se tiene en cuenta el art. 34.3 del Estatuto de los trabajadores que establece que “el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias” y teniendo en cuenta que según el art. 37.1 “los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días”, puede darse el caso de un trabajador que preste sus servicios durante 9 horas al día los 7 días de la semana llegando a realizar 63 horas semanales sobrepasando las 48 establecidas en la Directiva.

Volviendo al establecimiento de la opt-out recogido en la Directiva, el mismo artículo 22 establece una serie de condiciones para poder aplicar esta excepción que deben cumplirse de forma acumulativa⁴²¹.

La primera de estas condiciones es la necesidad de un consentimiento individual por parte de cada trabajador. Con ello, se crea un ámbito de decisión individual, “extramuros del poder decisorio de los agentes sociales”⁴²² no pudiendo intervenir si un trabajador queda obligado a trabajar más horas de las fijadas si el empresario se lo pide.

⁴¹⁹ TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, Günter FuB, (C-243/09). Apartados 36 a 38; sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, (C-151/02). Apartado 85; sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, (C-397/01). Apartado 98.

⁴²⁰ TJUE. Sentencia de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank, (C-55/18). Citado.

⁴²¹ Sentencia de 14 de octubre de 2010, Günter FuB, (C-243/09). Apartado 50; sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, (C-397/01). Apartado 98.

⁴²² Monreal Bringsvaerd, E. (2005). P. 63. Óp. cit.

Como recuerda la sentencia SIMAP⁴²³, “el consentimiento expresado por los interlocutores sindicales en un convenio o acuerdo colectivo no equivale al dado por el propio trabajador”. Si recordamos las excepciones que se pueden establecer mediante convenio o acuerdo colectivo, recogidas en el artículo 18, la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, artículo 6, no aparece. Es el propio trabajador el que tiene que renunciar a este derecho. Para que la renuncia sea efectiva debe hacerse de “forma libre y con pleno conocimiento de causa”⁴²⁴ declarando su consentimiento de forma expresa. Parece que para defender al trabajador de influencias externas tanto del empresario como de los sindicatos tiene que ser el propio trabajador el que de su consentimiento. Sin embargo, no hay que olvidar la escasa fuerza del trabajador al establecer las condiciones laborales.

La Directiva no establece cómo debe ser el procedimiento para recoger ese consentimiento expreso por lo que una legislación más rigurosa quizá solventara el problema que se plantea cuando se debe comprobar que efectivamente la renuncia se realiza de forma libre y consciente.

Hay que recordar, como lo hace el TJUE en la sentencia Pfeiffer, que estos requisitos son importantes ya que “el trabajador es la parte débil del contrato de trabajo”. Esta posición de debilidad es mayor en tiempos de crisis y exceso de mano de obra. Es entonces cuando existen muchas posibilidades de que el trabajador de su consentimiento porque no tiene otra opción. No obstante, el empresario no puede falsear el consentimiento de la otra parte imponiéndole una restricción que no ha podido rechazar. Para la Comisión además este libre consentimiento debe poder ser revocable.

⁴²³ TJUE. Sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, (C-303/98), apartado 74 y sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, (C-397/01), apartado 80.

⁴²⁴ TJUE. Sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, (C-397/01). Apartado 82.

Es decir que el trabajador pueda en un momento dado retirar su consentimiento a realizar más horas de las 48 semanales.

Una segunda condición para aplicar el artículo 22 es que no exista perjuicio para el trabajador si este no está dispuesto a dar su consentimiento. Para la Comisión no solo se trata de proteger al trabajador de un posible despido sino también de “otras penalizaciones o desventajas”⁴²⁵.

La tercera condición requerida es que si se utiliza esta forma de flexibilización el Derecho nacional exigirá a los empresarios un registro obligatorio “de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo” (superior a 48 horas semanales) y no de los que hayan firmado la declaración. Parece evidente la necesidad de llevar un registro de las horas que cada uno de ellos realiza para identificarlos como trabajadores que superan las 48 horas semanales trabajadas.

En este sentido cabe destacar la modificación hecha por el Estado español en 2019 con el art. 34.9 del ET en el que se recoge que “la empresa garantizará el registro diario de jornada”. Sin embargo, estos registros se han entendido en el Estado español más como una forma de probar la realización de horas extraordinarias que como se entienden a nivel comunitario, al vincularlo a la protección de un derecho social fundamental, un descanso efectivo y una protección eficaz de la salud y la seguridad en el trabajo⁴²⁶.

⁴²⁵ Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01). Citado.

⁴²⁶ Molina Navarrete, C. (2019). Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales. *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 440.

Ha sido el TJUE⁴²⁷ quien ha resuelto la controversia sobre la necesidad de realizar un registro de la jornada. En las conclusiones al asunto CCOO/Deutsche Bank, (C-55/18), el Abogado General Giovanni Pitruzzella, dice que el art. 22 de la Directiva entre otros debe “interpretarse en el sentido de que imponen a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias”⁴²⁸ oponiéndose a la normativa nacional de la que no resulta la existencia de esa obligación. Este registro de jornada debe entenderse como una forma de combatir la precariedad laboral ya que la flexibilidad no puede confundirse con el incumplimiento de las normas sobre la limitación de la jornada laboral.

En una cuarta condición establecida por la Directiva se dice que esos registros se deben poner a disposición de las autoridades para que puedan en un momento dado prohibir o restringir la posibilidad de trabajar más de 48 horas. Esto solo es posible si la decisión está motivada, es decir, si se puede acceder a un registro de horas efectivamente trabajadas por las personas que hayan firmado el acuerdo de no aplicación. Una quinta condición es la de que el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de estas, toda la información.

Parece evidente que la intención del legislador en el artículo 22 al introducir estas tres últimas condiciones, es que el empresario lleve un registro de las horas realmente efectuadas por el trabajador que ha firmado un acuerdo de este tipo y no solo un registro de quién ha firmado el acuerdo y quién no. Sin embargo, en la Directiva no se concreta este punto y a nivel europeo se da el caso de empresarios que solo recogen

⁴²⁷ TJUE. Sentencia de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank, (C-55/18).Citado.

⁴²⁸ TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella, presentadas el 31 de enero de 2019 en el asunto CCOO/Deutsche Bank, (C-55/18).

en los registros el número de trabajadores que se han acogido a la exclusión voluntaria aunque no la practiquen, dificultando la posibilidad de proteger su salud y seguridad.

Al no constar el número de horas trabajadas, realizar un seguimiento por parte de las autoridades competentes para prevenir que no se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal es imposible. En este punto la Directiva tendría que ser más estricta, el esfuerzo burocrático que se le exigiría a las empresas es pequeño en comparación de los beneficios que traería para los trabajadores, esto es, que no se sobrepasasen los límites en el tiempo de trabajo semanal.

De especial relevancia es la sentencia de 2019 CCOO/Deutsche Bank ⁴²⁹, en la que el TJUE establece que procede imponer a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, imponiendo “a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador” y que ha permitido dar por buena la reciente normativa española al respecto.

Si bien la Directiva no obliga a los Estados a establecer una normativa concreta para el cumplimiento de la llevanza de registros, la realización de los objetivos que se persiguen es decir preservar la salud y seguridad de los trabajadores implica que se establezcan medidas de supervisión. Exigir al empresario el acceso inmediato a los registros para evitar alteraciones de los datos⁴³⁰ se presenta como una posibilidad para conseguir esos objetivos.

La opt-out no autoriza a realizar excepciones a otras disposiciones que no vengan recogidas en el artículo 6, por tanto los periodos de descanso mínimo deben

⁴²⁹ TJUE. Sentencia de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank, C-55/18. Apartado 60.

⁴³⁰ TJUE. Sentencia de 30 de mayo de 2013, Worten, (C- 342/12). Apartado 41.

respetarse aunque el trabajador se acoja a la exclusión voluntaria, estableciendo un máximo teórico de 78 horas semanales. Del total de horas semanales, esto es 168 horas, habría que descontar los descansos diarios y semanales mínimos que suponen 90 horas⁴³¹, lo que daría ese máximo teórico de 78 horas. A esto hay que añadir las pausas y los límites aplicables al trabajo nocturno. Sin embargo, trabajar 78 horas semanales, o lo que es lo mismo 13 horas diarias no parece muy adecuado para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.

Cuatro razones sencillas se aportan para la eliminación de esta cláusula. La primera es lograr el objetivo de la Directiva de mejorar la salud y seguridad del trabajador. Una segunda es la existencia de una duda razonable de la real libertad del trabajador a la hora de dar su consentimiento. La tercera razón esgrimida es que con ella se imposibilita la conciliación familiar y laboral y por último la cuarta razón para su eliminación es el dumping social que se produce entre diferentes países que aplican o no la opt-out⁴³². Sin embargo, la razón en mi opinión más importante es que con esta posibilidad se está incumpliendo la eficacia de un derecho fundamental, el derecho a la limitación del tiempo de trabajo.

La razón esgrimida para el mantenimiento de la opt-out es que esta se erige como elemento fundamental para asegurar la flexibilidad que necesita el mercado laboral y en consecuencia para un buen desarrollo de la economía. De forma especial su mantenimiento es importante para los Estados que se han incorporado más recientemente a la Unión para los que la posibilidad de utilizar la opt-out constituye una

⁴³¹ Las 90 horas de descanso salen de multiplicar los 6 días laborables por las 11 horas de descanso mínimo diario y sumarle el descanso semanal de 24 horas.

⁴³² Ferradans Caramés, C. (2006). La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo. *Temas laborales*, 97-132.

de sus mayores ventajas competitivas, junto con el bajo precio de los salarios, con respecto a otros Estados miembros⁴³³.

El mantenimiento de la opt-out hace que el objetivo de la propia Directiva y del derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo quede en entredicho.

⁴³³ Enjuto Jareño, D. (2005). *La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula "opt-out", al período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de "tiempo de trabajo efectivo"*. IUSLabor nº3, 97-134.

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Preámbulo. Considerando 5.

Capítulo 5 .

CLÁUSULA OPT-OUT FRENTE A DERECHOS FUNDAMENTALES

La estrategia de flexiguridad planteada por la UE tiene el objetivo de dar flexibilidad y seguridad al mismo tiempo. Refiriéndonos al tiempo de trabajo, se pasa a continuación en un primer punto a presentar los argumentos que defienden la opt-out como herramienta flexibilizadora, contraponiendo en un segundo punto los DDFE como los representantes de la necesaria seguridad que la estrategia europea necesita.

5.1. Defensa de la cláusula opt-out

Esta cláusula es el máximo exponente de la flexibilización del tiempo de trabajo y representa eliminar cualquier tipo de rigidez en este tema que las empresas puedan sufrir.

La idea de necesidad de flexibilidad ha ido consolidándose desde la década de los noventa por las amenazas que rodean la realidad empresarial. Con la última crisis además, se ha exigido a las empresas un alto esfuerzo para mantener el empleo por lo que ha sido necesario proporcionarles amplias posibilidades de flexibilidad para que puedan maniobrar.

Es verdad que en la actualidad desde la Unión se apuesta de forma teórica por la flexiguridad más que por la flexibilidad, sin embargo, en el modelo de flexiguridad propuesto desde las instituciones europeas prima la flexibilidad sobre la seguridad y no se ha conseguido llegar a un modelo equilibrado. La pauta que se sigue es la de igualar por abajo las condiciones de trabajo promoviendo que los mecanismos de seguridad se vean disminuidos. Es por ello que la opt-out es percibida en muchos sectores empresariales como una herramienta que encaja sin problemas en esta estrategia flexibilizadora.

La Unión ha sucumbido a las demandas de las empresas que centran sus peticiones en los argumentos ya clásicos de mayor eficiencia y competitividad, para poder contribuir al desarrollo económico de la sociedad europea. Reclaman cada vez más y mayor flexibilidad por lo que la opt-out es una cláusula que los empresarios ven como necesaria, incluso imprescindible, en algunos sectores como el de la salud.

Esa petición continuada de mayor flexibilidad como herramienta para el buen funcionamiento empresarial que realizan los empleadores, se basa en la constatación del entorno cambiante en el que se desarrolla la actividad empresarial, la evidencia de una diferenciación de la demanda y del consumo y la necesidad imperiosa de innovación para conseguir que las empresas sigan siendo competitivas.

Todos estos factores hacen que los empleadores exijan una mayor flexibilidad laboral, en la que solo ven beneficios, para poder mantener la rentabilidad empresarial. Ante estos requerimientos de los empleadores, los Estados responden de distintas formas, perdiendo en cierta medida la cohesión y la acción conjunta de toda Europa, necesaria para enfrentarse a los desafíos globales.

5.1.1. Entorno cambiante que vive la empresa

Las características del mercado en el que tienen que actuar las empresas han variado de forma notable desde las últimas décadas del siglo pasado. Los cada vez más rápidos cambios tecnológicos, la internacionalización o la intensificación de la competencia son los que más han influido en los cambios producidos en la forma en la que las empresas se desenvuelven en los mercados llamados globalizados⁴³⁴.

Esta globalización ha forjado redes entre socios comerciales, organizaciones, empresas y países, transmitiendo conocimiento por lo que una empresa puede llegar a

⁴³⁴Albizu, E. (1997). *Flexibilidad laboral y gestión de los recursos humanos*. Barcelona: Ariel.

desaparecer del mercado si descuida el entorno en el que se mueve. Desde Spencer en 1904, son muchos⁴³⁵ los que consideran que las empresas se comportan como un organismo vivo que interactúa con el medio que las rodea⁴³⁶. Influyen y son influidas por el entorno. Además los cambios que tienen que afrontar son cada vez más rápidos y profundos; en definitiva, tienen que habituarse a vivir con el cambio, deben intentar prever las transformaciones que se produzcan y anticiparse a ellas. Solo las empresas con organizaciones flexibles pueden innovar y ser competitivas. Los empleadores van más allá, diciendo que solo si sus empleados no están sujetos a estrictas normas y sistemas de control es posible que la flexibilidad sea efectiva para lograr empresas competitivas. “Las empresas se adjudican la potestad de regular y centralizar la contratación laboral, la política salarial, la organización del trabajo, el tiempo de trabajo entre otros aspectos laborales. El modelo tradicional de relación laboral ha quedado obsoleto por ser excesivamente protector del trabajador”⁴³⁷.

Dentro de la Unión Europea la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas entre los Estados miembros ha derivado en una legislación más armónica por un lado y por otro, en la supresión de buena parte de los obstáculos a la libre competencia. La eliminación de fronteras y el desarrollo del transporte y las comunicaciones han globalizado la economía, aumentando la competencia, lo que ha hecho que las empresas no solo estén presentes en los mercados locales o nacionales sino también europeos e internacionales.

Estos cambios en los mercados, tanto internacionales como comunitarios, han diseñado un contexto imprevisible y cambiante que provoca gran inestabilidad en las

⁴³⁵ Chiavenato, 1988; Miller y Rice 1967.

⁴³⁶ Pereda Marín, S.; Berrocal F. (1999). El entorno empresarial. La empresa su organización y funcionamiento. *Revista Complutense de educación*.

⁴³⁷ Añez Hernández, C. (2016). Flexibilidad laboral: ¿fin del trabajo permanente? *Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 250-265. P.255

organizaciones empresariales. Esta incertidumbre afecta de forma profunda a las empresas a la hora de tomar decisiones, incluidas las referidas a la organización del tiempo de trabajo.

Las empresas no cesan de reclamar la necesidad de reformar sus rígidas estructuras para enfrentarse a este entorno cambiante, ven imprescindible un alto grado de flexibilidad. La opt-out es vista por ellas como una manera sencilla y rápida de poder responder a una realidad cada vez más compleja y mudable. Es percibida por los empleadores como un elemento que da versatilidad a las empresas para enfrentarse a los problemas derivados del entorno.

5.1.2. Diferenciación de la demanda y del consumo

No solo el entorno ha evolucionado de forma rápida y cambiante también los mercados se han transformado de forma vertiginosa. Por una parte, el aumento de la renta en grandes sectores de la población europea ha provocado un incremento en la demanda de ciertos bienes y servicios. Por otra parte, los clientes son cada vez más exigentes con la calidad de productos y servicios, cada cliente exige unas características distintas para considerarlos como posible adquisición, lo que hace que los mercados se segmenten sobremanera.

También los patrones de consumo han ido variando a lo largo de los años. La cultura ecológica, el respeto al medio ambiente o el reconocimiento de los derechos de los consumidores también representan condicionantes para el comportamiento de los mercados. Los nuevos estilos de vida, los diferentes repartos de los tiempos que se dedican a la familia por parte de mujeres y hombres con la incorporación de la mujer al mundo laboral, el nuevo valor que tiene el ocio en la sociedad actual son cambios que afectan al mercado y a lo demandado por los clientes y que las empresas también tienen

que tener en cuenta cuando toman sus decisiones. Se origina así una soberanía del consumidor respecto de la demanda a la que las empresas tienen que responder de alguna manera.

Este contexto cambiante que reduce la estabilidad de la demanda y la posibilidad de predecirla, hace que las empresas tengan que responder de forma rápida y con productos diferenciados adaptados a cada grupo de consumidores. Si la empresa quiere mantener clientes satisfechos y fieles debe atender a todas sus demandas por lo que necesita producir series más cortas de productos sin aumentar los costes. Flexibilizar sus estructuras resulta imprescindible.

Las empresas tienen que realizar un esfuerzo continuo para adaptarse a estos cambios que se producen cada vez con mayor velocidad. Son percibidos más como una amenaza que como una oportunidad para su negocio. Si quieren mantener su competitividad necesitan innovación y flexibilidad para adaptarse de forma rápida a las oportunidades que el mercado ofrece y así seducir a los posibles clientes de forma rentable y continuada. Los empleadores consideran que cualquier rigidez en la producción o distribución de los productos o servicios frena de forma considerable esta necesidad de adaptación. Es por ello que las empresas no cesan de exigir más y más flexibilidad con la que poder adaptarse a los cambios con el objetivo de ganar o por lo menos defender su competitividad. La flexibilidad económica, productiva, social o laboral es una reivindicación incesante por parte de las empresas.

La fluctuación en la producción debido a la cambiante demanda del mercado hace imprescindible la existencia de un modelo de tiempo de trabajo flexible⁴³⁸. La opt-

⁴³⁸ Mimentza Martin, J. (2013). El modelo del tiempo de trabajo en confianza frente a la función tuitiva del Derecho del Trabajo en Alemania. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs.131-155). Madrid: Dykinson.

out que permite concentrar en determinados periodos, marcados por la mayor demanda, las horas de trabajo de los empleados se presenta como una herramienta muy atractiva para los empleadores, sencilla y que proporciona gran flexibilidad.

5.1.3. La innovación como respuesta

La necesidad de innovación de las empresas para hacer frente a las dificultades que presentan los mercados hace que muchas de ellas hagan un gran esfuerzo inversor en nuevos equipos y nueva tecnología. Como es lógico, se busca una mayor eficacia en su explotación por lo que se demanda mayor flexibilidad en la organización de la mano de obra que la utiliza.

La gestión de los recursos humanos es un factor más que influye en la actividad empresarial y es además un factor impulsor de esa actividad innovadora que debe realizar toda empresa que quiere triunfar⁴³⁹. Sin embargo, cada empresa es un espacio con sus propias peculiaridades por lo que es difícil establecer una norma que recoja todas esas singularidades de la relación empresario trabajador.

La flexibilidad que proporcione la norma debe ser la necesaria para que las empresas puedan aplicarla de forma máxima para poder sacarle todo el partido en sus respectivas organizaciones. La máxima flexibilidad en cuanto a la organización del tiempo de trabajo es la opt-out, cláusula que permite de forma casi instantánea disponer de mano de obra para rentabilizar la inversión realizada en nuevos equipos y tecnología de vanguardia.

⁴³⁹ Altuzarra Artola, A., Ferreiro Aparicio, J, Serrano Pérez, F. (2013). Reformas del mercado del trabajo y actividad innovadora de las empresas. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 93-112), Madrid: Dykinson.

5.1.4. Exigencia de mayor flexibilidad laboral

Los puestos de trabajo también han perdido estabilidad. La actividad que realiza el trabajador cambia de contenido a menudo dentro de la empresa pero esos cambios de actividades pueden también llevarle a salir de la empresa ingresando en el paro o con suerte trabajar en otra empresa.

El concepto de trabajador por cuenta ajena se descompone incluso desde las instituciones en distintos subcolectivos, como los trabajadores jóvenes, las mujeres trabajadoras, inmigrantes, trabajadores indefinidos, trabajadores temporales. Las empresas que incluyen en sus plantillas a personas trabajadoras de algunos de los colectivos con dificultades de acceso del mercado laboral y su permanencia en él, piden a cambio más flexibilidad ya que según ellos son colectivos con características que merman la competitividad de la empresa si no se contraponen flexibilidad en su utilización.

La patronal busca anular los obstáculos legales que limitan el poder de decisión de la dirección de la empresa a la hora de utilizar la mano de obra. Reclama descentralizar los mecanismos reguladores para adecuarlos a las necesidades que tiene cada empresa. La libertad de organización o gestión de los recursos humanos disponibles en la empresa posibilita el ajuste imprescindible que esta tiene que realizar para dar respuesta innovadora a la demanda de productos y servicios que el mercado globalizado, cambiante y cada vez más exigente requiere. El compromiso de la empresa con la oferta de nuevos productos y servicios de calidad y en cantidad y variedad suficiente para satisfacer la demanda del mercado, requiere de un entorno empresarial flexible en el que la mano de obra pueda variarse sin originar mayor coste al

empresario. Se reclama, por tanto, una flexibilización tanto numérica como funcional de la mano de obra.

La flexibilización del personal disponible es necesaria, imprescindible, para adaptarse a las diferentes necesidades de producción. No solo se puede conseguir a través de una flexibilidad geográfica o funcional de los trabajadores, también a través de la gestión del tiempo contratado tanto en su ordenación como en su duración. La flexibilización del tiempo de trabajo se convierte en una variable que tiene una incidencia importantísima en la manera de adaptarse a la demanda de innovación que marca el mercado laboral. La opt-out es una herramienta que aporta la flexibilidad necesaria para esta adecuación a un mercado cambiante, a una demanda fluctuante, y a una innovación imprescindible. Si las empresas europeas quieren seguir en la vanguardia internacional requieren mecanismos de flexibilidad de la fuerza de trabajo, como puede ser la opt-out, que permitan una adaptación permanente al cambio⁴⁴⁰.

La opt-out, que necesita el consentimiento del trabajador, es una opción que la empresa encuentra interesante ya que con ella el trabajador acepta adaptarse a las necesidades de los procesos productivos de la empresa. Con esa aceptación del trabajador, el empleador evita conflictos y reivindicaciones de trabajadores y sindicatos posibilitando, siempre según el empleador, un entorno empresarial más tranquilo y estable en el que supuestamente la actividad se desarrolla mejor.

5.1.5. Consecuencias de la flexibilización del tiempo de trabajo para la empresa

Las ventajas son considerables ya que disponer de tiempo de trabajo flexible puede transformar los costes laborales tradicionalmente fijos en variables, lo que

⁴⁴⁰ Goñi Sein, (2013). J. Flexibilidad interna negociada: el caso de Volkswagen Navarra. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 195-226). Madrid: Dykinson.

implica una reducción de los costes que puede ser considerable en algunas empresas muy dependientes de la demanda. Con una gestión del tiempo de trabajo más eficiente la empresa puede adecuar, en un reducido lapso de tiempo, la cantidad de horas contratadas a la cantidad de horas de trabajo precisas para satisfacer la demanda de productos o servicios, reduciendo tiempo presencial improductivo. Por otra parte, esta adecuación de las horas de trabajo a la verdadera necesidad de la producción hace que por un lado, el número de horas extraordinarias descienda y por otro, que sea necesario en menor medida utilizar la subcontratación, cuestiones estas dos que suponen un considerable ahorro para la empresa.

Las organizaciones empresariales también se ven beneficiadas si la flexibilización del tiempo de trabajo puede permitir al trabajador adaptar su tiempo laboral al tiempo dedicado a otras tareas de su vida cotidiana, lo que mejora su satisfacción en el trabajo y puede reducir su absentismo, aumentar su motivación y su productividad. Siguiendo el planteamiento clásico liberal, este concibe la libertad del individuo como ilimitada en principio, por lo que establecer una limitación del tiempo de trabajo puede obstaculizar la libertad del trabajador para que de forma autónoma decida trabajar todo el tiempo que quiera. Así la opt-out serviría como herramienta en la empresa para la defensa de esa libertad propia de cada individuo en la realización de su labor dentro de ella.

Cuanta más flexibilidad se busca, más necesario es llegar a acuerdos individuales con los trabajadores lo que puede proporcionar un mayor entendimiento entre trabajador y empresario para dar solución a las necesidades de ambos. Los enfrentamientos entre trabajador y empresario disminuyen si se utiliza la opt-out ya que se pueden establecer las horas de trabajo que se necesitan con la tranquilidad de saber que el trabajador ha aceptado estas condiciones.

Aunque las posibilidades de ordenación del tiempo de trabajo en este modelo muy flexibilizado son casi infinitas, los empleadores ven en la flexibilización también cierto inconveniente puesto que la empresa puede incurrir en mayores costes de organización ya que se necesita una mayor supervisión y control. Tener firmada por parte de los trabajadores la utilización de la opt-out posibilita reducir estos costes de organización.

5.1.6. Reacción de los Estados

La réplica que han dado muchos Estados a los cambios producidos en los mercados ha supuesto un impulso a reformas laborales que propician la flexibilización. Cada vez son más los Estados que para hacer frente a la crisis económica han apostado por permitir la opt-out como instrumento de flexibilización para las empresas.

El primero que apuesta por la utilización de cláusula de no aplicación es el Reino Unido. Pero tras la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de tiempo de trabajo, son muchos los Estados miembros que empiezan a utilizar la opt-out para dar mayor flexibilidad a las empresas que se ven afectadas por las sentencias del Tribunal. Para 2010⁴⁴¹ son dieciséis los Estados miembros que ya la utilizaban. Además del Reino Unido se utiliza en Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Hungría, Letonia, Malta, Países Bajos, Polonia y República Checa. Su utilización sigue en aumento y en 2017 son ya 18⁴⁴² los Estados miembros que la utilizan. A los ya mencionados hay que añadir Austria y Croacia. De todos ellos son Bulgaria, Croacia, Chipre, Estonia, Malta y Reino Unido los que la utilizan en mayor medida ya que se puede utilizar en cualquier sector. El resto limitan su utilización a los

⁴⁴¹ Comisión Europea. Informe de la Comisión, de 21 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE. COM (2010) 802 final. Citado.

⁴⁴² Comisión Europea. Informe sobre la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2017) 254 final. Citado.

trabajos que utilizan de forma amplia el tiempo en atención continuada como servicios sanitarios y emergencias.

La UE tiene muchas dificultades en coordinar la actuación de los Estados y sus gobiernos, que buscan más un beneficio nacional y menos una estrategia europea colectiva que posibilite beneficiarse del potencial que significa disfrutar de un mercado común⁴⁴³.

Aunque las condiciones generales que se establecen en la Directiva para poder utilizarla se ven reflejadas en las normativas nacionales, queda transpuesta de forma poco clara la protección a los trabajadores que se niegan a trabajar bajo esta cláusula y no todos los Estados exigen el registro de las horas trabajadas.

Las legislaciones nacionales son muy dispares. Así la mitad de los Estados miembros que la utilizan (Austria, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, España, Hungría, Letonia, Países Bajos y República Checa) imponen algún tipo de limitación para las horas de trabajo permitidas pero estos límites varían de unos Estados a otros⁴⁴⁴.

La propia Comisión Europea⁴⁴⁵ expone que las empresas y los sectores suelen ser los que mejor conocen sus propias necesidades y que deben realizar ajustes para adaptarse a las nuevas circunstancias del mercado. En este sentido, en Alemania y Países Bajos para poder utilizar la opt-out se precisa la aprobación de su utilización en un convenio colectivo además del consentimiento del trabajador afectado como indica

⁴⁴³ Camós Victoria, I. (2013). Competitividad empresarial y políticas de flexiseguridad en el contexto europeo. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 21-48). Madrid: Dykinson.

⁴⁴⁴ En España como ya se ha mencionado esta limitación queda recogida en el artículo 34.2 del ET que establece que “*El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas*”.

⁴⁴⁵ Comisión Europea. 2012. Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? COM (2012) 7 final.

la Directiva. En este último Estado se impone además a los interlocutores sociales la obligación de considerar evitar la opt-out en primer lugar si el trabajo se puede organizar de otro modo.

Conseguir condiciones adecuadas para poder realizar estos ajustes es imprescindible ya que cualquier obstáculo dificultará la competitividad y el empleo.

Las ideas propuestas por las instituciones europeas buscan favorecer los intereses empresariales apostando por una mayor flexibilidad en la producción y en la mano de obra buscando a la postre aumentar la productividad del capital humano, aunque luego matice la necesidad de seguridad para los trabajadores⁴⁴⁶ indicando que lo más apropiado para ganar la batalla de la competitividad es la flexibilidad.

Los Estados miembros que no se han citado, esto es, Dinamarca, Irlanda, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, Rumanía, Finlandia y Suecia, son los Estados que no utilizan la opt-out.

La cláusula de no aplicación dificulta sobremanera el intento de la UE de unificar criterios de actuación en cuanto a la limitación del tiempo de trabajo para todos los trabajadores europeos ya que al posibilitar que los Estados puedan dejar de aplicar el artículo 6 de la Directiva que limita la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, se abre la posibilidad de que cada Estado miembro tenga un modelo diferente y la posibilidad de no establecer ningún tipo de limitación. Con ello se amplía la brecha en el desarrollo de los distintos Estados miembros de la UE y se dificulta la cohesión entre ellos. Esta apuesta por salvaguardar la economía nacional frente a la comunitaria dificulta una acción conjunta europea para enfrentarse a otras grandes potencias

⁴⁴⁶Kocher, E. (2013). El derecho a la autonomía en la vida laboral y la flexibilidad interna: exigencias legales y buenas prácticas en Alemania. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs.113-130). Madrid: Dykinson.

comerciales como China o EEUU, perdiendo la ventaja de ser un mercado único fuerte y competitivo en su conjunto.

5.2. Defensa de los DDF y del Derecho a la limitación del tiempo de trabajo

Según lo expuesto hasta aquí, parece que las exigencias productivas, de competitividad y económicas en general de la empresa sean determinantes para la regulación de las condiciones de trabajo y empleo y que principios tradicionales como el carácter tuitivo de Derecho del Trabajo ahora más que nunca flaqueen ante las exigencias de los mercados⁴⁴⁷.

Frente a la continua demanda de mayor flexibilidad por parte de las empresas aparece la necesidad de contraponer una mayor seguridad para los trabajadores. Si el modelo a seguir es el basado en la flexiguridad, es ineludible fomentar con la misma fuerza tanto la seguridad de los trabajadores como la flexibilidad reclamada por las empresas.

Se hace necesario equilibrar la flexibilidad mediante el establecimiento de garantías mínimas que posibiliten un trabajo decente⁴⁴⁸. Basarse en los DDF puede ayudar a la hora de consolidar esa seguridad y promover ese difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad.

En este apartado se defiende que los DDF por encontrarse en la cúspide normativa se vuelven de obligado cumplimiento y su abstracción y su tendencia expansiva, que posibilita su utilización en todos los ámbitos, incluido el empresarial, hace que sean los más indicados para llevar a buen puerto ese concepto tan difícil de materializar de forma correcta como es el de la flexiguridad. Hay que recordar que son

⁴⁴⁷ Vila Tierno, F. (2017). *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma laboral*. Granada: Editorial Comares.

⁴⁴⁸ Vila Tierno, F. (2017). Óp. cit.

los propios DDFD que la sociedad europea se ha otorgado, los que establecen el derecho a una limitación del tiempo de trabajo, que se incumple al permitir una utilización demasiado flexible de la normativa establecida en la Directiva y con el uso de la opt-out como herramienta flexibilizadora. Otra característica de los DDFD que se revisa en este apartado es su carácter transversal que capacita a sus titulares a poder exigirlos.

Se pasa a continuación a considerar la posibilidad del establecimiento de ciertos límites a los DDFD abordando cómo debe ser su interpretación y los principios que deben cumplirse para poder llevarla a cabo, haciendo una especial mención a la necesidad de tener presente el contenido esencial que en ningún momento podrá obviarse para lograr la efectividad de los DDFD. Sin embargo, el contenido esencial de la limitación del tiempo de trabajo queda comprometido con la utilización de la opt-out que a la postre permite la eliminación de cualquier limitación.

5.2.1. Cúspide normativa y abstracción

Los DDFD tienen el rasgo distintivo de situarse en lo más alto de la normativa que una sociedad se impone para la convivencia. Este es el caso en la UE que los fija en ese puesto, al dar en Lisboa a la Carta de los DDFD el mismo valor jurídico que a los Tratados en el apartado 1 del art. 6 del TUE. Los DDFD forman parte del Derecho primario de la Unión, ostentan una tutela reforzada y son de obligado cumplimiento. La limitación del tiempo de trabajo es un derecho fundamental recogido en el artículo 31.2 de la Carta, por tanto, es de ineludible respeto el establecer una clara acotación al tiempo dedicado al trabajo. Tiene sin duda alguna carácter imperativo⁴⁴⁹. Los DDFD son Derechos que preexisten “a la ley”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ TJUE. Conclusiones del Abogado Yves Bot, presentadas el 29 de mayo de 2018 en los asuntos acumulados (C-569/16) y (C-570/16).

⁴⁵⁰ Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta. P. 25.

La situación relevante que ocupa la Carta en el ordenamiento normativo no es meramente formal, tiene un fundamento material. Los DDFD se protegen por ser el reflejo jurídico de los valores éticos básicos en la sociedad democrática que conforma la UE. Codifican materias básicas del orden social, son normas principales que necesitan una concreción y obviamente la plasmación que se hace de ellos no puede vulnerarlos. Es por ello que una Directiva, en este caso la Directiva 2003/88/CE, no puede establecer normas en las que no se respeten estos DDFD como ocurre con el establecimiento de la opt-out con la que se permite la inexistencia práctica de la limitación del tiempo de trabajo.

Los DDFD son de obligada mención cuando se quiere analizar el Derecho derivado y las medidas que adoptan los Estados miembros. La Carta concede a los derechos laborales el mismo valor que a los derechos civiles y políticos, lo que otorga una dimensión nueva a los derechos reconocidos en las normas de derecho derivado y a su posible eficacia directa⁴⁵¹. Los Estados miembros tampoco pueden dejar de obedecer los DDFD, y es la Unión la que tiene la obligación de velar que todos ellos los respeten por lo que no puede permitir que en la Directiva 2003/88/CE quede abierta la posibilidad de vulnerar este derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo al desviar la responsabilidad de hacer cumplir este Derecho a los Estados miembros.

Es interesante mencionar aquí la sentencia Melloni⁴⁵², en la que se interpreta el artículo 53 de la Carta. Cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos

⁴⁵¹ Maragall, J. A. (2019). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su eficacia directa. A propósito del Informe del Abogado General que precedió a las STJUE “vacacionales” de 6.11.18. *Ciudad del Trabajo, actualidad iuslaboralista*, 159-177.

⁴⁵² TJUE. Sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, asunto (C-399/11).

fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta. En el caso que nos ocupa, aunque el artículo 22 posibilita con la opt-out la no aplicación del artículo 6 que establece la limitación del tiempo de trabajo semanal, los Estados miembros tendrán que adoptar las medidas necesarias para que, manteniendo la seguridad y la salud de los trabajadores se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales.

Los Estados tienen que respetar lo que establece la Carta, que de forma clara ordena que todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo. No cabe pues la posibilidad de no establecer una limitación del tiempo de trabajo aunque el empleado firme su consentimiento y quede al libre albedrío de lo que marque el mercado o de lo que pretenda el empleador.

La doctrina Melloni-Akerberg Fransson aporta dos precisiones de interés. En primer lugar, se deja claro que siempre se aplica la Carta, incluso cuando las autoridades nacionales tienen margen de discreción para desarrollar o ejecutar las normas de la Unión. Expresamente señala el Tribunal de Justicia que la aplicación del estándar nacional de protección no debe afectar al nivel de protección previsto por la Carta. Por lo que el Estado tendrá que establecer algún tipo de limitación que además debe favorecer la seguridad y salud de los trabajadores. No es posible la no limitación del tiempo de trabajo o establecer una limitación tan laxa que no preserve su seguridad y salud.

Por otra parte, una segunda precisión importante es el condicionamiento al que se supedita la eficacia del nivel nacional de protección en situaciones no gobernadas completamente por el Derecho de la Unión: la aplicación del estándar nacional de

protección no debe afectar “a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”⁴⁵³. La Carta y los DDFD defendidos por el Derecho de la Unión proporcionan el estándar mínimo de protección. En consecuencia, la autonomía de los Estados miembros no es plena, sino que está condicionada por el principio de efectividad del Derecho de la Unión. Los Estados miembros están obligados a no poner en peligro la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

Por otra parte, esta posición de los DDFD en la cumbre normativa hace necesario su alto grado de abstracción⁴⁵⁴ que permite que sus mandatos sean flexibles y aplicables en las distintas casuísticas que se pueden dar en las múltiples realidades de la Unión.

Su vaguedad voluntaria hace que perduren, dando respuesta a las necesidades de la sociedad a lo largo del tiempo. Sin embargo esta abstracción no debe suponer que sean ineficaces, su utilidad radica en su aplicación en la realidad de la sociedad. Una sociedad en la que salud y seguridad en el trabajo son protegidos, una sociedad en la que se ve como necesaria la conciliación entre trabajo y vida, una sociedad que pone en el centro de su estructura a las personas, tiene que establecer la limitación del tiempo de trabajo de tal forma que sea una realidad ventajosa y provechosa para todos los trabajadores europeos.

Aunque los DDFD sean normas con una configuración abierta, con un alto grado de abstracción y generalidad, no hay que caer en el error de menospreciar su importancia significativa en la vida jurídica y social de una sociedad⁴⁵⁵. Influyen “en la actuación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como en la de todos y cada

⁴⁵³ TJUE. Sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, asunto (C-399/11). Apartado 60.

⁴⁵⁴ Pérez Tremps, P. (2001). La interpretación de los Derechos Fundamentales. En L. M. López Guerra, *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo* (págs. 119-134). Tirant lo Blanch.

⁴⁵⁵ Carpio Marcos, E. (2003). La interpretación de los derechos fundamentales. *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, 463-530.

uno de los miembros de la sociedad”⁴⁵⁶. Por lo que no se puede pensar que en el ámbito empresarial estas normas se pueden relajar. Las empresas y las personas trabajadoras y empleadoras son miembros de la sociedad y no pueden abstraerse de cumplir con las obligaciones que fijan los DDFE y en concreto el de la limitación del tiempo de trabajo. Su posición en la cumbre normativa y su abstracción permiten que tanto la UE y su normativa como los Estados miembros y la ciudadanía, incluidos empleados y empleadores, tengan la obligación de respetarlos en todo momento.

Sin embargo, esta abstracción o indeterminación de los DDFE debe interpretarse como una característica positiva ya que permite respetar la pluralidad y la coexistencia de diversos valores que en ocasiones el legislador no tiene en mente al elaborar las normas jurídicas⁴⁵⁷.

5.2.2. Tendencia expansiva o Principio de interpretación expansiva

Conectada con la posición preferente que cuentan los DDFE hay que destacar su tendencia expansiva “que inunda, impregna o irradia”⁴⁵⁸ el conjunto del sistema. La interpretación del ordenamiento normativo hay que realizarla de tal forma que los DDFE sean lo más eficaces posible, es decir, que se obre su irradiación⁴⁵⁹, que despliegue toda su capacidad. En este sentido, el potencial que presenta el derecho a la limitación del tiempo de trabajo se ve totalmente cercenado cuando se apuesta por la opt-out.

⁴⁵⁶ Garrido Gómez, M. I. (2001). Aspectos e implicaciones de una interpretación integral-material de los DDFE. *Derecho y Libertades*, 23-52. P. 23.

⁴⁵⁷ Leal Espinoza, J.L.; López Sánchez, R. (2019). Contenido esencial de los DDFE desde del modelo discursivo y principialista de Robert Alexy. *Oñati Socio-legal Series*, 1026-1051.

⁴⁵⁸ Prieto Sanchís, L. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº71, 47-72. P. 51.

⁴⁵⁹ Aguilar Cavallo, G. (2016). Principios de interpretación de los DDFE a la luz de la Jurisprudencia Chilena e internacional. *Boletín Mexicano de Derecho comparado* nº 146, 13-59.

Para desarrollar esta tarea de expandir al máximo el poder de los DDF es necesaria su interpretación ya que hay que determinar cuál es su sentido más favorable.

Es necesaria su promoción y optimización puesto que los DDF no son solo preceptos a respetar sino más bien metas a conseguir. La meta que tiene el derecho a la limitación del tiempo de trabajo es proteger la seguridad y salud del trabajador para poder defender su libertad frente al empleador y su dignidad en su puesto de trabajo. Esta limitación es imprescindible para conseguirlo.

Los DDF no se entienden solo como derechos subjetivos individuales. Como se ha expuesto con anterioridad, insisto en que esta interpretación es insuficiente en la actualidad pues con esa visión no se produce una materialización de los DDF en la realidad social. La fuerza expansiva asegura su efectividad en la protección del individuo inserto en la sociedad.

Los DDF están establecidos en ámbitos esenciales del individuo como su propia libertad, sus relaciones sociales o su participación política⁴⁶⁰ que resultan indispensables para el desarrollo de su persona y de la sociedad en la que vive y que vienen derivados de la dignidad de todos y cada uno de los ciudadanos que conforman esa sociedad. Hay que tener en cuenta que la norma está inscrita en la realidad social y económica en la que se aplica. Si se aspira a una interpretación expansiva de los DDF es necesario ampliar el contenido de la protección del derecho cuando este se aplica e impedir así una arbitraria limitación.

En el caso que nos ocupa, esta interpretación expansiva queda recortada cuando se incluye la opt-out en la Directiva 2003/88/CE. La restricción que supone del derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo es totalmente injustificada. Si la UE

⁴⁶⁰ Solozábal Echavarría, J. J. (1991). *Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales*. *Revista de Estudios Políticos* nº71, 87-110.

establece una Directiva, esta tiene que poner unos límites claros y dejar a los Estados que legislen a partir de esos límites. En nuestro caso, la limitación del tiempo de trabajo tiene que ser una realidad cierta en el desarrollo de la labor productiva de todos los trabajadores, cuestión esta que no se cumple con las condiciones que establece la Directiva 2003/88/CE para poder implantar la opt-out.

En este sentido tienen gran importancia las recientes sentencias del TJUE en los asuntos Sebastian W. Kreuziger (C-619/16)⁴⁶¹, Bauer y BroBonn (C-569-570/16)⁴⁶² y Max-Planck (C-684/16)⁴⁶³, y las Conclusiones del Abogado General Yves Bot⁴⁶⁴ presentadas el 29 de mayo del mismo año para estos asuntos.

No cabe duda que las tres sentencias “vacacionales” de fecha 6 de noviembre de 2018 suponen un paso más en la evolución doctrinal del TJUE en favor de la eficacia directa de los DDFR reconocidos en la Carta. Se puede traer aquí a colación la pregunta que se hace el Abogado General Yves Bot en las conclusiones a la sentencia de los asuntos C-569/16 y C-570/16⁴⁶⁵ “¿puede realmente calificarse de «fundamentales» a los derechos sociales reconocidos por la Carta si la mayoría de ellos están privados de efecto directo horizontal?”

De sus conclusiones se deduce que aunque no todas las disposiciones de la Carta dispongan de imperatividad y autosuficiencia, atributos necesarios para reconocerles un efecto directo horizontal, existen algunas disposiciones en ella que ciertamente disponen de estos atributos y por tanto no se les puede negar un efecto directo entre particulares.

⁴⁶¹ TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Sebastian W. Kreuziger, (C-619/16). Citado.

⁴⁶² TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Bauer y BroBonn, asuntos acumulados (C-569/16) y (C-570/16). Citado.

⁴⁶³ TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck, (C-684/16). Citado.

⁴⁶⁴ TJUE. Conclusiones del Abogado General Yves Bott, presentadas el 29 de mayo de 2018 en el asunto (C-619/16), (C-569/16) y (C-570/16). Citado.

⁴⁶⁵ TJUE. Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 29 de mayo de 2018 en los asuntos acumulados (C-569/16) y (C-570/16). Citado.

Entre estas disposiciones se encuentra la limitación del tiempo de trabajo que dispone de estas dos características y por ello reconocer su efecto directo hace que “los derechos sociales fundamentales no se queden en una simple quimera”⁴⁶⁶.

El derecho a la limitación del tiempo de trabajo se puede considerar entre una de las “normas de la Carta que tanto por su objeto como por su redacción, otorgan directamente a su titular un derecho subjetivo accionable sin necesidad de ulterior intermediación legislativa”⁴⁶⁷.

La facultad de invocar “es posible cuando el artículo de la Carta en cuestión es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal”⁴⁶⁸. Se basa para esta afirmación en la sentencia *Association de médiation sociale*⁴⁶⁹ que califica de “pequeña revolución en materia de protección de los Derechos Fundamentales, al consagrar implícitamente, en determinadas condiciones, el efecto directo horizontal de la Carta”⁴⁷⁰.

Esta reconoce el derecho a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo con el objetivo de asegurar la salud y seguridad de los trabajadores y estos no pueden prescindir de este derecho, es por tanto imperativo. Por otra parte, el derecho a la limitación del tiempo de trabajo es autosuficiente ya que no precisa la intervención de ningún acto complementario para producir directamente efectos sobre los particulares. Otra cosa es que se practiquen medidas para concretar esa limitación, pero esta adopción de disposiciones concretas no se impone en la Carta. No es necesaria para desplegar de forma directa sus efectos según el Abogado General.

⁴⁶⁶ Maragall, J. A. (2019). Óp. cit. P. 161.

⁴⁶⁷ Rodríguez, A. (2001). *Integración europea y Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas. P. 235.

⁴⁶⁸ TJUE. Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 29 de mayo de 2018 en los asuntos acumulados (C-569/16) y (C-570/16). Citado.

⁴⁶⁹ TJUE. Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, (C-176/12).

⁴⁷⁰ TJUE. Conclusiones del Abogado General Yves Bot presentadas el 29 de mayo de 2018 en los asuntos acumulados (C-569/16) y (C-570/16). Citado.

El establecer en la Directiva sobre determinados aspectos del tiempo de trabajo la posibilidad de utilizar la opt-out o exclusión voluntaria no tiene sentido ya que se podría aplicar directamente el derecho fundamental de la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo.

5.2.3. Carácter transversal de la protección de los DDF

La fuerza expansiva de los DDF produce un aumento de su protección destacando su carácter transversal. Esta transversalidad se aprecia por una parte, en el deber de los sujetos obligados por los DDF a proteger su cumplimiento. La UE como defensora de los DDF tiene la obligación de exigir y promocionar su cumplimiento por lo que es esencial que establezca normas claras. Con esta interpretación expansiva, los Estados miembros podrían extender y ampliar la esfera de protección del derecho pero no tendrían la capacidad para su restricción o directamente su eliminación utilizando la opt-out. También empleadores y empleados en su relación en la empresa están obligados a respetar los DDF en sus organizaciones.

Por otra parte, esta expansión transversal se aprecia en la capacidad que tienen los titulares de tales derechos para exigirlos. En el caso del derecho que nos ocupa, los trabajadores tienen que tener claro cuál es el límite máximo al que están obligados a trabajar y no estar a lo que diga el empleador en un momento dado basándose en la incertidumbre del mercado o en la oferta y la demanda. Los DDF defienden a las personas, no a algo tan intangible como los vaivenes de los mercados o la posibilidad de obtención de mayores beneficios.

Se ha censurado que un abuso en la interpretación expansiva de los DDF puede desproteger los derechos de terceros pero no ocurre esto en este caso ya que lo que se busca es el mayor desarrollo posible de unas mejores condiciones de trabajo de los

empleados, buscando su salud y seguridad y no la obtención de mayor beneficio del empleador. Se tiene que tener claro que lo que se pretende proteger con el derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo es la persona del trabajador y no los beneficios económicos.

5.2.4. El establecimiento de límites a los DDFF

Los DDFF como derechos subjetivos que son, tienen ciertos límites, no hay duda de ello. “No existe ningún derecho o facultad que sea ilimitado”⁴⁷¹. Sin embargo, solo un derecho de la misma relevancia puede limitarlo. Los DDFF pueden limitarse entre sí, pero desde luego no existe un DDFF que imposibilite un tope en la duración del tiempo dedicado al trabajo.

Es también su fuerza expansiva la que permite interpretar sus límites. Además teniendo en cuenta el criterio tradicional de interpretación jurídica, los límites justificados y legalmente configurados han de interpretarse en todo caso de forma restrictiva precisamente por esa fuerza expansiva de los DDFF. También hay que tener en cuenta que los límites que se establezcan deben ser congruentes y proporcionales.

El Principio de proporcionalidad, que desarrolló el Tribunal Constitucional Federal Alemán y que con posterioridad se exportó al ordenamiento comunitario y al de los demás Estados miembros, es el que legitima la intervención en la libertad del individuo en tanto en cuanto sea indispensablemente necesaria pero en ningún caso los derechos pueden desfigurarse de tal modo que resulten irreconocibles⁴⁷².

⁴⁷¹ Rovira Viñas, A. (1983). P. 93. Óp. cit.

⁴⁷² Jiménez Campo, J. (1993). El legislador de los Derechos Fundamentales. En Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio Otto (págs. 473-510). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

Por tanto queda claro que no es proporcional la restricción de la limitación del tiempo de trabajo porque no nos engañemos, no es la libertad del trabajador lo que se está defendiendo con la opt-out, es la voluntad de los empleadores de obtener beneficios a toda costa. Si el fin es la limitación del tiempo de trabajo, no es una actuación mínima el establecimiento de la opt-out, sino todo lo contrario.

En este supuesto cercenamiento de la libertad del trabajador, se busca algo tan importante como el bienestar de la persona tanto físico como moral y social, con observancia de la igualdad entre los trabajadores de los distintos Estados miembros y muy relacionado con la finalidad perseguida, que en este caso no es otra que la salud y seguridad de los trabajadores.

La propia Carta al establecer el alcance de los Derechos en su artículo 52⁴⁷³ indica con claridad que cualquier limitación debe respetar el contenido esencial y el principio de proporcionalidad y solo cuando sean necesarios y responda a objetivos de interés general. Tres componentes evidentes se desprenden de este artículo. Por una parte la adecuación o idoneidad, por otra parte la necesidad o indispensabilidad y por último se puede establecer lo que se ha venido en llamar la proporcionalidad en sentido estricto. Esta última llevaría aparejada una ponderación entre los fines perseguidos y las restricciones establecidas de tal forma que exista equilibrio entre la renuncia al derecho fundamental y el beneficio para el conjunto de la ciudadanía.

Si nos ceñimos al derecho fundamental aquí estudiado, la limitación del tiempo de trabajo, pienso que la opt-out no es adecuada ya que esta medida no contribuye a la

⁴⁷³Carta de los Derechos Fundamentales. Artículo 52. Alcance de los derechos garantizados 1. *“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.*

finalidad perseguida que no es otra que limitar el tiempo de trabajo para mejorar la salud y la seguridad de los trabajadores. Tampoco es necesaria pues existen otros métodos más moderados para dar flexibilidad a las empresas y que constituyen menor perjuicio para el trabajador beneficiario de este derecho fundamental. Y desde luego no es de interés general ya que su implantación interesa particularmente a los empleadores que obtienen mano de obra en cualquier momento y no tanto a los trabajadores. No se produce pues ese equilibrio necesario entre la pérdida de un derecho fundamental y la obtención de un provecho para la toda la comunidad.

Las consecuencias que se derivan de la utilización de la opt-out, es decir si no se establece un máximo en la jornada laboral semanal, son muy graves. Con la utilización de la opt-out se está dando por buena una distribución no equitativa de las horas de trabajo entre los empleados. Esto crea un mercado laboral en el que aparecerán situaciones laborales de sobre explotación junto a situaciones de subempleo⁴⁷⁴. Habrá empleados trabajando más allá de su jornada convencional frente a otros que lo harán un número de horas insuficiente para cubrir sus necesidades y las de sus familias. La UE debe trabajar para cohesionar la sociedad, para limitar las desigualdades entre trabajadores y Estados porque todos pertenecemos a la misma sociedad, la sociedad europea.

En otro orden de cosas y siguiendo con la idea de la posibilidad de establecer unos límites a los DDF, si nos atenemos al principio hermenéutico *pro homine*, se establece que al reconocer derechos protegidos siempre se debe atender a la norma más

⁴⁷⁴ Trillo Párraga, F. (2013). Tiempos de trabajo y de vida privada como desafío para la innovación empresarial. En J. P. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 309-330). Madrid: Dykinson.

amplia, e inversamente al establecer restricciones a los derechos o su suspensión se debe atender a la interpretación más restringida⁴⁷⁵.

Este principio *pro homine* dice también que si existe duda se debe optar por una interpretación que garantice, proteja y asegure los Derechos en su conjunto, siendo coherentes con los valores que transmiten. Una limitación del tiempo de trabajo clara es una forma de garantizar la dignidad en las condiciones de trabajo, es una forma de proteger la salud y la seguridad del trabajador, es una forma de asegurar que el trabajador sigue siendo un ciudadano libre en el ámbito laboral.

Este principio, muy relacionado con el principio de interpretación conforme, atendiendo siempre al principio pro-persona, hace que se tengan que entender estos Derechos y en este caso el derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo dentro del conjunto indivisible de los DDDFF y sobre todo entender su importancia al quedar plasmado en la sociedad y en los ciudadanos que la componen, es decir en este caso los trabajadores europeos.

Si se habla de restricción o suspensión de un DDDFF, el principio *pro homine*, establece que estas deben fijarse teniendo en cuenta ciertos requisitos de fondo y teniendo en cuenta siempre la legitimidad de los fines que con tales restricciones se pretenden alcanzar.

La utilización de la opt-out solo tiene como fin dar respuesta a las exigencias de los empleadores de mayor flexibilidad para poder mantener el nivel de competitividad de las empresas y así participar en los mercados de la escena global. Su idea de competitividad pretende única y exclusivamente la mejora de la rentabilidad de la empresa, la obtención de mayor beneficio para su accionariado. Sin embargo, las

⁴⁷⁵ Carpio Marcos, E. (2003). Óp. Cit.

empresas tienen una responsabilidad social indiscutible, por lo que sería más beneficioso para la sociedad que las empresas buscaran una mayor competitividad estructural. Esta competitividad estructural busca un crecimiento sostenible de la productividad que influya de forma positiva en la calidad de vida de toda la sociedad. No se puede considerar justificado eliminar la limitación del tiempo de trabajo por la búsqueda de beneficio exclusivamente empresarial.

Si se atiende al principio de *favor libertatis* para la interpretación de los DDF, esta debe realizarse de manera que favorezca en mayor medida o que maximice los derechos y las libertades del individuo. La utilización de la opt-out minimiza el derecho a la limitación del tiempo de trabajo del empleado ya que tiene que obligarse a lo que dicte el empleador, sin saber el tiempo que va a trabajar y en qué periodo va a hacerlo. La opt-out no contribuye en absoluto a la defensa del derecho que tiene el trabajador.

Si se antepone la interpretación más amplia cuando se reconocen derechos y se prefiere la interpretación más restrictiva cuando se imponen limitaciones a esos derechos, la norma se interpretará de forma que se optimice su ejercicio, protegiendo al más débil que en el caso que nos ocupa es el trabajador, pues su relación con el empleador es siempre una relación de inferioridad. La interpretación será la que menos dañe al individuo, la utilización de la opt-out daña sin lugar a dudas tanto la salud como la seguridad de los trabajadores.

Se puede pensar como Eike von Hippel⁴⁷⁶, que en ciertos casos un derecho fundamental no se puede aplicar ya que existe una serie de bienes jurídicos que por su importante significado necesitan una mayor protección. Este no es el caso que nos

⁴⁷⁶ Von Hippel, E. (1965). *Grezen und Wesensgehalt der Grundrechte*. Citado por Gavara de Cara, J. C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ocupa ya que la protección de la salud y la seguridad que se buscan a través de la limitación del tiempo de trabajo están muy por encima de los problemas de competitividad de los empleadores. Una reflexión justa de la situación de todos los intereses en juego señala sin ninguna duda que las personas son más importantes que los beneficios económicos, que la sociedad en la que se incluyen las personas empleadas y empleadoras es más importante que los individuos aislados. Se tiene que establecer una jerarquía de intereses cuya cúspide debe estar constituida por los ciudadanos. El concepto antropocéntrico debe estar presente en esta jerarquía de intereses.

5.2.5. Contenido esencial y efectividad

Esta indeterminación junto con la creación del derecho por los propios Tribunales hace posible asignar el significado a los DDF.

Al intentar interpretar y poner límites a los DDF hay que tener presente su contenido esencial el cual no podrá sobrepasarse. Este contenido esencial hace referencia al contenido mínimo que bajo ninguna circunstancia puede alterarse ni cancelarse. Cada derecho fundamental se puede comparar con una esfera cuyo “núcleo” comprendería su “contenido esencial”⁴⁷⁷. El contenido esencial se identificaría con “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”⁴⁷⁸.

Es el artículo 52.1 de la propia Carta, cuando habla del alcance de los derechos garantizados en la misma, el que establece que “cualquier limitación del ejercicio de

⁴⁷⁷ Martínez-Pujalte, A. L. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. P. 22.

⁴⁷⁸ TCE. Sentencia de 8 de abril de 1981, (11/1981). Apartado 8 de sus fundamentos jurídicos.

los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta debe ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades”.

En el caso de la limitación del tiempo de trabajo el objetivo que se pretende es preservar la seguridad y la salud del trabajador por lo que si no se establece un máximo de horas para realizar el trabajo no se está cumpliendo de forma real el objetivo perseguido. Se trataría de establecer un máximo de tiempo de trabajo que marque un límite que no puede sobrepasarse.

El establecer la posibilidad de la opt-out, restringe ese contenido esencial que queda lesionado pues “queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁴⁷⁹.

Si la restricción de un derecho fundamental menoscaba su contenido esencial lo que se produce en realidad no es un condicionamiento de ese Derecho sino su supresión o la privación de su beneficio al titular del derecho. El respeto al contenido esencial de los derechos son los únicos límites materiales de la legislación sobre los DDF⁴⁸⁰.

La doctrina establecida por el Tribunal Constitucional Alemán⁴⁸¹ cuando habla de los DDF alemanes señalan la necesidad de respetar el contenido esencial ya que constituye un núcleo esencial e indeleble que no se puede coartar al establecer límites a

⁴⁷⁹ TCE. Sentencia de 8 de abril de 1981, (11/1981). Apartado 8 de sus fundamentos jurídicos. Citado

⁴⁸⁰ Arzo Santisteban, X. (2005). *La concretización y actualización de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

⁴⁸¹ Se hace referencia al Tribunal Constitucional Alemán porque no puede negarse que ha estado muy presente en el proceso de integración europeo y ha ejercido una influencia notable sobre el Tribunal de Justicia europeo al igual que ha ocurrido con la Ley Fundamental de Bonn cuya influencia es significativa en las constituciones europeas. Martín y Pérez de Nanclares, J. (2011). Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el tratado de Lisboa). *REAF nº 13*, 97-145. López-Jurado Escribano, F. B. (1991). La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los Derechos Fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional. *Revista de Administración Pública nº125*. 557-573.

los DDFD para garantizar su efectividad. Para Kurt George Wernicke⁴⁸², el contenido esencial es “afectado cuando una de las propiedades consideradas como básicas era perjudicada a través o en razón de una ley”, lo que ocurre cuando se da la posibilidad de utilizar la opt-out en la Directiva como manera de no establecer límites claros al tiempo de trabajo.

La Unión a través de su normativa tiene que asegurar que todo trabajador europeo pueda realizar su labor en las mismas condiciones independientemente del Estado en el que se encuentre ya que de otro modo se produciría un dumping social importante, muy negativo para la ciudadanía. El establecimiento de un límite al tiempo de trabajo establece un marco mínimo dentro del cual todos pueden desarrollar su labor y en el que puede existir flexibilidad pero siempre dentro de él. Dar la posibilidad de colocar fuera de ese marco a ciertos trabajadores, a ciertos ciudadanos europeos, produce deslealtades entre los Estados que pueden parecer más competitivos a costa de utilizar de forma perversa a sus ciudadanos. No cabe la posibilidad de permitir semejante competitividad. La UE tiene la obligación de proteger a los ciudadanos europeos, a los trabajadores europeos, no de alentar competencias entre Estados para que obtengan buenos resultados económicos. Europa no avanzará como sociedad si no avanzan sus ciudadanos por mucho que mejoren los resultados económicos que solo benefician a una parte de la ciudadanía. Se tiene que tener en cuenta el gran valor de la cohesión social en Europa que quedaría muy mermado si se mantienen estas diferencias en las condiciones de trabajo de los trabajadores europeos.

Colocarse fuera del marco limitativo del tiempo de trabajo al utilizar la opt-out anula la efectividad del derecho fundamental de la limitación del tiempo de trabajo. Si

⁴⁸² Kurt George Wernicke fue uno de los primeros comentaristas de la Ley Fundamental de Bonn que definió el contenido esencial en términos de naturaleza, sustancia o rasgos típicos de un derecho fundamental. Citado por Gavara de Cara, J. C. (1994). Óp. cit.

se pretende satisfacer el propósito de este derecho fundamental es necesario establecer salvaguardas prácticas que afiancen ese derecho y su contenido esencial para todos los trabajadores. Con la utilización de la opt-out se menoscaba de forma intensa este derecho fundamental invalidando su efectividad.

Dentro de las Teorías Subjetivas⁴⁸³ que analizan los DDFF, merece la pena destacar aquí refiriéndose al contenido esencial, la teoría de Günter Dürig⁴⁸⁴ que relaciona el incumplimiento del contenido esencial de los DDFF con una agresión a la dignidad humana. Si una persona es considerada como un mero objeto o un mero medio para obtener beneficios económicos se está violentando su dignidad. Esto sucede cuando los empleadores piensan en sus trabajadores como meros recursos de producción, reduciendo a costes y beneficios las relaciones con ellos. La no limitación de su tiempo de trabajo reduce al trabajador a una mera variable en una ecuación de producción.

No se pretende aquí establecer el significado de la dignidad humana y cuándo se infringe, trabajo realizado ya por los Tribunales⁴⁸⁵, pero su significado está relacionado con la idea de persona de la Ley Fundamental de Bonn. La persona no puede ser calificada como un individuo aislado. Existe una relación entre el individuo y la sociedad en la que se inserta, estableciendo así que la persona está relacionada y vinculada con su comunidad⁴⁸⁶. Es decir, un individuo posee una doble dimensión. Una dimensión individual y una dimensión, igual de importante, social.

⁴⁸³Gavara de Cara, J. C. (1994). Óp. cit.

⁴⁸⁴Düring, Günter. 1956. Der Grundsatz von der Menschenwürde. Entwurfeinerpraktikablen Wertsystems del GrundrechteausAart. 1 Abs. 1 in Verbindungmit art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes. Citado por Gavara de Cara, J. C. (1994). Óp. cit.

⁴⁸⁵ Ya lo hizo el Tribunal Constitucional Alemán en BVerfGE 30,1 (25). Citado por Gavara de Cara, J. C. (1994). Óp. cit.

⁴⁸⁶ Tribunal Constitucional Alemán. BVerf 4, 7 (15 y s.s.). Citado por Gavara de Cara, J. C. (1994). Óp. cit.

Cuando se establecen las condiciones de trabajo hay que tener en cuenta esta doble dimensión del individuo, porque muchas veces se olvida que los trabajadores son personas. Los trabajadores tienen una dimensión individual y es posible establecer acuerdos individuales con ellos pero también tiene una dimensión social, los trabajadores están insertos en la realidad social de su comunidad y los empleadores deben asumir su responsabilidad para con ellos. La utilización de la opt-out, es decir, la no limitación clara del tiempo de trabajo con pretexto de la necesidad de flexibilidad, aunque puede parecer que respeta la dimensión individual del trabajador si se llega a un acuerdo con él, desde luego no respeta en absoluto la dimensión social del trabajador. Este no puede insertarse de forma completa en la sociedad en la que vive ya que solo existe para atender las demandas de su empleador.

Siguiendo los pensamientos de Dworkin cada individuo puede tomar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que le rodea pero la persona no vive aislada como un Robinson Crusoe. Los límites de la libertad de cada individuo están establecidos por el legislador para proteger y alentar la vida social, el bien común, de tal forma que el valor propio de todas las personas quede protegido.

Cuando al utilizar la opt-out se habla de la libertad del trabajador para poder trabajar todo el tiempo que quiera se está olvidando la dimensión social de la persona. La posibilidad de la opt-out está incumpliendo el contenido esencial del derecho a la limitación del tiempo de trabajo porque no tiene en cuenta esta dimensión social del individuo. El argumentar que la limitación puede perjudicar al trabajador ya que le impide trabajar todo lo que quiera es no tener en cuenta esta doble dimensión individual y social de la persona. No es admisible la autorrestricción por parte del titular del derecho fundamental basándose en el principio de libre consentimiento pero ignorando

la desigualdad de las partes en la relación laboral y sin tener en cuenta que la disposición temporal y parcial de un derecho fundamental puede afectar a la dignidad de la persona del trabajador⁴⁸⁷.

Si la UE busca un avance social, éste solo se producirá cuando los ciudadanos, todos ellos, se vean favorecidos por los beneficios de la producción económica y no tanto cuando los beneficiarios sean solo una parte de los ciudadanos que niegan su responsabilidad con el espacio comunitario.

Sin embargo, el análisis del principio de dignidad humana relacionado con los DDFD ofrece la dificultad de la identificación de los supuestos de hecho específicos de su infracción. Es por ello quizá que otros autores prefieren plantear la garantía del contenido esencial de un modo más concreto y no asimilarlo a la dignidad como hace During. La doctrina científica alemana aun admitiendo como parte del contenido esencial de los DDFD el respeto la dignidad humana no los propone como sinónimos. Siguiendo con estos planteamientos, F. Klein⁴⁸⁸, defiende el contenido esencial de los DDFD como un núcleo esencial, sustancial, absoluto, estable e inalterable. En el caso que nos ocupa es el hecho de la necesidad de establecer un límite concreto al tiempo de trabajo.

Otra teoría subjetiva, la de H. Krüger⁴⁸⁹, establece que una aplicación del contenido esencial de un derecho fundamental solo será posible si el ciudadano tiene la posibilidad de decidir si utiliza su derecho fundamental y cómo lo utiliza. Señalar en este punto que en muchos casos la decisión de no limitar el tiempo de trabajo no es una

⁴⁸⁷ Lamas J. R. (2000). Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional. En A. Montoya Melgar (coord.) *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea* (págs. 491-530). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

⁴⁸⁸ Gavara de Cara, J. C. (1994). Óp cit

⁴⁸⁹ Krüger, Herbert. (1955). Der Wesensgehalt der Grundrechte. Citado por Gavara de Cara, J. C. (1994). Óp cit.

decisión tomada de forma libre por parte del trabajador y se confunde libertad del trabajador con miedo a represalias empresariales.

Sin embargo esta teoría también dice que no puede, el ciudadano, infringir los derechos de terceras personas. Es decir, el trabajador podría decidir si quiere limitar o no su tiempo de trabajo, sin embargo esto estaría impidiendo, por ejemplo, el derecho al trabajo de otras personas, el derecho a trabajar de forma segura a sus compañeros o de recibir un servicio de confianza a los clientes. No hay que olvidar que el ciudadano no es un ente individual sino que está dentro de una sociedad con la que tiene una responsabilidad.

Cualquier restricción de un derecho fundamental entorpece la efectividad de los intereses individuales protegidos por lo que la utilización de la op-out obstaculiza indudablemente la posibilidad de promover y conseguir la seguridad de los trabajadores. Si la limitación establece una restricción tan amplia que los beneficiarios del derecho no tienen la posibilidad de aprovecharse de él, ya que se obstaculiza su ejercicio, se puede razonar que esa limitación disminuye el contenido esencial de derecho fundamental y por lo tanto no sería pertinente. Esto ocurre con la opt-out, al establecer la posibilidad de no aplicar la limitación del tiempo de trabajo simplemente con el establecimiento de la condición de consentimiento del asalariado. El trabajador se encuentra en la tesitura de trabajar bajo las condiciones impuestas por el empleador o no trabajar, por lo que no tiene la posibilidad de reivindicar su Derecho a una limitación del tiempo de trabajo. No se ostenta un derecho fundamental que no se puede ejercer. Si el contenido esencial se

quebranta, en este caso se niega la limitación al tiempo de trabajo, lo que sucede es que el derecho desaparece completamente⁴⁹⁰.

El contenido esencial y la efectividad del derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo no se respetan si se permite la existencia de la opt-out o cláusula de no aplicación por lo que se aboga en esta tesis por su eliminación en la revisión que se haga de la Directiva 2003/88 CE.

Si se pretende seguir una estrategia de flexiguridad, la flexibilidad que se da al empleador en cuanto a la organización del tiempo de trabajo no puede nunca sobrepasar los límites marcados por los DDFF que son los que aseguran la seguridad que esta estrategia defiende. Cumplir con los DDFF es imprescindible a la hora de dar flexibilidad a las empresas y empleadores para establecer el tiempo de trabajo en sus organizaciones.

⁴⁹⁰ Martín Retortillo, L. (1988). Derechos fundamentales y Constitución. En Prieto Sanchis L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas

CONCLUSIONES

Si se quiere hablar de tiempo de trabajo hay que hablar de mucho más que del tiempo dedicado a la producción. El tiempo dedicado a los cuidados, al trabajo reproductivo o el tiempo dedicado a la autorrealización personal y participación social son también tiempo dedicado al trabajo. Todo tiempo que cada individuo destina a cubrir las necesidades de los ciudadanos que componen la sociedad se puede considerar tiempo de trabajo.

Circunscribiéndose al ámbito empresarial, el tiempo de trabajo es todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo ejerciendo su actividad y a disposición del empresario. Este tiempo se encuentra dirigido y vigilado por el empleador y es quien impone su mayor poder negociador. El origen del derecho del trabajo intenta adecuar una utilización equilibrada de este poder en el interior de las organizaciones empresariales. Sin embargo, si se repasa la evolución de la limitación del tiempo de trabajo se puede apreciar que el empleador nunca ha perdido esta primacía en el poder que ostenta. Todo avance en la limitación del tiempo de trabajo se ha producido de una forma no natural, se ha tenido que luchar e insistir con gran tenacidad para que se produjera.

Ya desde las primeras normas en Reino Unido, Francia o España y en general en toda Europa, se aprecia la necesidad de intervención por parte de los Estados en la legislación laboral. También desde el inicio normativo se estima, que para ser efectiva la norma requiere recursos y mecanismos de control. En esos primeros momentos ya se percibe también la necesidad de abordar el tema de la limitación del tiempo de trabajo desde una perspectiva internacional o supranacional.

Tras intentar mejorar las condiciones y limitar los horarios de los trabajadores más desfavorecidos (menores y mujeres), se pasa a reivindicar jornadas de trabajo más

cortas para todos los trabajadores, reclamando la jornada de 8 horas. Primero planteamientos morales, luego motivos médicos y económicos hacen que la limitación y reducción del tiempo de trabajo avance.

Sin embargo, ya a principios del siglo XX la patronal se aferra a dos principios, que siguen persistiendo, para oponerse a una limitación en la jornada laboral. Por una parte, la necesidad constante de la reducción de los costes de producción para incrementar los beneficios económicos y por otra, el mantenimiento de su posición de superioridad. Su oposición a la legislación laboral la justifican por ser difícil de aplicar en la realidad empresarial, por volver frágiles a las empresas ante la competencia extranjera y por impedir a los ciudadanos más humildes los ingresos necesarios para cubrir sus necesidades. No deja de sorprender que estas ideas persistan en la actualidad entrado ya el siglo XXI.

Esta oposición pertinaz de la patronal a la limitación del tiempo de trabajo no evitó que esta fuera progresando, instaurándose la jornada máxima de 8 horas diarias y 48 semanales, pasando con posterioridad a limitar el tiempo de trabajo a través del establecimiento del descanso semanal y las vacaciones remuneradas. No solo se pretende mejorar la salud y seguridad de los trabajadores, también procurar su libertad y su dignidad.

Tras la crisis del petróleo del 73 se recurre a la limitación del tiempo de trabajo como herramienta para el mantenimiento y la creación de empleo, dando más poder a los empleadores para reorganizar el tiempo en las empresas. El triunfo del neoliberalismo impulsa de forma determinante el poder empresarial para que gestione el tiempo de trabajo en su propio beneficio sin necesidad de atender a las necesidades de los trabajadores. Alentadas por intereses económicos privados y grandes empresas, las

políticas que se practican fomentan la desregulación del mercado laboral y promueven la aplicación de la flexibilidad como remedio para cualquier problema en el ámbito empresarial. La libertad de actuación y el *laissez-faire* son vistas como las mejores armas para el progreso de las empresas y con él, supuestamente, el de la sociedad. Desde la perspectiva del empleador lo más conveniente es la desregulación dentro del entorno empresarial, con la intención de volver a la negociación individual que se realizaba antes de la existencia del derecho laboral. Para la patronal lo más beneficioso sería retroceder al individualismo del Código Civil que como es sabido presenta carencias importantes para responder a la distinta posición de poder que tienen empleado y empleador. Con la desregulación se abandona al trabajador a los abusos del liberalismo económico.

Desde la Unión Europea se insiste en incrementar la flexibilidad tanto interna como externa, sin embargo también se ha reconocido que una flexibilización total en el ámbito empresarial trae problemas a la sociedad difíciles de solucionar. Se empieza a ver la existencia de trabajadores pobres y a vislumbrar la necesidad de una mayor protección de los trabajadores europeos, en especial a los más vulnerables.

Se subraya así, la necesidad de configurar correctamente el concepto de flexiguridad que busca la flexibilización de las condiciones de trabajo afianzando a la vez la seguridad de los trabajadores a través de una moderna legislación. Si Europa está verdaderamente preocupada por establecer unos derechos sociales para avanzar y no quedarse solo en una unión económica, se tiene que producir una convergencia entre los Estados miembros en cuanto a las condiciones de trabajo y de vida de sus ciudadanos.

Para cohesionar los Estados miembros y no se produzca un peligroso dumping social, para que no se abran brechas insalvables entre los diferentes ritmos de desarrollo

que presentan los Estados miembros, resulta inadecuado que unos no pongan ningún tipo de limitación al tiempo de trabajo en algunos sectores utilizando la opt-out o cláusula de no aplicación de la limitación del tiempo de trabajo semanal, mientras que otros tengan una normativa que limita ese tiempo de trabajo. Desde la UE se tienen que establecer unos mínimos que todos deberían respetar. Si Europa busca realmente un crecimiento inteligente, sostenible e integrador tiene que tener en cuenta los Derechos Fundamentales que la propia sociedad se ha otorgado, reduciendo los efectos nocivos de la flexibilidad en la sociedad, buscando equidad e inclusión.

Es verdad que la Unión solo puede actuar en las competencias que tiene atribuidas pero eso no significa que su posición sea débil. Su actuación deriva de lo cedido por los Estados miembros, viene recogido en los Tratados y pretende obtener unos determinados objetivos comunes. Siguiendo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, las normas comunitarias proyectan sus efectos a todos los Estados miembros. La primacía de la normativa comunitaria es fundamental para la existencia de la Unión y su integración. En la cúspide de esa normativa se encuentran los DDFF.

Dentro de esos Derechos Fundamentales se ubica el Derecho a la limitación del tiempo de trabajo. En este ámbito, se necesita una aplicación efectiva de la flexiguridad, permitiendo flexibilidad pero dando una seguridad real a los trabajadores. Sin embargo, hasta el momento la aplicación concreta del principio de flexiguridad no ha llegado a realizarse de forma correcta ya que prima la flexibilidad olvidando la seguridad. Para impulsar y defender esa descuidada seguridad no hay mejor herramienta que inspirarse en los DDFF.

La Carta de los DDFF, expresa los criterios básicos que los europeos se han conferido para su vida en común y refleja el conjunto normativo de la UE en materia de

DDFF. El Tratado de Lisboa la dota de rango de Derecho primario en su artículo 6, colocándola al mismo nivel normativo que el que tienen los Tratados, por lo que su aplicabilidad es obligatoria. No vemos mejor marco normativo para conseguir la cohesión entre los Estados miembros que busca la UE. Su aplicabilidad es imprescindible en la construcción de la Europa Social, indispensable para contrarrestar los efectos negativos de crear una Unión Europea solo en el ámbito económico.

La Unión no ha olvidado que es una Unión de derechos y no solo una Unión económica. Es por ello que en su búsqueda por un desarrollo social que haga crecer la cohesión entre los Estados miembros se ha desarrollado el Pilar Europeo de los Derechos Sociales con el que se avanzará hacia una economía social del mercado. La Unión, no solo debe vigilar y favorecer un crecimiento económico sostenible sino que también debe atender la dimensión social europea. Para ello tiene como herramienta imprescindible los DDFF.

Se aboga en esta tesis por una visión amplia en cuanto a la eficacia frente a terceros de los DDFF. En la actualidad no solo el Estado puede interferir en la autonomía individual, son cada vez más las injerencias que se producen por parte de sujetos privados en esa autonomía que ostenta cada individuo. Estas intrusiones en la libertad del individuo son claras en el ámbito laboral por lo que los DDFF pueden y deben desarrollarse en las relaciones jurídico privadas, estableciendo un marco de convivencia general que todos deben respetar. Son los DDFF los que fijan ciertos límites al poder que unos sujetos ejercen sobre otros, de tal forma que todo individuo pueda reaccionar frente a los abusos que trasgreden su esfera de libertad. Esta aplicación de los DDFF entre individuos hay que entenderla no como una disminución de la autonomía privada sino más bien como una protección del individuo frente a grupos de presión que cuentan con más capacidad para obligar a acatar sus condiciones.

La Carta como ordenamiento jurídico comunitario puede entenderse como patrimonio de todos los ciudadanos europeos, por eso el respeto a los DDFE puede y debe producirse en las relaciones jurídico-privadas creando un marco de convivencia general que también debe respetarse en el ámbito laboral. Tanto los intereses de los trabajadores como individuos, como los intereses empresariales y la sociedad en la que desarrollan sus actividades salen favorecidos si se respetan los DDFE.

Ellos permiten una relación laboral más justa y equitativa, pudiendo reclamar el respeto de las libertades individuales de la persona del trabajador pero sobre todo permitiendo exigir que existan unas condiciones mínimas de dignidad en el trabajo y que se reconozcan unos beneficios mínimos inherentes al valor trabajo.

Por desgracia la legislación europea en muchos casos no expresa las nuevas dimensiones de los DDFE salvo cuando se alude al principio general de igualdad. No queda reflejada de forma clara la vigencia de los DDFE y no se esclarecen las implicaciones de su aplicación práctica.

Centrándonos en la limitación del tiempo de trabajo, es el artículo 31 el que establece esta limitación como un Derecho específico que hay que obedecer. Es un Derecho que debe respetarse y no un Principio que deba observarse. Este artículo 31 fortalece los valores sociales que promueve la Unión en especial cuando esos valores sociales colisionan con las libertades económicas que caracterizan el mercado común europeo.

En el ámbito laboral esa pugna entre lo social y lo económico se intenta solventar con el concepto de flexiguridad, del que molesta un desarrollo desequilibrado, avanzando en cuanto a la flexibilidad y con poco progreso en cuanto a seguridad. La Unión tiene que establecer las normas mínimas para reforzar y mejorar las disposiciones

de los Estados en materia laboral sin eliminar la flexibilidad pero potenciando la seguridad hasta alcanzar el equilibrio que propone la estrategia de flexiguridad europea. Los Estados podrán en todo caso mejorar esos mínimos pero nunca incumplirlos o sobrepasarlos en detrimento de algunos trabajadores. Solo con unas condiciones transparentes y previsibles del trabajo se puede avanzar en el fomento de la seguridad en el ámbito laboral.

La aplicación concreta de los mandatos establecidos en los Tratados y en la Carta en cuanto a la limitación del tiempo de trabajo y su artículo 31.2, venían recogidos en un primer momento en la Directiva 93/104/CE y en la actualidad quedan ordenados en la Directiva 2003/88/CE a la que nos vamos a referir por ser la que está en vigor aunque se hayan hecho intentos de reforma que no han tenido éxito.

Esta Directiva que recoge determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, parece considerar a las personas por encima del trabajo y el ámbito económico cuando dice que la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores deben desvincularse de consideraciones de carácter puramente económico o la necesidad de tener en cuenta el principio de adecuación del trabajo a la persona. Sin embargo, en ella ya se aprecia la doble cara que presenta la Unión. Por una parte la Directiva establece una limitación clara y rigurosa de la duración máxima del tiempo de trabajo en su artículo 6, fijada en 48 horas semanales, pero por otra, deja huecos para poder flexibilizar los mínimos que establece incluyendo ya en la Directiva del 93, la posibilidad de utilizar la opt-out, es decir la exclusión voluntaria a lo establecido en el artículo 6. En definitiva da a los Estados miembros la facultad de adaptar la norma comunitaria a sus necesidades particulares lo que implica un gran riesgo para los deseos cohesionadores de la Unión. Si algunos Estados miembros se salen de los mínimos establecidos empobreciendo las condiciones laborales de sus trabajadores obtienen

ventaja sobre los otros Estados miembros que se esfuerzan por mantener unas condiciones laborales más dignas, creándose un dumping social muy dañino para los objetivos de la Unión.

Antes de profundizar en la limitación del tiempo de trabajo es necesario definir con claridad qué se entiende por tiempo de trabajo. Aquí, como ocurre con la legitimidad de la utilización o no de la opt-out, tampoco los Estados se ponen de acuerdo con lo establecido por la Unión en la Directiva y este tema ha dado lugar a una jurisprudencia muy significativa. Son famosas las sentencias SIMAP, Dellas, Sergas, Jaeger o la más reciente Matzak. De esta jurisprudencia se deduce que los Estados miembros no tienen libertad para adoptar una versión menos estricta de las definiciones establecidas en la Directiva sobre el tiempo de trabajo y su opuesto, el tiempo de descanso. No existe una categoría intermedia entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso y estos conceptos no pueden interpretarse en función de las disposiciones internas nacionales. La interpretación de lo que es o no es tiempo de trabajo no puede deformarse por tanto por objeciones económicas y organizativas planteadas por los Estados.

La Directiva 2003/88/CE que nace para clarificar y simplificar los cambios producidos por esta jurisprudencia, no introduce cambios significativos en los aspectos más relevantes. La Directiva es pródiga y diversa en proponer herramientas que posibilitan la flexibilidad del tiempo de trabajo. Estas herramientas se están utilizando de forma tan intensiva que en algunos casos se sobrepasa su poder flexibilizador llegando a caer en un manejo perverso de ellas en beneficio del empleador y llegando a perjudicar la salud y la seguridad de los trabajadores.

Las vacaciones es una de esas herramientas que pueden ayudar a flexibilizar el tiempo de trabajo. La Directiva no especifica cuando deben tomarse por lo que el empleador es libre para organizarlas de tal manera que puedan adaptarse a una óptima disposición del tiempo en su organización. Sin embargo, en su obstinación por una flexibilización total este derecho del trabajador puede quedar en suspenso, por ejemplo en el caso de los trabajadores que encadenan contratos cortos, extralimitándose en su utilización.

El trabajo nocturno o el trabajo a turnos son también una herramienta flexibilizadora ya que su implantación ya es debida a la necesidad de flexibilidad que impone el proceso de producción. En todo caso, además de ese aporte de flexibilidad que tienen de por sí, su aporte a la flexibilidad en la organización se puede aumentar más si se añaden horas extraordinarias a estos tiempo de trabajo o si se tienen en cuenta periodos de referencia amplios. Al ser ya un mecanismo flexibilizador su correcta utilización debería protegerse con mayor diligencia para que los empleadores no la utilicen de manera desproporcionada.

Otro instrumento que flexibiliza la actividad en la empresa es el ritmo e intensidad del trabajo. En este punto hay que recordar la necesidad de adecuación del trabajo a la persona. En la UE se aprecia un aumento de los ritmos de trabajo por lo que cobra más sentido el establecimiento sin paliativos de una adecuada limitación del tiempo de trabajo. Los irregulares procesos productivos y la necesidad de adaptación de las empresas hacen que los ritmos de trabajo se aceleren en ciertos momentos creando inseguridad, estrés y ansiedad en los trabajadores, por lo que en aras de preservar su seguridad y su salud una limitación del tiempo de trabajo eficaz se vuelve imprescindible.

También las pausas, con su correcta organización, permiten por ejemplo introducir trabajadores frescos y descansados en la actividad laboral mientras otros descansan, posibilitando que la producción no descienda por lo que también se pueden utilizar para flexibilizar y adaptarse a los ritmos impuestos por la demanda de los mercados.

La distribución de los días de descanso es igualmente una herramienta flexibilizadora que se manipula ampliamente al organizar el tiempo de trabajo en las empresas. La posibilidad que tiene el empleador de establecer los días de descanso permite obligar al trabajador a estar 12 días consecutivos sin descansar.

Otra de las grandes herramientas flexibilizadoras y que tiende a utilizarse en su máxima expresión, son los periodos de referencia. Estos pueden modificarse por razones objetivas, técnicas o relacionadas con la organización del trabajo, quedando sin especificar cuáles son esas razones objetivas o quién las establece. En la práctica esta posibilidad de modificación deja en manos del empleador su establecimiento y al buscar este su máxima función flexibilizadora se comprueba que en Europa cada vez más se utiliza la anualización de los periodos de referencia como regla general.

Y por último no se puede olvidar otra gran herramienta de flexibilización, la utilización de las horas extraordinarias que dan flexibilidad a muy corto plazo, aunque en la Directiva no se hace referencia a ellas.

Más que disfrutar de todas estas herramientas como limitadoras del tiempo de trabajo, se puede concluir que los trabajadores europeos las sufren, puesto que su utilización como herramientas de flexibilidad clásica se va intensificando.

No satisfecha con todas estas herramientas, la Directiva, caracterizada por una gran hipocresía que reproduce esa doble cara que encontramos demasiado a menudo en

la UE, propone una serie de excepciones a la normativa que ha establecido. Para poder aplicar estas excepciones necesitan estar transpuestas al ordenamiento nacional, limitarse a lo estrictamente necesario y en todo caso también deben asegurar la salud y la seguridad. Su difícil comprensión ha hecho que en muchos casos se tendiera más a la utilización de la opt-out, que a la aplicación de la norma pero sujeta a estas excepciones. En ellas, la Directiva entra en ciertas imprecisiones significativas.

Cuando el empleador se acoge a estas excepciones, la Directiva establece que la concesión del periodo equivalente de descanso o de la protección equivalente es inexcusable, sin embargo, ni la Directiva ni la jurisprudencia han determinado como poder garantizar que esto se cumpla. La Directiva no establece cómo se puede garantizar esta protección.

La Directiva también permite ciertas excepciones si se negocian en convenio colectivo, sin embargo, el concepto de convenio colectivo o acuerdo entre interlocutores no se define ni en la Directiva ni en otros instrumentos legislativos. No estaría de más que se definiesen en el marco de la legislación europea para mejorar la cohesión y la armonización entre los Estados.

Es verdad que las excepciones tienden a buscar flexibilidad y seguridad a la vez, pero no es menos cierto que ese modelo no está llegando a buen puerto y en la práctica se producen abusos.

Por otro lado, resulta notable la incoherencia que la propia Directiva establezca límites a esas mismas excepciones que se han establecido como si estuviese disconforme con ellas. Es un primer indicio de lo incongruente que resulta esta Directiva.

Pero lo que resulta más sorprendente es que aun existiendo tanto otras herramientas flexibilizadoras como estas excepciones a la norma, la Directiva de un paso más e introduzca la posibilidad de la opt-out en el artículo 22.1. Este artículo, que ya existía en la anterior Directiva del 93, recoge que un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, que establece la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, bajo ciertas condiciones. Este artículo 22 es clave para desbaratar toda la Directiva y la convierte en una farsa. Resulta hipócrita limitar el tiempo de trabajo para con posterioridad permitir que ese límite desaparezca. Como el hipócrita Tartufo, establece una cosa pero en realidad autoriza la contraria.

En definitiva, posibilita la no limitación del tiempo de trabajo, lo que es una deslealtad a la observancia de los DDFF en la UE. Para intentar limitar su gravedad, volviendo a aparecer la doblez que impera en esta Directiva, establece unas condiciones para poder aplicar este artículo 22.1, pero que como en el caso de las excepciones son imprecisas y de difícil cumplimiento.

Una de las condiciones establecidas para la utilización de la opt-out, es el consentimiento individual del trabajador que se coloca por encima del consentimiento expresado por los interlocutores sociales o acuerdo colectivo. Este consentimiento sería ciertamente positivo para que nadie pueda decidir por el trabajador, defendiéndolo de influencias externas, pero como en muchas ocasiones ocurre el trabajador toma sus decisiones coartado por su deseo de conseguir o mantener su empleo y por su escasa fuerza, al actuar en solitario, para establecer los términos en los que se desarrolla el trabajo.

Por otra parte, la Directiva no establece cómo debe ser el procedimiento para recoger ese consentimiento expreso, por lo que una legislación más rigurosa quizá

solventara el problema que se plantea cuando se debe comprobar que efectivamente la renuncia se realiza de forma libre y consciente.

Otra condición importante para la utilización de la opt-out es la de llevar un registro obligatorio, pero que también trae problemas. Muchos empleadores registran los trabajadores acogidos a este sistema, no las horas que trabajan, por lo que llevar un control del cumplimiento de la limitación del tiempo de trabajo en estos empleados se vuelve imposible.

Las condiciones establecidas son insuficientes para preservar la salud y seguridad objetivo de la Directiva. La propia Comisión reconoce que en el caso de Reino Unido que fue el primero en recurrir a esta posibilidad, su legislación y práctica no parecen ofrecer todas las garantías previstas por la Directiva, sin embargo la Comisión no interviene para corregir las dudas que la opt-out suscita.

Esta cláusula de no aplicación es valorada de muy distinta forma según a quien atendamos. Siguiendo el informe Cercas y la postura de los sindicatos, esta tesis se posiciona crítica con la opt-out. Su utilización puede acarrear consecuencias graves para la salud y la seguridad, su implantación no garantiza la opción libre y voluntaria del trabajador, imposibilita llevar un control efectivo y eficaz de las horas realmente trabajadas, impide la conciliación familiar y laboral y propicia la aparición de dumping social entre los distintos países de la Unión. Todas estas causas son más que suficientes para su retirada de la Directiva.

No es una herramienta apropiada para flexibilizar el tiempo de trabajo ya que es contraria a los propósitos de la Directiva, la vacía de contenido. La necesidad de flexibilidad reclamada por los empleadores ya está cubierta por otras herramientas cuyo

ordenamiento se recoge en la Directiva por lo que la supresión de la opt-out no disminuiría las posibilidades de flexibilizar la jornada laboral.

Hay que recordar que en la Directiva la duración máxima de 48 horas semanales es una duración media, teniendo en cuenta los periodos de descanso mínimo diario de 11 horas y semanal de 24, confiere la posibilidad de trabajar 78 horas semanales o lo que es lo mismo 13 horas diarias.

Si ya existe esta posibilidad no tiene ningún sentido aplicar la opt-out, cuya utilización en realidad trasluce la pasividad de la Unión ante la exigencia de los empleadores y de los poderes económicos que buscan la eliminación de cualquier regla respecto al tiempo de trabajo. Su mantenimiento permite que el objetivo de la propia Directiva y del derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo quede en entredicho.

La percepción de la flexibilidad como una necesidad ha ido fortaleciéndose debido a los peligros que perciben las empresas. La empresa como organismo vivo que es, se ve afectada por el medio que la rodea. Los cambios tecnológicos, la internacionalización, la intensificación de la competencia, la libre circulación de mercancía, servicios, capitales y personas dentro de la UE, los exigentes clientes actuales con más renta disponible, los nuevos estilos de vida y de ocio, la incorporación de la mujer al mundo laboral, la nueva idea de conciliación, los cambios continuos en las funciones a realizar en el puesto de trabajo, el aumento de los ciudadanos pertenecientes a colectivos con dificultades para entrar en el mercado laboral, son cambios que afectan a la sociedad actual y por ende a la empresa.

Para los empleadores la solución natural a estos cambios es una mayor flexibilización de sus organizaciones llegando si es posible a la desregulación. Con esta

máxima flexibilidad piensan que pueden innovar, diferenciarse en el mundo global y ser más competitivos. En el ámbito de la organización del tiempo de trabajo en la empresa, la opt-out es vista como una manera sencilla y rápida de obtener el mayor grado de flexibilidad para poder dar respuesta a la realidad compleja a la que deben enfrentarse. La patronal busca con ella anular los obstáculos legales que limitan el poder de decisión de la dirección de la empresa a la hora de utilizar la mano de obra. Según los empleadores, los ajustes necesarios para triunfar en un entorno tan cambiante como el actual, son más fáciles de conseguir con una negociación directa entre empleado y empleador. Si el trabajador da su consentimiento a la opt-out está accediendo a adaptarse a las necesidades de los procesos productivos y la negociación resulta más fácil, reduciéndose la conflictividad en la empresa.

La opt-out es vista como una herramienta versátil que elimina el acatamiento de las normas establecidas para constituir normas a la medida de cada empleador y de la evolución de los mercados. Ciertamente cada organización empresarial tiene sus propias peculiaridades y es difícil establecer una norma que dé solución a todos los problemas que pueden surgir en las relaciones empresario trabajador. Sin embargo, en esta tesis se apuesta por la observancia de los DDFD como normas esenciales en las que asentar cualquier relación empleado empleador. El establecimiento de unas normas mínimas es básico ya que utilizar la flexibilidad en demasía sin contraponerle cierta seguridad trae consecuencias negativas tanto para el trabajador como para la empresa.

Si bien la Unión apuesta por la flexiguridad, son las empresas privadas las que reclaman más flexibilidad dejando la seguridad al espacio público. Es aquí donde se equivocan. Si la flexibilidad se acompaña de seguridad, es decir, si se lleva a término el complejo concepto de flexiguridad las ventajas son considerables.

Si la flexibilización no es total y lleva aparejada un cierto grado de seguridad para el trabajador, permite adaptar el tiempo laboral con el tiempo dedicado a su vida cotidiana, mejorando su satisfacción en el trabajo, reduciendo el absentismo, aumentando la motivación y la productividad de este. Ahora bien, si la flexibilización del tiempo de trabajo es total y no se le contrapone seguridad, como es la propuesta de la utilización de la opt-out o la extralimitación en la utilización de otras herramientas flexibilizadoras, si el empleador se basa únicamente en los vaivenes del mercado y las necesidades empresariales a corto plazo, flexibilizando al máximo las condiciones de trabajo sin dar seguridad a los empleados, surgirán sin duda problemas tanto para el empleado como para el empleador. La salud y la seguridad del trabajador se resiente, reduciéndose los beneficios antes citados para la empresa ya que se produce absentismo, se desmotiva al trabajador, y su productividad cae.

Sin embargo, la reacción de los Estados ha sido la de propiciar la flexibilización transponiendo la posibilidad de la utilización de la opt-out a sus normas nacionales, sobre todo después de la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de tiempo de trabajo que causa graves problemas en sectores como el sanitario o los servicios que se prestan de forma continuada y que en muchos casos son realizados por el sector público.

Esta jurisprudencia es clara. Tiempo de trabajo es todo aquel en el cual el trabajador permanece en su puesto, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones siendo una de ellas su presencia física. La jurisprudencia muy garantista en este aspecto contrapone a este concepto de tiempo de trabajo el concepto de tiempo de descanso y deja claro que no existe una categoría intermedia.

Los Estados y sus gobiernos están más preocupados en buscar el beneficio nacional olvidando que trabajar de manera colectiva permite beneficiarse de las ventajas de un mercado común. Si se quiere avanzar en la construcción de una Europa no solo económica sino también social, la Unión tiene que poner en el centro de sus políticas a los ciudadanos, a todos ellos. No puede sucumbir a los deseos de los Estados y los de sus empresas. En palabras de Jean Monnet, Europa no consiste en integrar Estados sino de unir a personas. También unir a los trabajadores, proporcionándoles una normativa mínima común que defienda sus intereses.

Desde esta tesis se propone establecer unos mínimos normativos comunes y reales para todos los ciudadanos europeos. Una limitación justa, efectiva y precisa del tiempo de trabajo es imprescindible ya que viene recogida en la Carta de los DDF, que al tener el mismo valor jurídico que los Tratados, se coloca en la cúspide de la normativa comunitaria. La abstracción que distingue a los DDF posibilita su uso flexible y la adaptación a las distintas realidades de los Estados miembros y sus empresas, pero lo que no puede ocurrir, en ningún caso, es su no cumplimiento en la práctica diaria de la vida de los trabajadores europeos.

Esta posición en la cima normativa y su abstracción hacen posible que por una parte la Unión y su normativa deban cumplir los DDF, cuestión esta que no ocurre con inclusión de la posibilidad de utilizar la opt-out en la Directiva 2003/88/CE de la que se viene hablando. Es la UE la que tiene la obligación de velar para que todos los Estados miembros los respeten, y no se puede argumentar que son los Estados los que se acogen o no a esta cláusula.

Y por otra parte, la posición de los DDF en el ordenamiento jurídico y su carácter abstracto hace que los Estados miembros y sus ciudadanos tengan también la

obligación de respetarlos en cualquier ámbito y situación. Esto es, los Estados y las empresas no se pueden colocar al margen del acatamiento de los DDFE, en este caso el de la limitación del tiempo de trabajo y siempre defender el objetivo de asegurar la salud y la seguridad de sus trabajadores.

En resumen, es inviable la no limitación del tiempo de trabajo e inadmisibles que con ello se dificulten los objetivos de seguridad y salud de los trabajadores. La realidad empresarial como entidad viva que es, está inscrito dentro de un medio, la sociedad, que le da sustento por lo que no puede abstraerse del cumplimiento de los DDFE que son base de esa sociedad. La plasmación que se hace de ellos en las empresas europeas no puede vulnerarlos.

Se aboga desde esta tesis por una interpretación expansiva de los DDFE para que desplieguen toda su capacidad. Su fuerza expansiva asegura su efectividad y eficacia en la protección del individuo inserto en la sociedad y es la que explica que los DDFE hayan cambiado su naturaleza originaria de eficacia frente a los poderes públicos para ser eficaces también frente a particulares.

Los Derechos reconocidos en la Carta dejarían de ser fundamentales si son privados de su efecto directo horizontal. Los atributos de imperatividad y autosuficiencia que reconocen ese efecto directo horizontal se encuentra en el derecho a la limitación del tiempo de trabajo por lo que tiene un efecto directo entre particulares. Así establecer en la Directiva sobre determinados aspectos del tiempo de trabajo la posibilidad de utilizar la opt-out o exclusión voluntaria no tiene sentido ya que se podría aplicar directamente el derecho fundamental de la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo.

La transversalidad que tienen los DDDFF otorga a los titulares de esos derechos el poder de exigirlos, por lo que los trabajadores tienen que tener claro cuál es el límite máximo al que están obligados a trabajar y no estar a lo que diga el empleador en un momento dado basándose en la incertidumbre del mercado o en la oferta y la demanda. Como ya se ha dicho, la UE defensora de los DDDFF tiene la obligación de exigir y promocionar su cumplimiento por lo que es esencial que establezca normas claras que todos los ciudadanos conozcan y entiendan.

No cabe duda de que como derechos subjetivos que son, los DDDFF tienen ciertos límites pero que en todo caso deben ser proporcionales y congruentes. Debido a la fuerza expansiva que los DDDFF tienen la interpretación de sus límites debe ser restrictiva. Cualquier limitación de los DDDFF debe respetar su contenido esencial, el principio de proporcionalidad y solo cuando sea necesario y responda a objetivos de interés general.

El derecho a la limitación del tiempo de trabajo busca el bienestar de la persona tanto físico como moral y social, con observancia de la igualdad entre los trabajadores de los distintos Estados miembros. La opt-out no es adecuada para la defensa de este Derecho ya que esta medida no contribuye a la finalidad perseguida, no respeta su contenido esencial. Su restricción a través de la opt-out no es proporcional porque lo que ocurre en realidad es su eliminación. Tampoco es necesaria pues existen otros métodos más moderados para dar flexibilidad a las empresas y que constituyen menor perjuicio para el trabajador beneficiario de este derecho fundamental. Y desde luego, no es de interés general ya que su implantación interesa particularmente a los empleadores, que obtienen mano de obra en cualquier momento, y no tanto a los trabajadores. No se produce pues ese equilibrio necesario entre la pérdida de un derecho fundamental y la obtención de un provecho para la toda la comunidad.

La observancia del derecho fundamental a la limitación del tiempo de trabajo es innegable por lo que las normas mínimas referidas a este tema que se establezcan tienen que afianzar ese derecho y su contenido esencial para todos los trabajadores europeos. Tanto su contenido esencial como su efectividad no se respetan si se permite la existencia de la cláusula de no aplicación o opt-out, por lo que se aboga en esta tesis por su eliminación en la revisión que se haga de la Directiva 2003/88 CE. Una clara limitación del tiempo de trabajo no solo protege la salud y la seguridad del trabajador, sino que procura unas condiciones de trabajo más dignas asegurando la condición de ciudadano de los trabajadores europeos en el desarrollo de su labor productiva. Si la UE quiere avanzar en su desarrollo no solo en el plano económico sino también social, no puede permitirse la hipocresía de presentar dos caras. No puede presentarse como defensora de los DDFD en el plano teórico y dejar de favorecerlos y auspiciarlos en el plano práctico. Una Directiva como la 2003/88/CE que debe establecer las normas mínimas que han de respetarse en este tema, dificulta el cumplimiento de los DDFD que son la esencia de la sociedad europea.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cavallo, G. (2016). Principios de interpretación de los Derechos Fundamentales a la luz de la Jurisprudencia Chilena e internacional. *Boletín mexicano de Derecho comparado* nº146, 13-59.
- Aguilera Izquierdo, R., & Cristóbal Roncero, R. (2017). Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: El derecho a la desconexión tecnológica. El futuro del trabajo que queremos. *Conferencia Tripartita OIT*.
- Alarcón Caracuel, M. R. (1988). *La ordenación del tiempo de trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Alarcón Caracuel, M. R. (2007). La jornada ordinaria del trabajo y su distribución. En J. Aparicio Tovar, & J. López Gandía, *Tiempo de trabajo* (págs. 33-56). Albacete: Bomarzo.
- Albizu, E. (1997). *Flexibilidad laboral y gestión de los recursos humanos*. Barcelona: Ariel.
- Alfaro, J. (1993). Autonomía privada y derechos fundamentales. En *Anuario de Derecho Civil* Vol. 46, nº 1 (págs. 57-122). Ministerio de Justicia.
- Altuzarra Artola, A., Ferreiro Aparicio, J., & Serrano Pérez, F. (2013). Reformas del mercado del trabajo y actividad innovadora de las empresas. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 93-112). Madrid: Dykinson.
- Alzaga Ruiz, I. (2009). *La Eficacia de las Directivas Comunitarias en el ámbito laboral*. Thomson-Civitas.
- Añez Hernández, C. (2016). Flexibilidad laboral: ¿fin del trabajo permanente? *Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 250-265.
- Aragón Mendía, J., Cruces Aguilera, J., Martínez Poza, A., & Rocha Sánchez, F. (2012). *Tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*. Madrid: Comisiones Obreras en colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad.
- Arzo Santisteban, X. (2005). *La concretización y actualización de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Aubert, J. F. (1967). *Traité de Droit constitutionnel suisse, tomo II*. Neuchatel.
- Baena, P. C. (1993). *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral: origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Barthélémy, J. (1996). Les incidences de la Directive du 23 novembre 1993 sur les droits nationaux du travail. En *La durée et l'aménagement du temps de travail dans l'Union européenne*. Paris: Litec.

- Bastida Freijedo, F. J., Villaverde Menéndez, I., Requejo Rodríguez, P., Presno Linera, M. A., Aláez Corral, B., & Fernández Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos.
- Bauman, Z. (2017). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. GEDISA.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2010). Flexiseguridad: una opción desaconsejable desde la perspectiva de análisis económico del derecho del trabajo. En *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa. XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (págs. 421-436). Madrid: Ministerio de Trabajo e inmigración.
- Bilbao Ubillos, J. M. (1997). *La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales CEPC.
- Biurrun Abad, F., Meléndez Morillo-Velarde, L., & Pérez Campos, A. (2002). *Cuestiones Laborales de Derecho Social Comunitario*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Blanke, T. (2006). Fair and Just working conditions (article 31). En B. Bercusson, *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights* (págs. 69-72). Cambridge: European Trade Union Institute (ETUI).
- Blatière, L. (2018). L'effet horizontal de la Charte des droits fondamentaux- Perspectives d'avenir. *RAE/LEA*, 93-113.
- Bonet Pérez, J. (1999). *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La declaración de la OIT de 1998*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Bouveresse, J., & Aubin, G. (1995). *Introduction historique au droit du travail*. Presses Universitaires de France.
- Cabeza Pereiro, J. (2007). Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo. En J. Aparicio Tovar, & J. López Gandía, *Tiempo de trabajo* (págs. 13-33). Albacete: Bomarzo.
- Cabeza Pereiro, J., & Ballester Pastor, M. (2010). *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*. Ministerio de trabajo e inmigración.
- Camós Victoria, I. (2013). Competitividad empresarial y políticas de flexiseguridad en el contexto europeo. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 21-48). Madrid: Dykinson.
- Campanella, T. (s.f.). *Cité du soleil*. Obtenido de http://vendemiaire.fr/cite_du_soleil.pdf
- Campos, P. B. (2004). Derechos frente a la Unión, derechos frente a los Estados Miembros: el artículo 51 de la Carta. En N. F. Sola, *Unión europea y DDF en perspectiva constitucional* (págs. 235-256). Zaragoza: Dykinson.

- Canalda Criado, S. (2019). La nueva directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea: una innovadora iniciativa contra la precariedad laboral. *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 440, 161-184.
- Carpio Marcos, E. (2003). La interpretación de los Derechos Fundamentales. *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia. Universidad Católica del Perú*, 463-530.
- Carter, F. A., & Corlett, E. N. (1985). Los efectos del trabajo por turnos sobre las condiciones de vida y de trabajo. *Revista de trabajo*, 97-151.
- Casas Baamonde, M. E. (2004). La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe. *Relaciones laborales nº1*, 141-156.
- Chomsky, N. (2014). *El beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y orden global*. Barcelona: Planeta.
- Colina Robledo, M., Ramirez Martinez, J. M., & Sala Franco, T. (1995). *Derecho social comunitario*. Valencia : Tirant lo Blanch.
- Costa, J. P. (2000). La Carta Social Europea revisada. En S. Muñoz Machado, J. L. García Delgado, & L. González Seara, *Las Estructuras del bienestar en Europa* (págs. 435-448). Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- Cristóbal, R. (1998). Políticas de empleo en la Unión Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº33, 33-60.
- Cruz Villalón, J. (2007). Modificación del tiempo de trabajo. En J. Aparicio Tovar, & J. López Gandía, *Tiempo de trabajo* (págs. 235-266). Albacete: Bomarzo.
- Cruz Villalón, P. (2017). La incidencia de la Carta (CDFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales y la ineficacia horizontal de las Directivas: de Küçükdeveci Dansk Industri. *AFDUM*, 101-120.
- De la Cal, M. J., & Bengoetxea, A. (2011). La flexiguridad como clave de la política de empleo de la Unión Europea: entre la competitividad, la inclusión social y el respeto a los derechos sociales. En *La nueva Estrategia Europa 2020: una apuesta clave por la UE en el siglo XXI* (págs. 13-66). EUROBASK.
- De la Vega García, P. (1988). La crisis de los Derechos Fundamentales en el Estado Social. En J. Corcuera Atienza, & M. A. García Herrera, *Derecho y economía en el Estado Social* (págs. 121-135). Madrid: Tecnos.
- De la Vega García, P. (1996). Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (el caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). En E. A. Pérez Luño, *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio* (págs. 265-280). Madrid: Marcial Pons.

- De la Vega García, P. (2003). La eficacia frente a particulares de los Derechos Fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). *Pensamiento Constitucional*, 25-43.
- Enjuto Jareño, D. (2005). La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula "opt-out", al período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de "tiempo de trabajo efectivo". *IUSLabor n°3*, 97-134.
- Ferradans Caramés, C. (2006). La controvertida reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo. *Temas laborales*, 97-132.
- Forsthoff, E. (2013). *El estado de la sociedad industrial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Roca, J. (2012). El diálogo entre el tribunal europeo de DDHH y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y realidad constitucional*. N° 30, 183-224.
- Garrido Gómez, M. I. (2001). Aspectos e implicaciones de una interpretación integral-material de los Derechos Fundamentales. *Derecho y Libertades*, 23-52.
- Gavara de Cara, J. C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gollac, M., & Volkoff, S. (1996). Citius, altius, fortius. L'intensification du travail. *Actes de la recherche en sciences sociales n° 114*, 54-67.
- Gómez Torres, C. (1979). El abuso de los Derechos Fundamentales. En J. L. Cascajo Castro, B. de Castro Cid, C. Dómez Torres, & A. E. Pérez Luño, *Los Derechos Humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Publicaciones de la universidad de Sevilla.
- Gómez Urquijo, L. (2018). Ámbito y contribución del Pilar Europeo de Derechos Sociales. En L. Gómez Urquijo, *El Pilar Europeo de Derechos Sociales: Contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo* (págs. 29-43). Pamplona: Aranzadi.
- González Seara, L. (2000). Antecedentes y fundamentos teóricos y doctrinales del Estado de Bienestar. En S. Muñoz Machado, J. L. García Delgado, & S. L. González, *Las estructuras del bienestar en Europa* (págs. 37-129). Madrid: Civitas.
- Goñi Sein, J. L. (2013). Flexibilidad interna negociada: el caso de Volkswagen Navarra. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 195-226). Madrid: Dykinson.
- Goñi Sein, J. L. (2014). Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación? En Asociación Española de Derecho del Trabajo Social, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social* (págs. 17-82). Pamplona: Ediciones Cinca.
- Gorelli Hernández, J. (2018). *El tiempo flexible. La jornada irregular*. Madrid: Tecnos.

- Guedj, F., & Vindt, G. (1997). *Le temps de travail, une histoire conflictuelle*. Syros.
- Gutiérrez Barbarrusa, T. (2016). El auge del empleo precario en Europa. Conceptos, indicadores y efectos de la crisis económica mundial. *Revista internacional del trabajo*, Vol. 135, nº 4, 515-550.
- Gutiérrez Colominas, D. (2018). Principio 5. Empleo seguro y adaptable. En L. Gómez Urquijo, *El Pilar Europeo de Derechos Sociales: Contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo* (págs. 117-133). Pamplona: Aranzadi.
- Hepple, B. (2006). Igualdad, representación y participación para un trabajo decente. En *Trabajar por tiempos mejores. Repensar el trabajo en el siglo XXI* (págs. 283-299). OIT.
- Jaspers, T. (2014). Flexibilidad e innovación, enfoques innovadores de las empresas multinacionales europeas. En J. P. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 49-76). Madrid: Dykinson.
- Jáuregui, R., Egea, F., & de la Puerta, J. (1998). *El tiempo que vivimos y el reparto del trabajo: La gran transformación del trabajo, la jornada laboral y el tiempo libre*. Barcelona: Paidós.
- Jens, T. (2000). *Vers la fin du temps de travail?* Presses Universitaires de France.
- Jiménez Campo, J. (1993). El legislador de los Derechos Fundamentales. En *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio Otto* (págs. 473-510). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.
- Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales : Concepto y garantías*. Madrid: Trotta.
- Klammer, U. (2007). Flexiseguridad: perspectiva europea. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración Nº Extra 1*, 117-144.
- Kocher, E. (2013). El derecho a la autonomía en la vida laboral y la flexibilidad interna: exigencias legales y buenas prácticas en Alemania. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 113-130). Madrid: Dykinson.
- Kovar, R. (1981). Relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales. En Comisión de las Comunidades Europeas, *Treinta años de Derecho Comunitario* (págs. 115-155). Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.
- Lafargue, P. (2011). *El Derecho a la pereza*. Madrid: Maia Editores.
- Lamas, J. R. (2000). Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional. En A. Montoya Melgar, *E l Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea* (págs. 491-530). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Landa Zapirain, J. P., & Servais, J. M. (2009). *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica*. Albacete: Bormazo.

- Leal Espinoza, J., & López Sánchez, R. (2019). Contenido esencial de los Derechos Fundamentales desde el modelo discursivo y principialista de Robert Alexy. *Oñati Socio-Legal Series*, 1026-1051.
- León XIII. (1891). *Rerum Novarum*. Obtenido de:
http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html
- Lombardi, G. M. (1970). *Potere privato e diritti fondamentali*. Giappichelli.
- López Ahumada, J. (2004). *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- López Alvarez, M. J. (2019). *Jornada laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*. Madrid: Lefebvre.
- López Escudero, M. (2008). Comentario del artículo 31. En A. Mangas Martín, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (págs. 529-547). Bilbao: Fundación BBVA.
- López-Jurado Escribano, F. B. (1991). La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los Derechos Fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional. *Revista de Administración Pública nº 125*, 557-573.
- Mangarelli, C. (2008). El derecho del trabajo y su relación con el derecho civil. *Revista Latinoamericana de Derecho Social Nº7*, 105-123.
- Maragall, J. A. (2019). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su eficacia directa. A propósito del Informe del Abogado General que precedió a las STJUE “vacacionales” de 6.11.18. *La ciudad del trabajo, actualidad iuslaboralista*, 159-177.
- Marín Malo, M. (2018). Principio 4. Apoyo activo para el empleo. En L. Gómez Urquijo, *El Pilar Europeo de Derechos Sociales: Contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo* (págs. 99-113). Pamplona: Aranzadi.
- Martín Retortillo, L. (1988). Derechos fundamentales y Constitución. En L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2011). Órdago del Tribunal Constitucional Alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa). *REAF nº 13*, 97-145.
- Martínez Yáñez, N. M. (2004). Tiempo de trabajo y periodo de descanso en la directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Revista de Derecho Social*, 121-150.
- Martínez-Pujalte, A. L. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

- Marx, K. (2005). *El Capital*. Siglo XXI.
- Méda, D. (1998). *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*. Barcelona: Gedisa.
- Méda, D. (2007). ¿Qué sabemos sobre el trabajo? *Revista de Trabajo Epoca*, 17-32.
- Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill.
- Mendialdea, B., & Álvarez, N. (2005). Ajuste neoliberal y pobreza salarial: los "working poor" en la Unión Europea. *Viento Sur nº82*, 56-64.
- Menéndez, A. J. (2004). Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de DDFF de la UE. En N. Fernández Sola, *Unión Europea y DDFF en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson.
- Menjot, D. (2010). El mundo del artesanado y la industria en las ciudades de Europa occidental durante la Edad Media (siglos XII-XV). *Catharum Revista de Ciencias y Humanidades del Instituto de Estudios Hispánicos de Canarias*, 5-18.
- Mimentza Martín, J. (2013). El modelo del tiempo de trabajo en confianza frente a la función tuitiva del Derecho del Trabajo en Alemania. En J. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 131-155). Madrid: Dykinson.
- Miranda Boto, J. M. (2003). El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº47*, 111-138.
- Miranda Boto, J. M. (2009). *Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Miranda Boto, J. M. (2012). El ordenamiento jurídico social de la Unión Europea. En M. Nogueira Gustavino, O. Fotinopoulou Basurko, & J. M. Miranda Boto, *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea* (págs. 59-81). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina Navarrete, C. (2014). La "luna europa" y sus dos caras: Regulación flexible del tiempo de trabajo y límites comunitarios. En S. Perán Quesada, *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes* (págs. 57-82). Granada: Comares.
- Molina Navarrete, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social nº138*, 249-283.
- Molina Navarrete, C. (2019). Nuevas claves de gestión del tiempo de trabajo: problemas aplicativos, sentencias controvertidas y primeros desarrollos convencionales. *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social nº440*.
- Monreal Bringsvaerd, E. (2005). *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*. Madrid: Consejo Económico y Social.

- Montoya Melgar, A. (1991). Jornada en régimen de turnos. En L. de la Villa Gil, *Estudios sobre la jornada de trabajo* (págs. 137-158). Madrid: Asociación de Cajas de Ahorros para relaciones laborales.
- Moro, T. (2016). *Utopía*. Arie.
- También se puede consultar en : <http://www.biblioteca.org.ar/libros/300883.pdf>.
- Nanclares, J. M. (2002). La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 343-391.
- Nogueira Guastavino, M. (2012). La progresiva política social de la Unión Europea. En M. Nogueira Guastavino, O. Fotinopoulou Basurko, & J. M. Miranda Boto, *Lecciones de derecho social de la Unión Europea* (págs. 27-58). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nogueira Guastavino, M. (2019). La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo nº64*, 929-961.
- Noguera, J. A. (2002). El concepto de trabajo y la teoría social crítica. *Papers: Revista de sociología*.
- Ojeda Avilés, A. (2006). Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa. *Revista de Derecho Social nº35*, 11-34.
- Ordoñez Solís, D. (2006). *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*. Granada: Comares.
- Pélissier, J., Supiot, A., & Jeammaud, A. (2000). *Droit du travail*. Paris: Dalloz.
- Peñas, L. M. (2011). Los inicios de la legislación laboral española: la ley Benot. *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, 25-70.
- Pereda Marín, S., & Berrocal, F. (1999). El entorno empresarial. La empresa, su organización y funcionamiento. *Revista Computense de educación*.
- Pérez Amorós, F. (2007). Tiempo y trabajo. Algunas consideraciones sobre el trabajo nocturno y trabajadores nocturnos. En J. Aparicio Tovar, & J. López Gandía, *Tiempo de trabajo* (págs. 93-120). Albacete: Bomarzo.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (1994). *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid: Civitas.
- Pérez Luño, A. E. (2013). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: TECNOS.
- Pérez Tremps, P. (2001). La interpretación de los Derechos Fundamentales. En L. López Guerra, *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al Profero D. Joaquín García Morillo* (págs. 119-134). Tirant lo Blanch.

- Pérez, M. G. (2011). *Ciudadanía en la empresa y Derechos Fundamentales inespecíficos*. Murcia: Ediciones Laborum.
- Pollert, A. (1994). *¿Adiós a la flexibilidad?* Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Poquet Catalá, R. (2019). Consideración en torno al tiempo de trabajo: tiempo de desplazamiento, tiempo de disponibilidad y limitación del tiempo de trabajo efectivo. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 19, 171-198.
- Posadas, C. A. (2003). *Historia económica del trabajo. Siglos XIX y XX*. Madrid: Tecnos.
- Poyal Costa, A. (1991). La eficacia de los Derechos Humanos frente a terceros. *Revista de Derecho Político*, 189-221.
- Prieto Sanchís, L. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº71, 47-72.
- Purcalla Bonilla, M. (2018). Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas. *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales Universitat Autònoma de Barcelona*.
- Quadra Salcedo, T. (1981). *El recurso de amparo y los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas.
- Rabanal Castro, P. (2000). La Directiva 93/104, sobre ordenación del tiempo de trabajo. *Actualidad Laboral*, 403-425.
- Ramos Quintana, M. I. (2017). El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea. *Revista de derecho social*, 19-42.
- Ray, J. E. (1990). La flexibilité du temps de travail. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 42 Nº1 (janvier-mars), 185-210.
- Reche Tello, N. (2019). La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad. *IUSlabor* nº3, 31-54.
- Recio, C., Torns, T., Borràs, V., & Moreno, S. (2009). La regulación del tiempo de trabajo en la Unión Europea. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 77-88.
- Riechmann, J. (2013). *¡Peligro! Hombres trabajando. El trabajo en la era de la crisis ecológico-social*. Madrid: Los libros de la catarata.
- Riffault, H., & Tchernia, J. (2002). Les Européens et le travail, un rapport plus personnel. *Futuribles* nº 277.
- Rivera, A. (1999). El tiempo es oro. Reflexiones desde la historia acerca de la reducción de la jornada y el control del tiempo. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones laborales*, 19-36.

- Rodríguez Bereijo, Á. (2004). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los Derechos Humanos. En N. F. Sola, *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional* (págs. 11-36). Zaragoza: Dykinson.
- Rodríguez, Á. (2001). *Integración europea y Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas.
- Rodríguez-Piñero, M. (2003). Derechos fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo. En A. M. (coordinador), *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea* (págs. 531-557). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Rodríguez-Piñero, M. (2007). Flexiseguridad: el debate europeo en curso. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 3-28.
- Rogel Vide, C. (1985). *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Bolonia: Real Colegio de España.
- Romero Fuentes, J. (2019). La Directiva (UE) 2018/957 y las reformas del núcleo duro de condiciones laborales. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº440, 93-112.
- Rovira Viñas, A. (1983). *El abuso de los Derechos Fundamentales*. Barcelona: Península.
- Rubio Llorente, F. (1995). El recurso de amparo constitucional. En AA.VV, *La jurisdicción contitucional en España. La ley del tribunal Constitucional. 1979-1994*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz-Jarabo Colomer, D. (1993). *El juez nacional como Juez Comunitario*. Madrid: Civitas.
- Sáez Lara, C. (2015). Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo. *Temas Laborales*, 243-270.
- Sarmiento, D. (2018). *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- Sempere Navarro, A., & Charro Baena, P. (2003). *Las vacaciones laborales*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Sobrino Heredia, J. M. (2008). Artículo 1. La dignidad humana. En A. Mangas Martín, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (págs. 107-126). Bilbao: Fundación BBVA.
- Solozábal Echavarria, J. J. (1991). Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista de Estudios Políticos* nº71, 87-110.
- Somavía, J. (2002). Discurso del Director General de la OIT ante la XII Conferencia interamericana de Ministros de Trabajo de la OEA. En *Dimensión social de la globalización y de los procesos de integración*. Lima: OIT.
- Starck, C. (1994). *La Constitution: Cadre et mesure du droit*. Marseille: Presses universitaires.

- Streinz, R. (1989). *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Eu-ropäisches Gemeinschaftsrecht*. Nomos.
- Supiot, A. (1994). *Critique du droit du travail*. Presses Universitaires de France.
- Torrego, A., Prats, F., & Herrero, Y. (2016). *La gran ecruijada: sobre la crisis ecosocial y el cambio de ciclo histórico*. Madrid: Fuhem.
- Treu, T. (1993). La flexibilización laboral en Eropa. *Revista internacional del trabajo*, 217-234.
- Trillo Párraga, F. (2013). Tiempos de trabajo y de vida privada como desafío para la innovación empresarial. En J. P. Landa, *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (págs. 309-330). Madrid: Dykinson.
- Trillo Párraga, F. (2016). *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*. Albacete: Bomarzo.
- Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (2017). La eficacia entre particulares de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia del tribunal de justicia. *Teoría y Realidad Constitucional nº3*, 361-386.
- Valdés Dal Ré, F. (1977). Jornada laboral y horarios de trabajo. En G. Bayón, *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales* (págs. 257-306). Madrid: Universidad de Madrid.
- Valdés Dal Ré, F. (1991). Jornada nocturna. En L. de la Villa Gil, *Estudios sobre la jornada de trabajo* (págs. 227-250). Madrid: Asociación de Cajas de Ahorros para relaciones laborales.
- Valdés Dal Ré, F. (1999). La flexibilidad del mercado de trabajo. Teoría e ideología. En J. Castillo Alonso, *El trabajo del futuro* (págs. 119-136). Madrid: Complutense.
- Veiras, D. (s.f.). *Histoire des Sévarambes*. Obtenido de:
<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k816684/f35.image>
- Vila Tierno, F. (2017). *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma laboral*. Granada: Editorial Comares.
- Villacorta Mancebo, L.-Q., & Villacorta Caño-Vega, A. (2013). *Nuevas dimensiones de protección asumidas por los DFFF*. Madrid: Dykinson.
- Weber, M. (1994). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Península.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Unión Europea

TJCE. Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, asunto 26/62. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1405874>

TJCE. Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, asunto 6/64. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=ES>

TJCE. Sentencia de 13 de febrero de 1969, Walt Wilhelm, asunto 14/68. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61968CJ0014&from=ES>

TJCE. Sentencia de 3 de julio de 1974, Casagrande, asunto 9/74. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61974CJ0009&from=ES>

TJUE. Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne, asunto C-43/75. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88931&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2396740>

TJCE. Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión c. Bélgica, asunto C-149/79. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61979CJ0149&from=IT>

TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 12 de marzo de 1996. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea, C-84/94. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dbf748fe0152d44228b206c4fc6a6e7283.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMbhv0?text=&docid=99662&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=118143>

TJUE. Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea, asunto C-84/94. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994CJ0084&from=PL>

TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Saggio presentadas el 16 de diciembre de 1999, SIMAP, C-303/98. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CC0303&from=DE>

TJUE. Sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP, C-303/98. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-303/98>

TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano presentadas el 8 de febrero de 2001, BECTU, C-173/99. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CC0173&from=LV>

TJUE. Sentencia de 26 de junio de 2001, BECTU, C-173/99. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d550b29725c1b0406eb35da4e5854d7a5f.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLaxn0?docid=46462&pageIndex=0&doclang=ES&dir=&occ=first&part=1&cid=274453>

TJUE. Auto de 3 de julio de 2001, SERGAS, C-241/99. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db21aa43847197438dbb33e6dfeb0127b9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKaxj0?text=&docid=46502&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=19355>

TJUE. Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48551&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5081282>

TJUE. Sentencia de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, C-342-01. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0342&from=ES>

TJUE. Sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer, asuntos acumulados C 397/01 a C 403/01. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-397/01&language=es>

TJUE. Sentencia de 1 de diciembre de 2005, Dellas, C-14/04. Obtenido en:

[http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrec=en&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=es&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-14%252F04&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=165390](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrec=en&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=es&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-14%252F04&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=165390)

TJUE. Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott presentadas el 9 de marzo de 2006, Comisión/Reino Unido, C-484/04. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=412C70CAF04791797310FFCF1C730576?text=&docid=57332&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4765130>

TJUE. Sentencia de 16 de marzo de 2006, Robinson-Steele, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0131&from=EN>

TJUE. Sentencia de 6 de abril de 2006, Federatie Nederlandse Vakbeweging, C-124/05. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=55675&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6293638>

TJUE. Sentencia de 7 de septiembre de 2006, Comisión/Reino Unido, C-484/04. Obtenido en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0484&from=EN>

TJUE. Auto de la Sala Quinta, de 11 de enero de 2007, Vorel, C-437/05. Obtenido en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CO0437&from=HU>

TJUE. Sentencia de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff , asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-350/06>

TJUE. Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda, C-277/08. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78175&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6294427>

TJUE. Sentencia de 22 de abril de 2010, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08. Obtenido en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CA0486&from=ES>

TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, Günter FuB, C-243/09. Obtenido en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0243&from=ES>

TJUE. Sentencia de 14 de octubre de 2010, Isère, C-428/09. Obtenido en:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0428&from=EN>

TJUE. Sentencia de 21 de octubre de 2010, Antonio Accardo y otros, C-227/09. Obtenido en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0227&from=ES>

TJUE. Sentencia de 25 de noviembre de 2010, Günter FuB, C-429/09. Obtenido en:
<https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/9d6aad9-1f59-4734-ad75-c7b1b79de1c8/language-es>

TJUE. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 4 de marzo de 2011, Grigore, C-258/10. Obtenido en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CO0258&from=ES>

TJUE. Sentencia de 15 de septiembre de 2011, Williams y otros, C-155/10. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109611&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6296216>

TJUE. Sentencia de 22 de noviembre de 2011, KHS AG, C-214/10. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115001&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6296466>

TJUE. Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak presentadas el 8 de septiembre de 2011, Dominguez, C-282/10. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5455e8605726a404fb707b7648adc761d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLax10?text=&docid=109267&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6716>

TJUE. Sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=118341&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6296748>

TJUE. Sentencia de 3 de mayo de 2012, Neidel, C-337/10. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=122390&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6297190>

TJUE. Sentencia de 21 de junio de 2012, ANGED, C-78/11. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124190&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6297409>

TJUE. Sentencia de 8 de noviembre de 2012, Heimann, asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129463&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6297874>

TJUE. Auto de 21 de febrero de 2013, Maestre García, C-194/12. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CO0194&from=ES>

TJUE. Sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, asunto C-399/11. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0399#document1>

TJUE. Sentencia de 30 de mayo de 2013, Worten, C- 342/12. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137824&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6299098>

TJUE. Auto de 13 de junio de 2013, Bianca Brandes, C-415/12. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-415/12&language=ES>

TJUE. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 18 de julio de 2013, Association de Médiation Social, C-176/12. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=139684&doclang=ES>

TJUE. Sentencia de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale, C-176/12. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=146384&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4768058>

TJUE. Sentencia de 22 de mayo de 2014, Lock, C-539/12. Obtenido en:
http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=152651&occ=first&dir=&cid=61691

TJUE. Sentencia de 12 de junio de 2014, Bollacke, C-118/13. Obtenido en:
http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=153580&occ=first&dir=&cid=364586

TJUE. Sentencia de 10 de septiembre de 2015, Tyco, C-266/14. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=167291&doclang=ES>

TJUE. Sentencia de 11 de noviembre de 2015, Kathleen Greenfield, C-219/14. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=171284&doclang=ES>

TJUE. Sentencia de 30 de junio de 2016, Alicja Sobczyszyn C-178/15. Obtenido en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0178&from=ES>

TJUE. Sentencia de 20 de julio de 2016, Hans Maschek, C-341/15. Obtenido en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CJ0341&from=ES>

TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard, presentadas el 21 de junio de 2017, Fernando Maio, C-306/16. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=192053&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=284878>

TJUE. Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, presentadas el 26 de julio de 2017. Ville de Nivelles / Rudy Matzak, C-518/15. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5a95da4dbfba245ec8387972a729e4b75.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNeMe0?text=&docid=193236&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=25570>

TJUE. Sentencia de 9 de noviembre de 2017, Fernando Maio, C-306/16. Obtenido en:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=196495&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1929796>

TJUE. Sentencia de 21 de febrero de 2018, Ville de Nivelles / Rudy Matzak, C-518/15. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=199508&doclang=ES>

TJUE. Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 29 de mayo de 2018, Bauer y BroBonn, asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202312&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4439215#Footref65>

TJUE. Conclusiones del Abogado General Yves Bot presentadas el 29 de mayo de 2018, Sebastian W. Kreuziger, C-619/16. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202310&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4437700>

TJUE. Sentencia de 11 de septiembre de 2018, IR/JQ, asunto C-68/17. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205521&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=679136>

TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Bauer y BroBonn, asuntos acumulados C-569/16 y C-570/16. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=2F8F479C66FF9402736F5C72C2641621?text=&docid=207330&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1200585>

TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Sebastian W. Kreuziger, C-619/16. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-619/16>

TJUE. Sentencia de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck, C-684/16. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207328&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1405678>

TJUE. Conclusiones del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella, presentadas el 31 de enero de 2019, CCOO/Deutsche Bank, C-55/18. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=A55B09378329FFCAEBB1BF727C3BBE5E?text=&docid=210334&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4662282>

TJUE. Sentencia de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank, C-55/18. Obtenido en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=3671B253A8A3E9936E8F52BCF06B3C7A?text=&docid=214043&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6492926>

Jurisprudencia española:

TCE. Sentencia de 8 de abril de 1981 (11/1981). Obtenido en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1981-9433>

TS. Sentencia de 1 de diciembre 2015 (rec. 284/2014) Obtenido en;

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7594386&links=%22284%2F2014%22&optimize=20160208&publicinterface=true>

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sec. 1ª. Sentencia 137/2018 de 20 septiembre JUR\2018\279055. Obtenido en:

<http://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/sentencia-id193431.pdf>

TS. Sentencia de 4 de diciembre de 2018, (rec. 188/2017). Obtenido en:

<http://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/e5e0cf323aea82eb599e4e9439214f91cd43368742685068>

TSJ Castilla y León, Sala de lo contencioso-administrativo, Sentencia 37/2019, de 7 de junio de 2019- Obtenido en:

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4e02fb412298fc72/20190715>

ANEXOS

ANEXO I: Documentos y publicaciones de la Unión Europea

Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989. Obtenido en:

<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CDSFT/1989-CDSFT.htm>

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Obtenido en:

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Comisión de las Comunidades Europeas. (1993). Crecimiento, competitividad, empleo: retos y pistas para entrar en el siglo XXI. Libro blanco. Luxemburgo. Obtenido en:

<http://evalua.catedu.es/documentos/aragon/NormativaVarios/LB1993CrecimientoCompetitividadYEmpleoI.pdf>

Comisión de las Comunidades Europeas. Propuesta reexaminada, de 16 de noviembre 1993, de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo. COM (93) 578 final.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993PC0578&from=ES>

Comisión Europea. Empleo, relaciones laborales y asuntos sociales (1999). Informe Simitis. Afirmación de los DDF en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar. Obtenido en:

<http://sid.usal.es/idocs/F8/8.4.1-520/8.4.1-520.pdf>

Comisión de las Comunidades Europeas. Informe de la Comisión, de 1 de diciembre de 2000, sobre el Estado de la aplicación de la Directiva 93/104/CE de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2000) 787 final. Obtenido en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0787&from=EN>

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación, de 18 de julio de 2001. Libro verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. COM (2001) 366 final. Obtenido en:

[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf)

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001. La gobernanza europea. Un Libro Blanco. COM (2001) 428 final. Publicado en el Diario Oficial C 287 de 12.10.2001. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0428&from=ES>

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión, de 30 de diciembre de 2003, en relación con la revisión de la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2003) 843 final. Obtenido en:

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/ES/1-2003-843-ES-F1-1.Pdf>

Comisión de las Comunidades Europeas. Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Publicada en el Diario Oficial de la UE el 18.11.2003. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0088&from=ES>

Comisión de las Comunidades Europeas. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2004 por la que se pretende modificar la Directiva 2003/88/CE. COM (2004) 607 final. Obtenida en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0607&from=ES>

Comisión de las Comunidades Europeas. Propuesta modificada, de 31 de mayo de 2005, por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2005) 246 final. Obtenido en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005PC0246&from=ES>

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión de 22 de noviembre de 2006. Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI. COM (2006) 708 final. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0708&from=ES>

Comisión Europea. 27 de junio de 2007. Hacia los principios comunes de la flexibilidad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad. COM (2007) 359 final. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0359&from=ES>

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010. Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. COM (2010) 2020 final. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES>

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión de 24 de marzo de 2010, relativa a la revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo, (primera fase de la consulta de los interlocutores sociales a nivel de la Unión Europea con arreglo al artículo 154 del TFUE). COM (2010) 106 final. Obtenido en:

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/ES/1-2010-106-ES-F1-1.Pdf>

Comisión Europea. Informe de la Comisión, de 21 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE. COM (2010) 802 final. Obtenido en:

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/ES/1-2010-802-ES-F1-1.Pdf>

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión de 21 de diciembre de 2010, relativa a la revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo, (segunda fase de la consulta de los interlocutores sociales a escala europea con arreglo al artículo 154 del TFUE). COM (2010) 801 final. Obtenido en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0801&from=ES>

Comisión Europea. 2012. Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? COM (2012) 7 final. Obtenido en:

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/ES/1-2012-7-ES-F1-1.Pdf>

Comisión Europea. (2015). Informe de los cinco Presidentes. Obtenido en:

https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_en.pdf

Comisión Europea. (2016). Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión. Obtenido en:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=699&consultId=22&visib=0&furtherConsult=yes>

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión de 8 de marzo de 2016 sobre la apertura de la consulta sobre el Pilar europeo de derechos sociales. COM (2016) 127 final. Obtenido en:

http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4bab37-e5f2-11e5-8a50-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF

Comisión Europea. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 26 de abril de 2016, que acompaña al documento Comunicación de la Comisión sobre el Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales. SWD (2017) 201 final.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0201&from=LT>

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión. Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación. (2017/C 18/02). Diario Oficial de la Unión Europea 19 de enero de 2017. Obtenido en:

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0119\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017XC0119(01)&from=ES)

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión de 26 de abril de 2017. Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales. COM (2017) 250 final. Obtenido en:

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-250-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

Comisión Europea. Informe sobre la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2017) 254 final. Obtenido en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0254&from=ES>

Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01). Diario Oficial C 165 de 24.5.2017. Obtenido en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:165:FULL&from=ES>

Comisión Europea. Comunicación Para una Europa sostenible de aquí a 2030. COM (2019) 22 de 30 de enero de 2019. Obtenido en:

https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/rp_sustainable_europe_es_v2_web.pdf

Comité Económico y Social Europeo. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 27 de mayo de 2010, sobre la Propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. Ponente general: Wolfgang Greif. Publicado en el DOUE el 9 de mayo de 2013. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:133:0077:0080:ES:PDF>

Consejo. Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Obtenido en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1989-80648>

Consejo. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo, 20 de septiembre de 1990. COM (90)317 final. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51990PC0317&from=ES>

Consejo. Directiva 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0104&from=ES>

Consejo. Directiva 1999/63/CE, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST). Obtenido en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31999L0063>

Consejo. Directiva 2000/79/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European

Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA). Obtenido en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0079&from=ES>

Consejo. (9-10 junio de 2008). Comunicado de prensa de la sesión nº 2876. Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores. Luxemburgo.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/PRES_08_166

Consejo. Decisión (UE) 2016/1838 del Consejo, de 13 de octubre de 2016, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros en 2016.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016D1838&from=es>

Consejo. Decisión (UE) 2018/1215 del Consejo, de 16 de julio de 2018, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. Obtenido en:

<https://www.boe.es/doue/2018/224/L00004-00009.pdf>

Consejo. Decisión (UE) 2019/1181 del Consejo, de 8 de julio de 2019, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. Obtenido en:

<https://www.boe.es/doue/2019/185/L00044-00045.pdf>

Diario Oficial de la Unión Europea. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de travail de Bruxelles (Bélgica) el 28 de septiembre de 2015. Ville de Nivelles/Rudy Matzak. (C-518/15).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CN0513&from=LT>

Eurofound. (2015). Collective bargaining in Europe in the 21st century. Obtenido en:

https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1548en.pdf

Eurofound. (2015). Sexta Encuesta europea sobre las condiciones de trabajo. Obtenido en:

<https://www.eurofound.europa.eu/es/surveys/data-visualisation/sixth-european-working-conditions-survey-2015>

Parlamento Europeo. Decisión del Parlamento Europeo, de 22 de noviembre de 1993, respecto de la posición común del Consejo con vistas a la adopción de una directiva sobre determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo (C3- 0241/93 — SYN 295). DOC 315.

Parlamento Europeo. Informe del 29 de enero de 2004, sobre la ordenación del tiempo de trabajo. Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: Alejandro Cercas. 2003/2165(INI). Obtenido en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2004-0026+0+DOC+PDF+V0//ES>

Parlamento Europeo. Ecos de la Sesión del Parlamento Europeo de 9 de Mayo de 2005. El Parlamento exige por gran mayoría que desaparezca la opt-out en la legislación sobre tiempo de trabajo. Obtenido en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PRESS+TW-20050509-S+0+DOC+XML+V0//ES#SECTION1>

Parlamento Europeo. Ecos de la sesión del Parlamento Europeo de 2 de Diciembre de 2008. El Parlamento Europeo rechaza excepciones al máximo de 48 horas de trabajo semanal. Obtenido en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20081215IPR44549+0+DOC+XML+V0//ES>

Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de junio de 2010, sobre la Estrategia UE 2020. Obtenido en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0223+0+DOC+XML+V0//ES>

Parlamento Europeo. Informe del 28 de septiembre de 2012, sobre las pequeñas y medianas empresas (PYME): competitividad y oportunidades comerciales. Obtenido en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2012-0293+0+DOC+PDF+V0//ES>

Parlamento Europeo. Resolución de 19 de enero de 2017, sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales. (2016/2095(INI)). Obtenido en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0010+0+DOC+PDF+V0//ES>

Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Obtenido en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0071&from=ES>

Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 00/34/CE, de 22 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, para incluir los sectores y las actividades excluidos de dicha Directiva. Obtenido en:

<https://www.boe.es/doue/2000/195/L00041-00045.pdf>

Parlamento Europeo y Consejo. Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Obtenida en: <https://www.boe.es/doue/2003/299/L00009-00019.pdf>

Parlamento Europeo y Consejo. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de diciembre de 2017, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. COM (2017) 797 final. Obtenida en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-797-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea. Pilar Europeo de los Derechos Sociales. Obtenido en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea Directiva (UE) 2018/957 de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Obtenido en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0957&from=ES>

Parlamento Europeo y Consejo. (2019). Reglamento (UE) 2019/1149, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea. Obtenido en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019R1149#d1e686-21-1>

Tratado CEE/Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Obtenido en: <http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada. Obtenido en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=es>

Tratado de la Unión Europea, versión consolidada. Obtenido en : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0005.02/DOC_1&format=PDF

Tratado de Versalles. Obtenido en: <https://www.dipublico.org/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>

ANEXO II: Documentos y publicaciones europeas e internacionales

Consejo de Europa. (1950). Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Obtenido en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Consejo de Europa. (1961). Carta Social Europea. Obtenido en:
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1980/BOE-A-1980-13567-consolidado.pdf>

Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obtenido en:
https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

Naciones Unidas. (1976). Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Obtenido en:
https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf

Naciones Unidas. (2016). Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Obtenido en:
<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

OIT. Declaración de Filadelfia. Obtenido en:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907

OIT. (1919) Convenio sobre las horas de trabajo (industria) C001. Obtenido en:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001

OIT. 46ª reunión OIT del 26 junio 1962 en Ginebra. Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo. Obtenido en:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R116

OIT. 54ª reunión OIT de 24 de junio de 1970 en Ginebra. Convenio n° 132, sobre las vacaciones pagadas (revisado). Obtenido en:
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C132

OIT. (1998). *Las normas internacionales del trabajo: Manual de educación obrera*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Obtenido en:
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_088337.pdf

OIT. (2012). Informe sobre el trabajo en el mundo 2012. Obtenido en:
<https://www.ilo.org/global/publications/books/world-of-work/lang--es/index.htm>

OIT. (2016). Las mujeres en el trabajo: tendencias 2016. Obtenido en:
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_483214.pdf

OIT. (2016). Building a social pillar for European convergence. Obtenido en:
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_490959.pdf

OIT. (2018). Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro. Obtenido en:
https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_618490/lang--es/index.htm

OMS. (1946). Constitución de la Organización Mundial de la Salud Obtenido en:
<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf#page=7>

ANEXO III: Datos estadísticos

Eurostat

ONVA (Office national de vacances annuelles) adscrita a la Seguridad Social Belga y dirigida en partes iguales por patronos y trabajadores.

Touteurope.eu