



LA CONTROVERTIDA REFORMA DE LA DIRECTIVA SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

CARMEN FERRADANS CARAMÉS

*Profesora Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

La modificación de la Directiva 2003/88/CE, relativa al tiempo de trabajo, en lo referente al mantenimiento o supresión de la institución del «*opt-out*», a la ampliación de los períodos de referencia, a la configuración de lo que debe entenderse por tiempo de trabajo efectivo y a la introducción de medidas de ordenación del tiempo de trabajo que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar, está implicando un arduo trabajo de entendimiento entre las distintas instituciones comunitarias. Amplias divergencias se plantean entre la Comisión y el Parlamento Europeos y también entre varios países miembros de la Unión Europea, abogados, si continúan manteniéndose en sus posiciones, a un largo y difícil proceso negociador para alcanzar un acuerdo aceptado y aceptable para la mayoría.

El debate sobre la conservación o la eliminación del «*opt-out*» está provocando la discusión más compleja. La continuidad de esta institución, por una parte, influye en gran medida en el mantenimiento de la competitividad de algunos Estados de la Unión Europea y, por otra, se puede convertir en un factor grave de riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, así como para la conciliación de la vida familiar y profesional.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PROCESO DE REVISIÓN
3. LOS PERÍODOS DE REFERENCIA
4. EL «OPT-OUT»
 - 4.1. Argumentos a favor y en contra de su supresión
 - 4.2. Propuestas
5. EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO
6. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En el año 1993 se adoptó la Directiva 93/104/CEE, de 23 de noviembre, sobre la ordenación del tiempo de trabajo. La importancia de esta Directiva radica en que en ella se fijan las normas mínimas europeas sobre la jornada semanal, trabajos nocturnos, descansos diarios o vacaciones mínimas. No cabe duda de que el tiempo de trabajo es una condición de trabajo, pero simultáneamente hay que señalarlo como una de las instituciones cuya regulación contribuye a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo. Es por ello que la Directiva adoptó como base, aunque no sin falta de polémica ¹, el desarrollo de la materia de seguridad y salud en el trabajo.

La Directiva reseñada ha sido sometida en los años siguientes a varias modificaciones. En primer lugar, por medio de la Directiva 2000/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, se alteró el contenido de su artículo 1.3, con el objeto de ampliar su ámbito subjetivo, ya que hasta entonces habían estado desprovistos de su protección los trabajadores móviles (transportes de pasajeros o mercancías por carretera, vía aérea o nave-

¹ La misma se plasmó en el planteamiento de un recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el Reino Unido, que entendía que la base aducida, el artículo 118A del Tratado Constitutivo de la Unión Europea en la versión anterior al Tratado de Ámsterdam de 1997 era incorrecta. El Reino Unido interpuso recurso de anulación de la Directiva, siendo su razonamiento principal el hecho de que el tiempo de trabajo no se incardina en la seguridad y salud, sino entre las condiciones de trabajo. El TJCE resolvió en su sentencia 213/1996, de 12 de noviembre, As. C-84/1994, desestimando el recurso en su práctica totalidad, salvo en lo relativo al descanso semanal en domingo. La sentencia afirma de forma tajante que lo que regula la Directiva es la seguridad, la higiene y la salud de los trabajadores, y que a falta de otras precisiones los conceptos de seguridad y salud no deben interpretarse de forma restrictiva, en el sentido de que se refieren a todos los factores que pueden afectar a la salud y a la seguridad del trabajador. Por lo tanto, la sentencia declara que la ordenación del tiempo de trabajo no aparece necesariamente concebida como un instrumento de creación de la política de empleo y las medidas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo que constituyen el objeto de la Directiva contribuyen directamente a la mejora de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

gación interior), «*off-shore*» (plataformas o buques), así como los médicos en períodos de formación, trabajadores ferroviarios, de telecomunicaciones, servicios de abastecimiento, puertos y aeropuertos.

En segundo lugar, fue adoptada la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre, que vino a modificar y completar algunos de los aspectos regulados en la primitiva 93/104/CEE.

En tercer lugar, la Directiva 2003/88/CE vuelve a ser objeto de gran atención. Esto es así, porque el 22 de septiembre de 2004 se presentó por la Comisión una primera propuesta de modificación de la misma, que ha sido discutida en el Pleno del Parlamento Europeo y a posteriori el 31 de mayo de 2005 se ha presentado una segunda, que ha sido analizada en el Consejo de Ministros de junio del mismo año.

El antecedente de estas dos propuestas de revisión se encuentra en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 30 de diciembre de 2003², que planteó la necesidad de estudiar diversas disposiciones incluidas en la primitiva Directiva 93/104/CEE, puesto que en su momento se previó la revisión de éstas antes de la expiración de un período de siete años a partir de la fecha límite de trasposición por los Estados miembros, es decir, antes del 23 de noviembre de 2003. Dichas disposiciones se refieren a las excepciones del período de referencia para la aplicación del artículo 6, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, y a la facultad de no aplicar el artículo 6 si el trabajador está de acuerdo con ello, lo que se denomina «*opt-out*».

El debate que rodea la modificación de esta Directiva ha adquirido gran relevancia, porque implica una definición sustancial sobre el futuro del modelo social europeo y sobre la existencia misma de la Europa Social. En torno a la misma se concentra la discusión en un marco bifronte. Por una parte, atendiendo al sentido del tiempo de trabajo como condición de trabajo, con una especial tendencia flexibilizadora y por otra según su sentido garantista de la seguridad y salud de los trabajadores³. Esto conlleva que se traslade a esta materia el pulso entre flexibilidad empresarial y seguridad para los trabajadores, y que se lleven ya varios meses de discusión en el seno de las instituciones europeas sin que se consiga aunar las posturas de

² Cfr. la COM (2003) 843 final, de 30 de diciembre de 2003.

³ La discusión sobre este carácter bifronte de la ordenación del tiempo de trabajo ha sido ampliamente reflejada en la doctrina, vid entre otros MERINO SENOVILLA, H., «La jornada de trabajo», en AA.VV., Coordinador VALDÉS DAL RÉ, F., *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 375 y RIVERO LAMAS, J., «Régimen de la jornada y los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Documentación Laboral*, núm. 47, 1995, pág. 27.

las partes. Se plantean amplias divergencias entre el Parlamento Europeo y la Comisión, y también entre los distintos países miembros de la Unión Europea (esencialmente entre el Reino Unido y la mayoría de los países restantes). Todo ello, sin embargo, está abocado a un largo y arduo proceso negociador, que necesita alcanzar un acuerdo de la mayoría de los implicados.

2. EL PROCESO DE REVISIÓN

La reforma de Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo resulta esencial. Como se ha subrayado, la primera institución europea que prestó atención a la misma fue la Comisión Europea que, en diciembre de 2003, presentó una Comunicación en la que planteaba esta cuestión. En la misma la Comisión solicitaba que sus destinatarios, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones y los interlocutores sociales a nivel comunitario, expresaran su opinión sobre la necesidad de revisar el texto actual de la Directiva o introducir otras iniciativas, no necesariamente legislativas.

En lo relativo a los interlocutores sociales se entendió que con este acto se producía la consulta establecida en el apartado 2 del artículo 138 del Tratado. Tras esto la Comisión consultó de nuevo a los interlocutores sociales a escala comunitaria sobre el contenido de la propuesta contemplada, de conformidad con el apartado 3 del artículo 138 del Tratado⁴. Como resultado de esta fase de consultas los interlocutores sociales declinaron la invitación de entablar negociaciones con el fin de llegar a un acuerdo europeo en este ámbito y solicitaron a la Comisión que presentara una propuesta de Directiva.

Las materias que debían abordarse en la reforma prevista ya fueron puestas de manifiesto por la Comisión en su Comunicación de diciembre de 2003:

- Los períodos de referencia.
- Las condiciones de aplicación del inciso i) de la letra b) del apartado 1 del artículo 18, el «*opt-out*».
- La definición de tiempo de trabajo, a raíz de la controversia suscitada por la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en las sentencias SIMAP y JAEGER⁵.
- Medidas destinadas a conciliar mejor el trabajo con la vida familiar.

⁴ Cfr. la primera consulta en COM (2003) 843 final y la segunda en SEC (2004) 610.

⁵ Sentencia de 3 de octubre de 2000, As.C-303/98, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana y Sentencia de 9 de septiembre de 2003, As.C-151/02, JAEGER.



La Comisión también proclamó que era necesario buscar una solución equilibrada que pudiera satisfacer los criterios y orientaciones posibles y anunció los criterios que se debían cumplir en la propuesta a presentar: 1) ofrecer un nivel elevado de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores en relación con el tiempo de trabajo, 2) dar a las empresas y a los Estados miembros mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, 3) mejorar la compatibilidad entre el trabajo y la vida familiar y 4) no imponer obligaciones excesivas a las empresas, especialmente a las PYMES.

Ante la negativa de los interlocutores sociales a negociar con vistas a finalizar un acuerdo comunitario sobre esta materia, es la Comisión la que elabora la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁶. Según la Comisión la misma representa un paquete equilibrado de medidas que mantiene el objetivo principal —la salud y la seguridad de los trabajadores— al tiempo que responde a las necesidades de la moderna economía europea, aportando mayor flexibilidad y manteniendo la competitividad⁷.

En el fondo de esta propuesta de Directiva está la necesidad de revisar la regulación de los períodos de referencia y del «*opt-out*», tal y como exigió la primitiva Directiva 93/104/CEE, y los problemas planteados por la jurisprudencia del TJCE sobre la definición del tiempo de trabajo. Todas estas importantes modificaciones tienen que ser compatibilizadas con el respeto de los derechos fundamentales, en particular con el derecho que tiene todo trabajador 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 (artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)), y con el derecho a conciliar la vida familiar y profesional (artículo 33 de la Carta)⁸. Por ello, a continuación se analizará el conte-

⁶ COM (2004) 607 final, de septiembre de 2004.

⁷ La flexibilidad de la organización del tiempo de trabajo permitirá satisfacer las necesidades tanto de los empresarios como de los trabajadores. Para los primeros el aspecto esencial será poder adaptar el tiempo de trabajo efectivo a las fluctuaciones de la demanda, que puede ser estacional o irregular. Para los segundos, una mayor flexibilidad puede permitirles conciliar mejor el trabajo con los compromisos familiares.

⁸ En este mismo sentido, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, establece que «todo trabajador debe poder beneficiarse (...) de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad» y que «deberán tomarse las medidas adecuadas para proseguir la armonización por la vía del progreso, de las condiciones existentes en este ámbito». Asimismo, en la Carta Social Europea del Consejo de Europa, de 1961 (revisada en 1996), que ha sido reconocida por todos los Estados miembros de la Unión Europea, se formula el derecho social a condiciones de trabajo equitativas, incluyéndose la obligación para los Estados contratantes de «fijar una razonable duración diaria y sema-

nido material de la propuesta, con el objeto de estudiar la extensa controversia suscitada en torno a distintos puntos de la misma.

3. LOS PERÍODOS DE REFERENCIA

Los períodos de referencia en la aplicación de los artículos 5 (descanso semanal) y 6 (duración del trabajo semanal) se establecen en el artículo 16 de la Directiva.

En lo que respecta al cálculo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (por lo general 48 horas), en el apartado 2 del artículo 16 se establece un período de referencia que no exceda de cuatro meses. Sin embargo, caben excepciones al artículo 16, de modo que es posible alargar los períodos de referencia, en los casos previstos en los apartados del artículo 17. Esta posibilidad de introducir exclusiones⁹ está limitada por el apartado 4 del artículo 17 de la Directiva, que señala que *«la facultad de establecer excepciones a lo dispuesto e el punto 2 del artículo 16, (...), no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses. No obstante los Estados miembros podrán permitir que, siempre que se respeten los principios generales de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que, en ningún caso, deberán ser superiores a doce meses»*.

Por lo tanto, de conformidad con el contenido vigente de la Directiva, el período de referencia para el cálculo de las 48 horas está fijado en cuatro meses, podrá fijarse en seis meses en los casos en los que sean posibles excepciones al artículo 16 y mediante convenio colectivo podrá ampliarse hasta el año.

Las distintas legislaciones de los Estados miembros son diversas en esta materia. En algunos casos, en lugar de limitar el tiempo de trabajo medio durante un período de referencia determinado, los Estados miembros esta-

nal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral», así como de «garantizar un reposo semanal» (artículo 2). Del espíritu de ambas Cartas se deduce que la limitación y la reducción progresiva del tiempo de trabajo representan un derecho social fundamental y que la armonización a través de disposiciones mínimas a nivel europeo deberá conducir al progreso social.

⁹ El artículo 17.4 de la Directiva precisa que antes de la finalización de un período de siete años a partir de la fecha contemplada en la letra a) del apartado 1 del artículo 18, es decir el 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 el curso que deberá dárseles.



blecen un límite diario y/o semanal absoluto, aunque autorizando las horas extraordinarias dentro de los límites diarios, semanales, mensuales o anuales. En otros¹⁰ se reproducen las disposiciones de la Directiva, se fija un período de referencia de cuatro meses para el cálculo de la duración media máxima de trabajo semanal y la posibilidad de establecer un período de referencia más largo mediante convenio colectivo, aunque sin que éste exceda de doce meses. En otros¹¹ los períodos de referencia no se fijan mediante Ley, sino mediante convenio colectivo. Otros Estados miembros tienen períodos de referencia diferentes, habitualmente de un año, que se aplican únicamente para el cálculo del período de trabajo ordinario, por lo general inferior a las 48 horas previstas en la Directiva, por ejemplo en España, según lo dispuesto por el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, la duración de la jornada de trabajo no podrá superar las 40 horas semanales de promedio en cómputo anual.

La tendencia que parece extenderse y consolidarse en la mayoría de los países miembros es la fijación de un período de referencia anual. Esta opción, según el artículo 17.4 de la Directiva, sólo puede introducirse por convenio o acuerdo colectivo. Esto conlleva el problema práctico de que la cobertura de la negociación colectiva varía sustancialmente de unos Estados miembros a otros, lo que plantea distinciones entre los mismos. El caso más extremo es el del Reino Unido, donde la tasa de cobertura de la negociación colectiva es ínfima¹².

En efecto, la negociación de convenios colectivos en el Reino Unido está rodeada de unas reglas muy singulares. En el sistema británico resulta esencial el reconocimiento de un sindicato, pues del mismo deriva la legitimación para participar en la negociación colectiva¹³ y a la vez hay que resaltar que la estructura de la negociación colectiva es esencialmente de empresa y no sectorial.

Hay que subrayar que del derecho a ser parte activa de la negociación como interlocutor no deriva uno a adoptar un convenio, ni, en su caso, la

¹⁰ En Grecia, Irlanda, Portugal y Reino Unido.

¹¹ En Dinamarca son los convenios colectivos los que establecen los períodos de referencia, oscilando los mismos entre los 4 y los 12 meses. En Finlandia el período de referencia de cuatro meses se aplica únicamente en lo que respecta al número máximo de horas extraordinarias. En los convenios colectivos se puede fijar un período de referencia de un año para el período de trabajo ordinario, así como para el límite de las horas extraordinarias.

¹² Según datos de la Comisión Europea en el Reino Unido la cobertura de la negociación colectiva, es decir la proporción de trabajadores cuyas condiciones de trabajo son establecidas al menos en alguna medida mediante convenios colectivos, es apenas del 36%, siendo la tasa de cobertura aún más baja si sólo se tuviera en consideración al sector privado, el 22%.

¹³ *Vid.*, de forma amplia, BARROW, C., BLUNT, S., GIBBONS, S., MANLEY, I y ROSE, N., «Employment Relation Act», *Blackstone's Press Limited*, Londres, 2001, págs. 100 a 148.

fuerza vinculante del acordado. Ello es así porque, según el *common law*, el convenio no obliga al empresario/s y representantes de los trabajadores suscriptores del mismo, y sólo si los negociadores lo acuerdan expresamente quedarán vinculados jurídicamente. Consecuentemente, el convenio colectivo no es una fuente del derecho, cuyo contenido se incorpora automáticamente a los contratos de trabajo, sino que requiere, en adición a su conclusión, el mutuo acuerdo de las partes para crear obligaciones jurídicas entre las mismas. En caso de que las partes decidan incorporar el contenido del convenio colectivo negociado —que debe constar por escrito— al contrato de trabajo, debe existir un acto expreso, una muestra explícita de la intención de las mismas, que permita exigir el cumplimiento de lo estipulado ante un tribunal laboral ¹⁴.

Además, el hecho de que exista un sindicato reconocido no garantiza la conclusión de un convenio colectivo, y caso de que se pueda finalizar el mismo tampoco es segura su incorporación a un contrato de trabajo individual y, por lo tanto, su efecto legal.

Una posible válvula de escape a esta situación sería el reconocimiento de legitimación para negociar a los representantes elegidos, el segundo canal representativo operativo desde el año 1999 en el Reino Unido. Sin embargo, esto no es así. No obstante, hay que resaltar que de forma alternativa al sistema de negociación colectiva descrito, existe un sistema informal de negociación colectiva (*informal system of workplace bargaining*). Por medio del mismo, en determinadas materias, como el tiempo de trabajo o el permiso parental para cuidado de hijos, se atribuye en exclusiva a los representantes elegidos por los trabajadores afectados, y no a los sindicatos reconocidos, la facultad de suscribir acuerdos de empresa (*workfoce agreements*), los cuales, en las empresas con 20 o menos trabajadores, incluso pueden ser firmados alternativamente por la mayoría de los trabajadores afectados.

En materia de tiempo de trabajo, la regulación aplicable, las *Working Time Regulations*, admite la conclusión de este tipo de acuerdos, con la finalidad de adaptar y/o flexibilizar las normas sobre ordenación del tiempo de trabajo en atención a las particularidades de cada empresa o incluso de

¹⁴ Cfr. sobre el efecto legal de los convenios colectivos y su incorporación a los contratos de trabajo individuales, HUMPHREYS, N., «Trade Unions Law», *Blackstone's Press Limited*, London, 1999, pág. 82 y ANDERMAN, S., «Labour Law», *Butterworths*, Londres, 2000, págs. 85-95. Por ejemplo, una evidencia de que las partes quieren incorporar el convenio a un contrato de trabajo se encontrará cuando en el contrato se indique por escrito la referencia al convenio colectivo aplicable. No obstante, deberán analizarse caso a caso los términos del contrato, para verificar si existe una muestra explícita o implícita de voluntad de las partes, debiendo ser estos datos, en su caso, interpretados por los tribunales laborales.

un grupo de trabajadores de la misma¹⁵. En el marco de un *workforce agreement* se puede incrementar el período de referencia en el que se calcula la duración de la jornada de trabajo, desde 17 semanas, que es lo estipulado legalmente, hasta 52 semanas¹⁶ o se pueden modificar las reglas que regulan los descansos diarios y semanales.

Ahora bien, la opción que brinda la legislación británica de introducir excepciones a determinadas disposiciones de la Directiva mediante acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales no ha sido muy utilizada¹⁷ hasta el momento. Por lo tanto, sigue sin existir una difusión amplia de esta opción flexibilizadora tanto en los convenios colectivos negociados por sindicatos reconocidos como en los *workforce agreements*.

En la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en septiembre de 2004, en la letra b) del artículo 16, se prescribe que el período de referencia normal se mantiene en cuatro meses. Sin embargo, los Estados miembros, y no sólo la negociación colectiva, podrán ampliar este período a un año. Correlativamente, se suprime la posibilidad dispuesta en los apartados 1 y 3 del artículo 17, así como la prevista en los párrafos primero y tercero del artículo 19 y en el apartado 2 del artículo 20 de la Directiva, de introducir ciertas excepciones al período de referencia de cuatro meses, puesto que se entiende que si la legislación nacional puede llegar a fijar un período de referencia de un año, ya no es necesario prever una excepción que permita ampliar dicho período a seis meses. Con la nueva previsión se pretende simplificar el régimen existente, adaptarlo mejor a las necesidades de empresas y trabajadores¹⁸ y crear posibilidades para nuevos modelos de ordenación del tiempo de trabajo.

¹⁵ Cfr. DEAKIN, S., y MORRIS, G., «Labour Law», 3.^a edición, *Butterworths*, 2001, pág. 309. Hay una serie de reglas mínimas que deben ser seguidas a la hora de negociar este tipo de acuerdos. Así, el mismo debe ser finalizado por escrito, especificar la fecha en la que empezará su aplicación, su vigencia no puede ser superior a cinco años, puede ser aplicable a todos o a un grupo de trabajadores —en cuyo caso hay que identificar el elemento que los unifica, por ejemplo, su función, lugar de trabajo o departamento—, puede ser firmado por los representantes elegidos o bien en las empresas con 20 o menos empleados por éstos o por la mayoría de los empleados y antes de su entrada en vigor el empresario tiene que entregar una copia del mismo y una guía para su comprensión a los trabajadores

¹⁶ Vid. BARNARD, C., «The Working Time Regulations 1998», *Industrial Labour Journal*, núm. 28, 1999, pág. 66, que destaca el importante papel que pueden llegar a tener los interlocutores sociales en determinadas materias: el trabajo nocturno, el descanso diario y semanal, el descanso en el trabajo y los períodos de referencia.

¹⁷ Cfr. en este sentido BARNARD, C., et al, *The use and necessity of article 18.1 (b) (i) of the Working Time Directive in the United Kingdom*, Informe final, diciembre de 2002, pág. 114.

¹⁸ Vid. al respecto la Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva, concretamente su considerando octavo.

La novedad esencial de esta revisión es la admisibilidad de que los períodos de referencia puedan ser extendidos hasta doce meses no sólo por acuerdo entre los interlocutores sociales, sino por la actividad legislativa o reglamentaria del Estado, siempre y cuando se aduzcan razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo y se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, y a reserva de la consulta a los interlocutores sociales interesados, de que se impulse el diálogo social en esta materia y de que la duración del período de referencia no puede ser nunca superior a la duración del contrato de trabajo. Con esta opción lo que se pretende por la Comisión es dar solución a sistemas como el del mercado laboral británico, en el cual la tasa de cobertura de la negociación colectiva es muy reducida, lo que ha dificultado la difusión de la anualización de los períodos de referencia.

Los interlocutores sociales comunitarios se han pronunciado de forma diversa sobre esta modificación. El CES (Confederación Europea de Sindicatos) considera que la posibilidad proyectada es contraria a acuerdos modernos sobre el tiempo de trabajo y defiende que se mantenga el modelo actualmente vigente¹⁹. Mientras que la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria y Empresarios de Europa) y el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) entienden que la Directiva debería permitir un periodo de referencia de un año, y admitir que por convenio colectivo se pudiera prolongar, con el objeto de responder a las necesidades de las empresas sujetas a fuertes fluctuaciones y reducir las cargas administrativas, especialmente a las PYMES.

Entre las instituciones europeas, sin embargo, no parecen existir grandes divergencias en esta materia. El Parlamento Europeo acepta la propuesta de la Comisión, aunque requiere para la ampliación del período de referencia la existencia de mayores garantías para la seguridad y la salud de los trabajadores, así como la previa consulta a cada trabajador afectado por la medida²⁰ y/o a sus representantes sobre la introducción de la ordenación

¹⁹ Cfr. en este sentido el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva, de 18 de abril de 2005, COM (2004) 607 final, que afirma que la Directiva vigente ya permite la prolongación del período de referencia exclusivamente por convenio colectivo, y que dada la difusión de esta posibilidad en los países miembros, los interlocutores sociales ya gozan de la flexibilidad necesaria para adaptar el tiempo de trabajo a fin de abordar las diferentes situaciones que se registran en los distintos Estados miembros, sectores y empresas. Y por consiguiente considera que debería mantenerse la normativa vigente.

²⁰ Cfr. el informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, ponente Alejandro Cercas, COM (2004) 0607-C6-0122/2004, de 25 de abril de 2005.

propuesta del tiempo de trabajo y las modificaciones a la misma. En este sentido el informe Cercas afirma que «*la ampliación del período de referencia puede tener un impacto sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, en la medida que permitirá hacer unas jornadas semanales más largas y un número de jornadas más largas a lo largo del año*». No obstante, tal y como también destaca este europarlamentario, la ampliación del período de referencia a una anualidad no influiría en el cómputo total de horas de trabajo al año ni en el número total de horas de descanso, sino únicamente en su distribución.

Finalmente, la Propuesta modificada de Directiva presentada por la Comisión el 31 de mayo de 2005²¹ abunda en esta línea, prescribiendo lo siguiente en el artículo 19: «*Los Estados miembros, siempre que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas o técnicas relacionadas con la organización del trabajo, el período de referencia se amplíe hasta un máximo de doce meses:*

- a) *mediante convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales, según lo establecido en el artículo 18;*
- b) *mediante disposiciones legales o reglamentarias, siempre que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que:*
 - *el empresario informe y consulte con la debida antelación a los trabajadores y/o a sus representantes sobre la introducción de dicho período de referencia;*
 - *el empresario adopte las medidas necesarias para prevenir y/o remediar cualquier riesgo para la salud y la seguridad que pueda estar relacionado con la introducción de dicho período de referencia».*

Por todo ello parece razonable que se permita la ampliación del período de referencia, tal y como la Comisión y el Parlamento Europeo proponen²². Es decir, admitir la anualización del periodo de referencia por medio

²¹ Vid. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

²² En este sentido el Comité de las Regiones se muestra a favor del período de referencia anual, especialmente en sectores sujetos a grandes variaciones estacionales de la demanda de sus productos o cuyos servicios contribuyen a la mejora de la competitividad. Vid. Dictamen del Comité de las Regiones, de 14 de abril de 2005 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo COM (2004) 607 final. Igualmente a favor la Comisión de Industria, Investigación y Energía para la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, en Opinión de 20 de abril de 2005. Y la Comisión

de la autonomía colectiva o por vía legal en los países o en los sectores donde no hay convenios colectivos aplicables, exigiéndose garantías para que la misma sea compatible con la salud y seguridad de los trabajadores y para que éstos sean informados y consultados con anterioridad.

4. EL «OPT-OUT»

El «opt-out» se configura como la posibilidad de los Estados miembros de inaplicar el límite máximo de 48 horas de trabajo semanal establecido en el artículo 6.b) de la Directiva 2003/88²³. El artículo 18 de la Directiva recoge la opción de los Estados miembros —siempre que salvaguarden la seguridad y la salud de los trabajadores— de no aplicar el artículo 6, a condición de que se adopten 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 el punto 2 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 a realizar dicho trabajo;
- c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;
- d) los registros se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y/o 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 desarrollar un trabajo que exceda de 48 horas en el período de referencia indicado.

Por lo tanto, en virtud de este artículo, un Estado miembro puede prever en su legislación nacional la opción de que un trabajador trabaje, como

de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, en Opinión de 4 de abril de 2005 a la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, que también se muestra a favor de fijar un período de referencia de 12 meses, a condición de que se establezcan controles y garantías estrictos de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Precizando que no deberían admitirse excepciones al período de referencia de 4 meses respecto a las mujeres embarazadas.

²³ Cfr. sobre esta institución RABANAL CARBAJO, P., «La Directiva 93/104/CE, sobre la ordenación del tiempo de trabajo», *Actualidad Laboral*, núm. 23, 2000, pág.410.



media, más de 48 horas semanales, siempre que se respeten las condiciones establecidas en los distintos guiones de este precepto. Estas son, fundamentalmente, la obtención del acuerdo individual del trabajador y la obligación de llevar registros.

El Estado miembro que desee hacer uso de la facultad de no aplicar el artículo 6 deberá, por ende, adoptar las medidas necesarias para velar por que se produzca el consentimiento libre y voluntario del trabajador²⁴, que en ningún caso podrá ser sustituido por el consentimiento expresado por los interlocutores sociales en un convenio o acuerdo colectivo²⁵.

Probablemente este es el punto más controvertido de la revisión de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo, puesto que en torno al mismo confluyen intereses divergentes. Por un lado la Comisión y algunos de los países miembros, fundamentalmente el Reino Unido, se han mostrado favorables al mantenimiento de esta posibilidad, aunque rodeada de mayores garantías para evitar abusos. Y por otro el Parlamento, la Confederación Europea de Sindicatos y otro bloque de países, entre ellos España, son partidarios de derogar esta opción de la legislación comunitaria.

4.1. Argumentos a favor y en contra de su supresión

Son varias las razones que se aducen por los que abogan por eliminar la cláusula del «*opt-out*». Por un lado las basadas propiamente en la seguridad y salud de los trabajadores, porque difícilmente puede fomentarse una cultura de prevención de riesgos laborales si se incrementa la duración de la jornada laboral, aumentándose con ello el cansancio físico y psíquico de los trabajadores y, por consiguiente, el riesgo de que se produzcan accidentes laborales. Por otro, también existen argumentos que permiten dudar de la real y efectiva libertad de los empleados a la hora de consentir la realización de un exceso de horas de trabajo, porque en algunos países y supuestos se evidencia que el trabajador puede sentirse presionado a la firma de este acuerdo, a causa de conseguir un puesto de trabajo o con el miedo de perder el actual. Además, si la tendencia actual en el ámbito laboral se dirige hacia la conciliación de la vida laboral y familiar, en nada favorece ese fin el mantenimiento de una situación en la que los trabajadores podrían tra-

²⁴ Cfr. STJCE PFEIFFER, de 5 de octubre de 2004, que en su apartado 84 dice que para establecer válidamente una excepción a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (...) el consentimiento del trabajador debe ser no solamente individual, sino también expresa y libremente manifestado.

²⁵ Al respecto de forma expresa y clara STJCE SIMAP, de 3 de octubre de 2003, As.-C-303/98, punto 73.

bajar un número prolongado de horas. Por último se alega que tras la incorporación de Estados del este a la Unión Europea (Polonia, República Checa, Estonia...), en los que las condiciones laborales son inferiores a las de los Estados miembros occidentales y, por lo tanto, los costes sociales, si se continúa admitiendo el «*opt-out*» puede llegar a producirse una situación de «*dumping*» social. Esto es así, porque la combinación de unos salarios menores con la posibilidad de trabajar en dichos países del este un mayor número de horas semanales, motivará el traslado de empresas a dichos Estados.

El Parlamento Europeo es el más firme defensor de la eliminación de la cláusula del «*opt-out*», puesto que entiende que el primer objetivo de la Directiva debe ser la protección de la salud y seguridad de los trabajadores²⁶. Con esta figura, sin embargo, el Parlamento considera que los Estados miembros se pueden servir del derecho social comunitario a la carta, frente a los principios del Tratado²⁷, y en contra de todas las evidencias que señalan que jornadas de trabajo sin límites son un factor grave de riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores, así como para la conciliación de la vida familiar y profesional, ya que con esta cultura se dificulta el acceso de las mujeres al mercado de trabajo y se favorece que exista una menor dedicación de los hombres a su papel parental²⁸.

A *sensu* contrario la Comisión y algunos Estados miembros, como el Reino Unido o Polonia, son partidarios de mantener esta cláusula.

La Comisión es favorable a esta posibilidad, pero plantea un sistema dual de alternativas en su propuesta de septiembre de 2004. Si existe un acuerdo sobre «*opt-out*» entre los agentes sociales, el trabajador podrá pos-

²⁶ El Informe del Parlamento Europeo, de abril de 2005, subraya que es necesario encontrar un equilibrio entre flexibilidad y seguridad, trayendo a colación lo que al respecto establece la propia Comisión «una mayor flexibilidad no es contradictoria con un nivel adecuado de protección a la salud y a la seguridad, siempre que existan normas mínimas y de salvaguardia, así como controles adecuados». A juicio del Parlamento, este principio de normas mínimas europeas en general, y de las relativas a la jornada máxima semanal en particular, es la principal dificultad para revisar la Directiva, focalizada en el debate sobre la figura del «*opt-out*».

²⁷ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclama en su artículo 31.2 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. Y en el 33, el derecho a conciliar la vida laboral y familiar.

²⁸ También se manifiestan en contra de mantener la vigencia de la cláusula del «*opt-out*» el Comité de las Regiones y la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, en informes de abril de 2005. En igual sentido el Consejo Económico y Social duda sobre si la propuesta de la Comisión es adecuada para lograr los objetivos perseguidos y solicita tanto a la Comisión, al Consejo como al Parlamento Europeo que se examine el «*opt-out*» individual desde el punto de vista de si mantenerlo no es contrario al espíritu y objetivos de la propia Directiva.

teriormente de manera individual acogerse al mismo; en caso contrario, el trabajador seguirá teniendo derecho al «*opt-out*», pero con unos requisitos adicionales²⁹. La Comisión prevé que la posibilidad de no aplicación del tiempo máximo de trabajo semanal estará condicionada a su autorización previa por convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales, pero sólo en caso de que dichos acuerdos sean posibles de conformidad con la legislación o prácticas nacionales. Sino, previendo la situación de países como el Reino Unido en el que la tasa de cobertura de la negociación colectiva es escasa o de determinadas empresas como las PYMES en las que probablemente no existirán representantes legitimados para concluir un convenio, la opción de no aplicación del tiempo máximo de trabajo semanal con el consentimiento individual seguirá existiendo. No obstante, en este último caso las condiciones de aplicación se revisan para evitar los abusos y asegurar que la elección del trabajador es completamente libre, y se fija un límite máximo de duración del tiempo de trabajo semanal en cualquier semana.

Según la propuesta de modificación de la Directiva presentada por la Comisión en septiembre de 2004, los Estados miembros que hagan uso de esta facultad deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que:

- a) Ningún empresario pueda exigir a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días, salvo que se haya obtenido el consentimiento por escrito del trabajador; la validez de dicho consentimiento no podrá ser superior a un año, renovable; un consentimiento dado en el momento de la firma del contrato o durante el período de prueba se considerará nulo y sin efecto.
- b) Ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo.
- c) Ningún trabajador pueda trabajar más de 65 horas en el transcurso de un período de siete días, a menos que un convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales disponga lo contrario.

²⁹ Cfr. COM (2004) 607 final, de 22 de septiembre de 2004. El artículo 22 de la Propuesta de Directiva establece que «siempre que se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán autorizar la no aplicación del artículo 6. El ejercicio de esta facultad debe estar expresamente previsto en el convenio colectivo o en el acuerdo celebrado entre interlocutores sociales a escala nacional o regional o, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales, a través de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a un nivel adecuado.

El ejercicio de esta facultad será posible asimismo por acuerdo entre el empresario y el trabajador cuando no haya un convenio colectivo vigente ni exista en la empresa o el establecimiento en cuestión una representación del personal facultada para celebrar un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores en este ámbito, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales».

- d) El empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúan trabajos de este tipo y del número de horas efectivamente trabajadas.
- e) Los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad o de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal.
- f) 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, así como las horas efectivamente trabajadas por dichos trabajadores.

Estas prescripciones tienen por objeto³⁰, fundamentalmente, garantizar que el consentimiento del trabajador sea exteriorizado por escrito, que no sea dado al inicio de la relación laboral o durante el período de prueba, que tenga validez durante un plazo limitado, fijar un límite máximo absoluto de horas de trabajo y obligar a mantener determinados registros.

Algunas de estas condiciones ya son señaladas por la Directiva 2003/88/CE. Sin embargo, al existir indicios de que no son cumplidas en algunos Estados miembros, esencialmente en el Reino Unido, la Comisión ha querido reforzarlas.

En efecto, el Reino Unido al efectuar la transposición de la Directiva³¹, en las *Working Time Regulations* 1998, recurrió a la posibilidad de no aplicación del artículo 6³². Ello fue impulsado por el hecho de que aproximadamente 4 millones de personas, el 16 % de la mano de obra británica, trabajan más de 48 horas a la semana³³. Hay que tener en cuenta, sin embar-

³⁰ La propuesta de revisión de la Directiva presentada en septiembre, además de todo lo anterior, exige que a los cinco años de la entrada en vigor de la misma, la Comisión presente al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de las disposiciones de la presente Directiva, en particular sobre los apartados 1 y 2 del artículo 22, es decir las condiciones de ejercicio del «opt-out» por los Estados miembros que hagan uso de esta facultad. Es más, se precisa que dicho informe se acompañará, en su caso, de las propuestas convenientes para, si se considera necesario, suprimir gradualmente esta disposición.

³¹ Cfr. sobre la situación preexistente a esta regulación BARNARD, C., «The judgement of the European Court of Justice in United Kingdom v Council: The Working Time Directive», en Aa.Vv., *The ECJ'S working time judgment: The social market vindicated*, University of Cambridge, Centre for European Legal Studies, Cels Occasional Paper, núm. 2, 1997.

³² Vid. sobre su contenido BARNARD, C., «The working time regulations 1998», *Industrial Law Journal*, núm. 28, 1999, págs. 62 a 75.

³³ El estudio del Ministerio de Trabajo británico, «A survey of worker's experience of the working time regulations», 2004, que resalta estos datos, así como que el porcentaje de personas que manifiestan trabajar habitualmente más de 48 horas disminuye constantemente, aunque con lentitud, a partir de 1999.

go, que las cifras anteriormente citadas se refieren a trabajadores que, en la práctica, manifiestan que trabajan habitualmente más de 48 horas semanales, siendo el número de los que firman el acuerdo de no aplicación incluso superior. La explicación de este dato se encuentra en que en muchas ocasiones la suscripción del «*opt-out*» es una medida de precaución empresarial, ante las limitaciones existentes en la legislación que surge para implementar la Directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo³⁴ y una costumbre más que una necesidad real, ya que al empresario le resulta menos costoso poder disponer, por ejemplo ante el surgimiento de circunstancias imprevistas, de un trabajador de la misma empresa más horas que contratar a uno nuevo.

El contenido de las *Working Time Regulations* ha sido criticado, por la falta de claridad de algunas de sus previsiones claves y por limitarse, en ocasiones, a copiar lo dispuesto por la Directiva, lo que ha provocado que algunas cuestiones hayan estado sujetas a controvertidas interpretaciones. Respecto al «*opt-out*» las garantías requeridas por los distintos guiones del inciso i) de la letra b) del apartado 1 del artículo 18 de la Directiva se incorporaron a esta normativa³⁵ exigiendo que el acuerdo individual: 1) se desarrollara por escrito, 2) que se concretara si estaba referido a un período determinado o indefinido, y, en su caso, 3) el plazo de preaviso para su rescisión (mínimo de 7 días y máximo de 3 meses), 4) que se obligue al empresario a llevar registros actualizados que contengan: una lista de los trabajadores que hayan aceptado esta posibilidad, la definición de las condiciones en las que el trabajador ha aceptado esta opción y la especificación del número de horas efectuadas por el trabajador para el empresario durante cada período de referencia desde la entrada en vigor del acuerdo, 5) que se pongan dichos registros a disposición de cualquier inspector designado por la *Health and Safety Executive* y 6) que se ponga a disposición de dichas autoridades, a petición de éstas, la información que soliciten sobre cualquier caso en que un trabajador haya aceptado no limitar su tiempo de trabajo.

Con la implementación de esta regulación se dio por transpuesta la Directiva 93/104/CEE en el Reino Unido, fijándose unos estándares mínimos

³⁴ Vid. «The business context to long hours working», informe del Ministerio de Trabajo Británico, 2003. Que también destaca que el número de trabajadores que acuerdan esta cláusula varía según el tipo de empresa, su tamaño y sector, y el nivel o categoría profesional del trabajador. De conformidad con estos parámetros este tipo de acuerdos es más usual en las pequeñas empresas, en el sector privado, fundamentalmente en los sectores de manufactura, construcción, transporte y comunicación. Respecto a la categoría o nivel profesional de los trabajadores son mayoritarios los managers o directivos que quieren trabajar más horas para poder realizar su trabajo de la forma más correcta posible y los trabajadores manuales, cuya motivación para acordar esta medida está ligada a la obtención de una mayor cuantía de salario.

³⁵ Cfr. BARNARD, C., «The working time regulations...», *op. cit.*, pág. 72.

sobre el tiempo de trabajo, que hasta ese momento no existían. No obstante, no tardaron en aparecer los primeros detractores que consideraban que con estas medidas se incrementaban la burocracia y las cargas empresariales, disminuyendo la competitividad de la economía británica.

Es por ello que en el año 1999³⁶ se realizó una reforma de las *Working Time Regulations*, con el objeto de aligerar algunas de las cargas implantadas en el año anterior, especialmente las relativas a los registros exigidos para la operatividad del «*opt-out*». Concretamente las normas sobre esta materia fueron sustituidas por el deber empresarial de llevar registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen trabajos de este tipo, a los cuales no se les aplica el límite máximo de jornada. Por lo tanto, el cambio efectuado es sustancial, ya que ahora sólo es precisa la identificación de los trabajadores que aceptan esta opción. Esto no es acorde a lo dispuesto por la Directiva 93/104/CEE, puesto que las detalladas reglas comunitarias vigentes en esta materia son reemplazadas por unas obligaciones generales.

Así, las normas sobre registros previstas en la Directiva establecen que el empresario debe llevar registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo y que los mismos deben ser puestos a disposición de las autoridades competentes. La intención del legislador comunitario es que el empresario lleve un registro de las horas realmente efectuadas por el trabajador que concluye un acuerdo de no aplicación y no sólo una relación nominal de los trabajadores que hayan firmado tal declaración. Esto es corroborado por el hecho de que las autoridades competentes puedan prohibir o restringir la posibilidad de trabajar más de 48 horas a fin de proteger la salud y seguridad de los trabajadores, pues sólo es posible tomar una decisión de este tipo si se puede acceder al registro de las horas efectivamente trabajadas por las personas que hayan firmado el acuerdo de no aplicación. Adicionalmente, la Comisión detecta, tras el estudio de diversos informes realizados³⁷, que concurren indicios de que en el Reino Unido existe una cierta generalización de la presentación del acuerdo de no aplicación en el momento de la firma del contrato de trabajo, lo que choca frontalmente con el deber de garantizar el libre consentimiento del trabajador.

Por otra parte, con una normativa como la vigente en el Reino Unido desde 1999, se plantea el problema adicional de la imposibilidad de contro-

³⁶ Cfr. BARNARD, C., «The working time regulations 1999», *Industrial Law Journal*, núm. 29, 1999, págs. 167 a 171.

³⁷ Vid. el estudio del Ministerio de Trabajo británico, «A survey of worker's experience of the working time regulations», 2004, que afirma que entre las principales razones aducidas por los trabajadores para suscribir un acuerdo de «*opt-out*», en un 44%, se encuentra el hecho de que el mismo es entendido como una condición más de trabajo.



lar el cumplimiento de otras disposiciones de la Directiva, por ejemplo el descanso diario, las pausas o el descanso semanal³⁸, dado que sino se dispone de ningún registro sobre el tiempo de trabajo efectivamente realizado por los trabajadores que firman el «*opt-out*», no se podrán verificar estos extremos.

A pesar de las objeciones expuestas a la legislación británica, tras la presentación de la propuesta de revisión de la Directiva 2003/88/CE por la Comisión, el Reino Unido se muestra favorable al mantenimiento de esta figura. El Gobierno británico está de acuerdo con eliminar la cultura de trabajar un número muy prolongado de horas, pero al mismo tiempo considera que la eliminación del «*opt-out*» no es el método para ello, ya que esta institución permite a los trabajadores elegir si quieren o no trabajar más de 48 horas, está sujeta a una apropiada regulación de seguridad e higiene y permite a los empresarios afrontar con flexibilidad los retos que les plantea el mercado³⁹. Sólo los sindicatos británicos se muestran favorables a eliminar el «*opt-out*», por las implicaciones que el desarrollo del mismo puede tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, expuestos con más probabilidad a accidentes de trabajo.

4.2. Propuestas

Al hilo de la modificación prevista de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo, tras la exposición de las posiciones a favor y en con-

³⁸ En materia de descansos resulta interesante la cuestión planteada por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña, que discute si este país ha adoptado todas las medidas necesarias para el ejercicio del derecho de los trabajadores a su descanso mínimo diario y semanal y ha incumplido la legislación comunitaria al permitir excepciones a los límites máximos de la jornada semanal y de la jornada de trabajo nocturno en el caso de aquellos trabajadores cuya jornada sólo tenga parcialmente una duración medida o establecida previamente o cuando ésta sólo pueda ser determinada en parte por los propios trabajadores. Dado que todavía no se ha emitido sentencia al respecto se pueden traer a colación las conclusiones presentadas por la Abogada General Juliane Kokott, el 9 de marzo de 2006, que propone al TJCE que decida que el Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben al adaptar su derecho interno a la Directiva 93/104/CEE. Esto es así, porque entiende que ni la normativa británica, relativa a los períodos mínimos de descanso, ni la guía del Ministerio de Comercio e Industria, a pesar de no tener fuerza vinculante, respetan el espíritu y finalidad, los objetivos de la Directiva 93/104/CEE. Por lo tanto, a juicio de la abogada general el Reino Unido incumple su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para que los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario y semanal, en el sentido de los artículos 3 y 5 de la Directiva, lo que pone de manifiesto la fragilidad de la normativa británica sobre el tiempo de trabajo.

³⁹ Cfr. el documento de respuestas del Reino Unido a la Comunicación de la Comisión concerniente a la revisión de la Directiva 93/104/CEE, en www.dti.org.

tra del mantenimiento del *opt-out*, es evidente la existencia de una mani-fiesta controversia sobre esta cuestión. En esta situación de conflicto se encuentra esta cuestión cuando en mayo de 2005 ha sido presentada una nueva propuesta de modificación de la Directiva por la Comisión, que introduce algunas innovaciones.

La Comisión sigue manteniendo la posibilidad del «*opt-out*», pero la sujeta a un período transitorio, 3 años desde la entrada en vigor de la nueva Directiva, y siempre y cuando se respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. A su vez, sólo se contempla el ejercicio de esta facultad cuando así se prevea expresamente en un convenio colectivo, o en la legislación nacional, eliminándose la referencia al acuerdo individual. Respecto a las garantías que se deberán cumplir por los Estados miembros que decidan acogerse a esta opción, también se introducen ciertas modificaciones : 1) ningún trabajador puede trabajar más de 55 horas, y no 65, en el transcurso de siete días, a menos que un convenio colectivo o acuerdo entre los interlocutores sociales disponga lo contrario, 2) el empresario debe llevar registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo, adecuados para determinar que se cumplen las disposiciones de la presente Directiva, no sólo el listado de los trabajadores que realizan un pacto de este tipo y 3) el empresario debe facilitar 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 un período de siete días (...) así como los registros adecuados para determinar que se cumplen las disposiciones de la presente Directiva⁴⁰.

Las modificaciones introducidas no son sustanciales. Es más, en cuanto a la eliminación progresiva de esta figura, incluso se prevé una válvula de escape. Esto es así, porque los Estados miembros que ya hubieran ejercido esta opción antes de la nueva Directiva, como el Reino Unido, podrán, por motivos relacionados con el funcionamiento de sus mercados de trabajo —lo que está rodeada de una amplia indefinición—, solicitar la prolongación de dicha facultad más allá de los 3 años mencionados, siendo la Comisión la que decidirá sobre el curso que ha de darse a dicha solicitud justificando debidamente su decisión.

Una vez analizadas todas las posiciones expuestas resta todavía un arduo camino por recorrer. Presentada el informe del Parlamento y la segunda propuesta de la Comisión en mayo de 2005, el texto se trasladó al Con-

⁴⁰ Cfr. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 31 de mayo de 2005, COM (2005) 246 final.



sejo de Ministros de la Unión, que el 2 de junio confirmó, a instancias del Reino Unido, la alternativa que admite el «*opt-out*». Ahora vuelve a ser el turno del Parlamento que, probablemente, reenviará la pretensión nuevamente al Consejo para una segunda lectura, revisión y, en su caso, aprobación. Teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las distintas instituciones y Estados miembros, es más que probable que hasta bien entrado el año 2006 no exista una decisión final al respecto, la cual, en caso de no alcanzarse mediante acuerdo, deberá ser tomada mediante un procedimiento de conciliación entre miembros del Parlamento y del Consejo. En el supuesto de no lograrse tampoco un acuerdo en esta última instancia, la pretensión reformadora expiraría.

A nuestro juicio, hay que verter diversas apreciaciones sobre esta controvertida cuestión. Por una parte, tal y como está configurada en la Directiva vigente los riesgos de abusos y uso irregular de esta institución son evidentes, y ello se hace manifiesto en el hecho de que las garantías que deben rodear al ejercicio de esta potestad en alguno de los Estados miembros, tal y como se ha constatado en el Reino Unido, han sido relativizadas. Por otra, y de forma consecuente con lo antedicho, si se decide mantenerla, aún de forma transitoria, es necesario dotar a la voluntariedad exigida de un mayor vigor. El «*opt-out*», partiendo de que sea admitido expresamente en la legislación nacional o en un convenio colectivo, requiere en todo caso el consenso bilateral de las partes, siendo primordial para salvaguardar el mismo dos pilares esenciales: la celebración de un pacto específico y la posibilidad de renunciar al mismo.

En lo que se refiere a la voluntariedad de su conclusión debería precisarse de forma clara y expresa que su concertación tiene que realizarse por escrito y que no es un requisito constitutivo para la existencia del vínculo contractual principal. Esto es así, porque en el marco de la autonomía de la voluntad individual, que se plasma en el pacto, subyace un mayor riesgo de que el empresario doblegue la voluntad del trabajador, pudiendo originarse una situación anómala, a modo de denuncia modificativa⁴¹, en la que el asalariado preste su consentimiento condicionado por la eventual existencia de un apercibimiento de extinción o modificación *in peius* de su contrato de trabajo. A estos efectos, la tutela colectiva será esencial para eludir

⁴¹ La denuncia modificativa es definida por CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1982, pág. 422, como «el negocio jurídico mixto, por el que el empresario ejercita su facultad de resolución unilateral del contrato de trabajo y, de forma coetánea, formula al trabajador una propuesta de conservación de la relación laboral, si éste acepta modificar las condiciones de cumplimiento de la prestación debida. Constituyendo una fórmula por la que el empleador fuerza a la otra parte a aceptar la modificación de las condiciones laborales, bajo el apercibimiento de que en caso contrario lo despedirá».

todo riesgo de imposición del «*opt-out*», ya que deberá procurar que no se sustraiga su conclusión del ámbito consensual y evitar que el rechazo de un trabajador a su suscripción, por ejemplo a causa de las necesidades derivadas de la conciliación de su vida laboral y familiar, dé lugar a su sanción o despido, dado que el asalariado únicamente estará ejercitando una facultad, sin deber ser forzado por la eventual consecuencia negativa que sucederá a su rechazo. En este caso, es obligado delimitar cuáles son las competencias que tienen los representantes de los trabajadores de cada país, en el supuesto de que en los mismos se admita la cláusula de no aplicación, para comprobar la intensidad de las mismas y verificar si el control requerido es riguroso o sólo desplegará unos efectos leves.

También resulta esencial que en los Estados miembros que permitan el «*opt-out*», ya sea en su legislación nacional o en la negociación colectiva, se obligue a que su celebración esté rodeada de una determinada forma, además de su carácter escrito, determinándose que en caso de inobservarse la forma prescrita se producirá una cierta consecuencia jurídica. La más extrema consistiría en decretar la nulidad del pacto mismo por no respetar lo dispuesto al efecto⁴². Y otras podrían concretarse en la imposición de las infracciones administrativas que se tipificaran⁴³.

Respecto a la renuncia, debería preverse que el acuerdo puede rescindirse en cualquier momento, siempre y cuando se emita el preaviso pertinente. Esto, sin embargo, no parece desprenderse del contenido de la propuesta de Directiva, que parece dar a entender que la duración del mismo es anual y renovable por ese mismo período.

Por último resulta primordial, para evitar los abusos denunciados, precisar los datos que deben ser incluidos en los registros. Tal y como ya se ha resaltado, los mismos no deben ser meramente programáticos, sino que deben incluir obligatoriamente una serie de informaciones, fundamentalmente los trabajadores que suscriben este pacto y el número total de horas realizadas, con el objeto de poder controlar el cumplimiento del resto de las disposiciones de la Directiva (esencialmente las relativas a los descansos). Como contrapunto, el problema que conllevan todas estas exigencias es la carga burocrática que supone para los empresarios.

⁴² Tal y como ocurre en el ordenamiento jurídico español cuando se dota de unos efectos *ad solemnitatem* a la no celebración por escrito de un período de prueba o del pacto de horas complementarias ligado a un contrato a tiempo parcial indefinido.

⁴³ A modo de ejemplo podemos traer a colación en el artículo 6.6 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que establece que cualesquiera otros incumplimientos que afecten a obligaciones meramente formales o documentales serán tipificados como infracciones leves

A nuestro juicio, lo más correcto, de conformidad con el espíritu y finalidad de la Directiva, y una vez subrayado que a pesar de las modificaciones propuestas aún persisten riesgos de abusos en la utilización del «*opt-out*», es que esta facultad sea eliminada paulatinamente del mercado de trabajo europeo. La Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo representa una norma mínima para lograr los objetivos sociales de la Comunidad, deduciéndose del contenido de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que forma parte de la futura Constitución Europea, la existencia de un derecho social fundamental a limitar la duración máxima del tiempo de trabajo.

En la mayoría de los Estados miembros las legislaciones nacionales en materia de tiempo de trabajo parten de la base de una iniciativa compartida entre empleador y trabajador para definir de manera satisfactoria la ordenación del tiempo de trabajo. Lo más usual es que los interlocutores sociales, en el marco de la normativa sobre el tiempo de trabajo, solucionen en los convenios colectivos, en distintos niveles, los problemas que se planteen en los lugares de trabajo sobre esta cuestión, constituyendo responsabilidad última de cada uno de los Estados miembros garantizar la protección general de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la limitación legal del tiempo de trabajo semanal⁴⁴. Las partes negociadoras de los convenios colectivos, tomando en consideración al mismo tiempo las necesidades de un sector o empresa y la garantía de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, tienen capacidad para acordar formas flexibles de organizar el tiempo de trabajo en el marco de límites máximos legales, conciliándose así la flexibilidad con la seguridad.

En España, por ejemplo, la jornada máxima laboral es de 40 horas semanales, permitiéndose adicionalmente un total de 80 de horas extraordinarias anuales. Según el Estatuto de los Trabajadores, el cálculo de la jornada máxima promedio se hace en cómputo anual. Por lo tanto, la combinación del uso del período de referencia anual con el máximo de jornada anual permite ya más flexibilidad que la Directiva vigente, que establece de forma general que la jornada máxima será de 48 horas semanales en un período de referencia de cuatro meses. Por ejemplo, un trabajador español podría prestar servicios con una jornada ordinaria de 50 horas semanales durante un período de cuatro meses, siempre y cuando en el período restante del año ajustara la jornada ordinaria de trabajo para no superar en cómputo anual las 40 horas semanales. Esta situación es lícita en el marco del Derecho co-

⁴⁴ Cfr. en este sentido el Dictamen emitido por el Consejo Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva, de 18 de mayo de 2005, COM (2004) 607 final.

unitario vigente, si entendemos que España se acoge a que el artículo 18 de la Directiva recoge la posibilidad de excepcionar mediante la negociación colectiva la aplicación del período de referencia de cuatro meses, siempre y cuando se concedan a los trabajadores períodos equivalente de descanso compensatorio.

Si al hilo de la reforma de la Directiva 2003/88/CE una de las medidas que se implantan es la generalización del período de referencia de 12 meses, se contribuirá a que, aún suprimiéndose el «*opt-out*» y fijándose un límite máximo legal de jornada semanal de 48 horas a la semana en ese período, se pueda generar en todos los países miembros, combinando las posibilidades existentes en cada legislación nacional y en la negociación colectiva, un escenario con un equilibrio suficiente entre flexibilidad y seguridad.

De este modo se favorecería que en países como el Reino Unido⁴⁵ se cambiara la cultura favorable a jornadas de trabajo muy largas, extendiéndose nuevas formas de organización del trabajo mediante la implantación y difusión de prácticas que permitan períodos de referencia anuales acompañados de disminuciones de las horas de trabajo. Al mismo tiempo se crearía un contexto propicio a las negociaciones entre los interlocutores sociales británicos sobre la reorganización de los patrones de trabajo, que alcanzaría no sólo a acuerdos sobre tiempo de trabajo, sino también sobre otras materias, como las retribuciones, la productividad, la seguridad e higiene..., lo que coadyuvaría a incrementar el peso de la negociación colectiva en este país.

Como conclusión de todo lo antedicho, a nuestro juicio, lo más correcto es que en la nueva Directiva que se adopte se ponga fin a la base legal existente para que los Estados miembros se acojan al «*opt-out*», dejando transcurrir un período transitorio de 36 meses para que esta supresión no sea traumática para los países que actualmente lo admiten. Durante este intervalo temporal, además, se deberán aplicar las garantías más estrictas previstas por la Comisión, con el objeto de incrementar los controles que garanticen que la voluntad de los trabajadores que acepten esta figura sea libre.

5. EL CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO

En el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE se define al tiempo de trabajo como «*todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus*

⁴⁵ Vid. BARNARD, C., DEAKINS, S y HOBBS, R., «Opting out of the 48 hours week: employer necessity or individual choice? An empirical study of the operation of article 18.1.(b) of the Working Time Directive in the United Kingdom», *Industrial Law Journal*, núm. 32, 2003, pág. 223 y ss.



funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Y el período de descanso, por exclusión, se define como todo período que no sea tiempo de trabajo. En la Directiva no existe ninguna categoría intermedia, por lo que un período determinado sólo puede ser considerado tiempo de trabajo o de descanso.

Con el objeto de lograr una mayor precisión sobre esta materia hay que traer a colación la doctrina emitida por el TJCE, en sentencias SIMAP y JAEGER, respectivamente de 3 de octubre de 2000 y de 9 de septiembre de 2003⁴⁶. El TJCE afirma que los elementos característicos del tiempo de trabajo —según el artículo 2.1 de la vigente Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre, el período durante el que el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales—, concurren únicamente cuando el personal está presente en el centro de trabajo, y no por el mero hecho de estar localizable, pues en este caso sólo debe entenderse como tiempo de trabajo el correspondiente a la efectiva prestación de servicios⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. la STJCE SIMAP vs Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana, As. C-303/98, de 3 de octubre de 2000, en la que se plantea al Alto Tribunal si cuando los médicos que realizan turnos de atención continuada (guardias), mediante los dos sistemas posibles: de localización y de presencia física, debe estimarse todo este tiempo como de trabajo o sólo aquél efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que son llamados. Así como en el mismo sentido el Auto CIG vs el servicio Gallego de Salud, As.C-241/99, de 3 de julio de 2001. Asimismo, la reciente STJCE JAEGER y KIEL, de 9 de septiembre de 2003, As. C-151/02, manifiesta que es preciso considerar que un servicio de atención continuada que efectúa un médico en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de la Directiva 93/104/CEE, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios.

⁴⁷ El TJCE en su sentencia SIMAP manifestó que «el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por los médicos de equipos de atención primaria, bien mediante el régimen de presencia física en los centros sanitarios debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias 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 sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria». En la sentencia JAEGER se precisó 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 con arreglo a la Directiva, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se requieran sus servicios». Secundando esta doctrina por la que los elementos característicos del tiempo de trabajo son las obligaciones de hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y de permanecer a disposición de éste para poder prestar inmediatamente servicios en caso de necesidad, vid en la jurisprudencia española, entre otras, STSJ de Galicia, de 21 de marzo de 2001, Ar. 2128 y STSJ de Aragón, de 18 de marzo de 2002, Ar. 922.

Esta doctrina tiene importantes consecuencias en determinados sectores de los distintos Estados miembros, esencialmente en el de la sanidad⁴⁸, que requieren períodos de guardia regulares. Esto es así, porque antes de la sentencia SIMAP el concepto de tiempo de trabajo se solía interpretar en el sentido de que no exigía considerar como tiempo de trabajo las fases de inactividad durante el servicio de atención continuada, no equiparándose los períodos de atención continuada al tiempo de trabajo a que se refiere el artículo 2 de la Directiva. En algunos países miembros estaban en vigor disposiciones relativas a categorías intermedias entre estos dos conceptos, como la disponibilidad, las actividades de guardia, de permanencia, de desplazamientos⁴⁹, etc. Aunque en la mayoría de los mismos los períodos inactivos del tiempo dedicado a la atención continuada estaban excluidos del tiempo de trabajo.

El impacto de esta doctrina jurisprudencial, dado que ahora a igual tiempo de trabajo se llegará antes al umbral que delimita la duración máxima del tiempo de trabajo, lleva consigo en la mayoría de los Estados miembros, en sectores como el sanitario, la contratación de un número adicional de recursos humanos, el estudio de nuevas formas de trabajo en equipo multidisciplinar, la prestación, cuando sea posible, con profesionales sanitarios, no médicos, de determinados servicios, el rediseño de servicios en

⁴⁸ Otros sectores en los que esta definición del tiempo de trabajo tiene una fuerte incidencia son: los bomberos, la policía, trabajadores de la hostelería, cuidadores en internados, personal de residencias de ancianos, trabajadores ferroviarios o funcionarios de prisiones.

⁴⁹ Cfr. a modo de ejemplo, en España, el RD 1561/1995, de 8 de septiembre, de jornadas especiales de trabajo, que en su artículo 8, limitado al sector del transporte, establece lo siguiente:

— Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga. Siéndole aplicable la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo prevista en el artículo 34 del ET y los límites establecidos para las horas extraordinarias en el artículo 35.

— Se considerará tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre *a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo*, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta o similares. Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite de las horas extraordinarias.

Además, se establece que los convenios colectivos aplicables a estos sectores determinarán, en cada caso, los supuestos concretos conceptuales como tiempo de presencia, no pudiendo exceder de 20 horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes, y distribuyéndose con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente, con el respeto debido a los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad.

algunas áreas..., para prestar el mismo nivel de calidad⁵⁰. Otra opción para eludir las importantes consecuencias que derivan de esta línea jurisprudencial, sería extender la práctica del «*opt-out*» entre los médicos, pero no se puede obviar, en primer lugar, que su aceptación debe ser siempre voluntaria y no todos los médicos la querrán, y en segundo lugar que, tal y como se ha analizado en el punto 4 de este estudio, esta institución está inmersa en un controvertido proceso de debate, no estando garantizada su permanencia tras la revisión de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo.

Son varias las alternativas que, con el objeto de preservar los servicios esenciales y eludir unos efectos desproporcionados, podrían ser adoptadas al hilo de la revisión de la Directiva:

1. *Permitir* que los Estados miembros puedan *derogar* las reglas que surgen de la jurisprudencia del TJCE sobre el cómputo del tiempo de trabajo durante las guardias. De este modo los distintos países podrían, a través de su legislación o de convenios colectivos, admitir que a diferentes niveles —nacional, local— se adoptaran fórmulas alternativas, como la definición de una proporción del tiempo de trabajo total en guardia como tiempo de trabajo. Esto permitiría más flexibilidad.

2. Alterar el contenido de la Directiva, creando una *nueva categoría de tiempo de inactividad*, un período durante el cual el trabajador está trabajando a llamada, en una guardia, pero en el cual no es requerido para desarrollar sus actividades, siendo libre para dormir o descansar. Este tiempo no contaría como trabajo efectivo, a efectos de calcular el límite máximo de jornada o de delimitar los descansos a que se tienen derecho. Los Estados miembros, en este supuesto, también deberían estar habilitados a determinar qué proporción del tiempo denominado inactivo debería ser computado, fijando por ejemplo una proporción estándar o dejando esta materia a la negociación colectiva.

3. *Modificar la definición de tiempo de trabajo* establecida en el artículo 2 de la Directiva, para aclarar que esta categoría no incluye los períodos en los que el trabajador está trabajando a llamada, y no es requerido efectivamente para realizar sus obligaciones, teniendo libertad para descan-

⁵⁰ Por ejemplo, el Gobierno Alemán señala que, de conformidad con esta línea jurisprudencial, las necesidades de personal aumentarían en un 24% y que se necesitarían entre 15.000 y 27.000 médicos más, requiriendo, a su vez, unos costes adicionales de uso 1750 millones de euros. En el Reino Unido sería necesario contratar entre 6250 y 12550 médicos, situándose los costes adicionales entre 380 y 780 millones de libras esterlinas. En los Países Bajos se deberían contratar a 10000 nuevos miembros del personal sanitario, lo cual representaría un coste adicional de 400 millones de euros. Existe un problema, además de financiero, de imposibilidad de encontrar a un número de candidatos suficiente con la cualificación necesaria para desempeñar estos servicios.

sar o dormir. Esto permitiría que la Directiva se interpretara de la misma forma que antes que se emitiera la jurisprudencia resultante de las sentencias SIMAP y JAEGER, resolviéndose los problemas que surgen en la mayoría de los Estados miembros respecto, esencialmente, la atención de los servicios sanitarios.

Algunos Estados miembros, como el Reino Unido⁵¹, se posicionan a favor de la operatividad de una opción similar a la segunda, es decir que aboga por admitir la existencia de variaciones en la noción de tiempo de trabajo inactivo. En este sentido entiende que se debería permitir que los Estados miembros pudieran adoptar normas que delimitaran qué proporción del tiempo de inactividad es tiempo de trabajo en cada sector específico. Con esta alternativa se proporcionaría flexibilidad a los Estados sobre el tratamiento del tiempo de inactividad. No obstante, como ya se ha resaltado en apartados anteriores, la situación británica es muy singular, y teniendo en cuenta la escasa tasa de cobertura de la negociación colectiva en este país, el Reino Unido pretende poder realizar este tratamiento más específico del tiempo de inactividad por medio de convenios colectivos sectoriales o bien de normas Estatales que, para conseguir los mismos efectos que la regulación convencional, regularmente deberán ser revisadas con el objeto de adaptarse de la forma más ágil posible a los cambios y circunstancias concretas.

Tras destacar cuáles son las opciones posibles, hay que prestar atención a la reacción efectivamente producida al hilo de la presentación por la Comisión de las propuestas de modificación de la Directiva. La Comisión Europea plantea que los períodos de tiempo latente o inactivo durante el tiempo de guardia, en los que no se realiza un trabajo real y efectivo, no deben gozar del mismo nivel de protección que los períodos realmente activos. Por lo tanto, tales intervalos no deben ser equiparados a tiempo de trabajo, de conformidad con la definición de la Directiva. No obstante, deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de admitir lo contrario mediante la legislación nacional de cada uno, así como mediante la negociación colectiva entre los agentes sociales⁵².

De forma más concreta, la primera de las propuestas de la Comisión, fechada en septiembre de 2004, establece, con el objeto de eludir los efectos de la línea jurisprudencial surgida en los pronunciamientos

⁵¹ Cfr. el Documento «Communication from the Comision concernig the re-examination of Directive 93/104/CE concerning certain aspects of the organisation of working time. Response of the United Kingdom», 2004, en www.dti.org.

⁵² Cfr. en este mismo sentido del informe del Comité de las Regiones, así como la Comisión de Industria, Investigación y Energía. En contra Comisión de Derechos de la Mujer e igualdad de Género, que entiende que permitiendo esto se dañan las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar.

reseñados⁵³, dos nuevas definiciones, en adición a tiempo de trabajo y tiempo de descanso, el tiempo de atención continuada, en el que el trabajador tiene la obligación de permanecer en el lugar de trabajo, y el período inactivo del tiempo de atención continuada. En esta propuesta se dispone que el tiempo de atención continuada durante el que no se trabaje no contará como tiempo de trabajo, y sí el tiempo de atención continuada en el que el trabajador ejerce efectivamente su actividad o funciones. Lo expuesto presenta una laguna de gran envergadura, puesto que no se aclara cómo se mide el tiempo de trabajo en los períodos de atención continuada y en la práctica esta cuestión puede estar rodeada de una gran heterogeneidad.

El Parlamento Europeo, en oposición, aboga por la consideración del período inactivo de las guardias como tiempo efectivamente trabajado, aunque admitiendo que por ley o convenio colectivo estos tiempos puedan ser computados de forma específica a efectos de la duración media semanal máxima de 48 horas. Consecuentemente, el Parlamento aboga por contabilizar todas las horas de guardia como tiempo de trabajo efectivo, pero simultáneamente admite un cómputo especial y diferenciado de aquellas horas de inactividad, por ejemplo determinándose que tres horas de guardia computadas corresponden a nueve horas reales de guardia, y siempre y cuando coetáneamente a esta medida se cumplan los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

Tras estos primeros movimientos la Comisión, al presentar su segunda propuesta de modificación de la Directiva en mayo de 2005⁵⁴, realiza ciertas precisiones. El período inactivo del tiempo de atención continuada no se considerará tiempo de trabajo, a menos que la legislación nacional o, de conformidad con la legislación o la prácticas nacionales, un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales dispongan de otro modo. Para aclarar esto último, y dado que surgen dificultades para determinar que porción del período inactivo de atención continuada debe ser contabilizado como tiempo de trabajo, se concreta que el período inactivo del tiempo de atención continuada *podrá* calcularse sobre la base de una *media del número de horas o de una proporción del tiempo de atención continuada que tenga*

⁵³ Vid. sobre los efectos resaltados de forma detenida, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La aplicación de la Directiva 93/104/CEE al personal estatuario de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 12 a 17.

⁵⁴ Cfr. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 22 de septiembre de 2004 (COM 2004 607 final). Y Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, de 31 de mayo de 2005, (COM 2005 246 final).

en cuenta la experiencia del sector de que se trate, en virtud de convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales o previa consulta de éstos. Con ello se conseguirá que, dado que en los distintos sectores, profesiones y empresas existen condiciones distintas de aplicación del tiempo de atención continuada, por ejemplo pueden surgir diferencias en el sector hospitalario en función del tamaño de los hospitales o de las especialidades médicas, se adopten normas especiales, adaptadas a cada sector y actividad, que deberán establecer, fundamentalmente, las partes negociadoras de los convenios colectivos.

Asimismo, en la propuesta de la Comisión se concreta que los períodos efectivamente inactivos del tiempo de atención continuada no se tendrán en cuenta para el cálculo de los períodos de descanso (diario, semanal) ⁵⁵ que correspondan, lo que conlleva que se dote de gran relevancia a la delimitación del modo de escisión de estas dos categorías, el período activo y el inactivo del tiempo de atención continuada, en los convenios colectivos.

Hay que subrayar que el TJCE, el 1 de diciembre de 2005, ha emitido la sentencia ABDELKADER DELLAS ⁵⁶, que reitera sus pronunciamientos anteriores sobre esta cuestión. En esta sentencia se dilucida si en determinadas profesiones y empleos que comporten fases de inactividad pueden fijarse una duración equivalente a la duración legal del trabajo ⁵⁷. El supuesto de hecho concreto se refiere a albergues que son gestionados por personas privadas sin ánimo de lucro. En este caso para computar el tiempo de trabajo de los trabajadores, cada nueve horas de trabajo de vigilancia nocturna en las habitaciones de guardia se contabiliza como tres horas de trabajo efectivo, añadiéndose media hora más por cada 60 minutos suplementarios. Los afectados por este Decreto entienden que las reglas del mismo son incompatibles con los objetivos de la Directiva 93/104/CEE. Esto es así, porque se implanta un modo de cómputo específico del tiempo de trabajo de los servicios de vigilancia nocturna que no exigen la intervención constante del personal, cuando el TJCE ha declarado en sus sentencias SIMAP y JAEGER que el tiempo de inactividad debe ser computado de forma íntegra a efectos

⁵⁵ Cfr. un análisis de la cuestión de los descansos desde la perspectiva comunitaria en LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Evolución normativa de los descansos laborales*, MTAS, Madrid, 2005, págs. 120 a 125.

⁵⁶ *Vid.* sentencia del TJCE de 1 de diciembre de 2005, As. C-14/04. ABDELKADER DELLAS vs Ministerio de Trabajo Francés.

⁵⁷ La legislación francesa establece que la adopción de Decretos sobre esta materia y su revisión será realizada previa consulta con las organizaciones de empresarios y trabajadores interesadas y teniendo en cuenta, en su caso, los resultados de las negociaciones llevadas a cabo entre éstas.

del cumplimiento por los empresario de sus obligaciones en materia de duración máxima de la jornada y de los períodos de descanso.

Según el contenido de la sentencia de diciembre de 2005 la Directiva no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y de descanso, y la intensidad del trabajo o el rendimiento no son criterios a tener en cuenta para definir el tiempo de trabajo. El pronunciamiento jurisprudencial abunda en la idea de que la definición de tiempo de trabajo y de períodos de descanso, sus elementos característicos, son conceptos de Derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, el establecimiento de unas disposiciones mínimas para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. Por lo tanto, todos los Estados miembros, con el objeto de proteger eficazmente la seguridad y la salud de los trabajadores deben garantizar de forma uniforme el respeto a los umbrales fijados por la Directiva, fundamentalmente los relativos a la duración máxima del tiempo de trabajo y al cumplimiento de los descansos, no encajando en los márgenes permitidos el supuesto de hecho descrito en el caso de la sentencia⁵⁸.

Consecuentemente, en tanto en cuanto no se realice una modificación de la legislación comunitaria, que, en línea con lo propuesto por la Comisión, introduzca la categoría del período inactivo del tiempo de atención continuada y un modo específico de cómputo proporcional del mismo, no existirá base legal para adoptar una legislación como la francesa.

Sobre esta cuestión parece que no existe una amplia divergencia entre Comisión y Parlamento. Ahora bien, resulta llamativo que con cualquiera de las alternativas propuestas no se secunda la jurisprudencia emanada del TJCE⁵⁹. Al contrario, en este caso la legislación comunitaria conlleva una intervención correctora, para eludir el impacto negativo que su contenido puede tener sobre la suficiencia y calidad de los recursos humanos y los costes de determinados sectores productivos, fundamentalmente el sanitario. En función de los distintos datos expuestos, tanto jurisprudenciales como institucionales, da la impresión de que la modificación futura de la Directiva podría incidir más en aclarar o dotar de mayor precisión los términos de la misma que en producir un cambio profundo de su contenido.

⁵⁸ A pesar de que como se alega por el Gobierno francés la normativa discutida establece que todas las horas de presencia son contabilizadas a efectos de la delimitación de los períodos de descanso correspondientes y a que todo el tiempo de presencia en el lugar de trabajo, sea activo o inactivo, no sea considerado tiempo de descanso.

⁵⁹ Cfr. en este sentido el Informe del Comité Económico y Social Europeo, que hace hincapié en este argumento y en que es necesario que las instituciones comunitarias al abordar esta revisión legislativa busquen un planteamiento compatible con el TJCE.

6. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

A la reforma de la Directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo se ha incorporado un elemento de debate que no fue tan tenido en cuenta en sus versiones precedentes. Ahora expresamente se hace referencia a que la nueva norma comunitaria debe facilitar la conciliación del trabajo y la vida familiar⁶⁰. Este enfoque es simultáneo con el logro de un equilibrio adecuado en esta materia entre flexibilidad y seguridad, y todo ello sin olvidar que el fin primordial de esta Directiva es la protección eficaz de la seguridad y la salud de los trabajadores. Por lo tanto, nos encontramos con una complejidad de intereses presentes, que deberán ser compatibilizados con el objeto de obtener el resultado más óptimo posible.

En un principio podría parecer que algunos los objetivos señalados son contradictorios, por ejemplo se podría pensar que la obtención de una mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo no casa con la consecución de mejoras en materia de conciliación. Sin embargo, lo esencial será conseguir un equilibrio en este contexto heterogéneo. Si para los empresarios una mayor flexibilidad del tiempo de trabajo conlleva poder adaptar el tiempo de trabajo efectivo a las variables fluctuaciones de la demanda, a cambios imprevistos, etc., para los trabajadores ésta puede permitirles compatibilizar mejor el trabajo con los compromisos familiares. En la práctica cada caso será diferente, y el logro del equilibrio entre flexibilidad y seguridad será fruto en gran medida de la negociación entre el empleador y el trabajador o sus representantes⁶¹.

A estos efectos, en todos los países miembros, por vía legislativa o a través de acuerdos entre interlocutores sociales, se han adoptado distintas medidas que tienen como fin flexibilizar el tiempo de trabajo y permitir una mayor compatibilidad entre la vida profesional y familiar. Éstas son muy variadas, tanto por su contenido como por su ámbito de aplicación personal, aunque algunas de ellas se repiten con mayor reiteración: la reducción

⁶⁰ En la Comunicación emitida por la Comisión en diciembre de 2003 se señalaba que la necesidad de compatibilizar mejor la vida profesional y la vida familiar se debe a los cambios sociológicos en las sociedades europeas, en particular la llegada masiva de mujeres al mercado de trabajo, el incremento de divorcios, la inestabilidad y heterogeneidad de la estructura del hogar o incluso la evolución demográfica.

⁶¹ Cfr. FERRADANS CARAMÉS, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 38. Por ejemplo en el trabajo a tiempo parcial, los trabajadores entenderán que a menor tiempo de trabajo existen mayores posibilidades de compatibilizar trabajo y responsabilidades familiares, mientras que los empresarios considerarán que existen más posibilidades de distribución del tiempo de trabajo. En este caso la negociación es la solución más efectiva para conseguir la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades tanto de los empresarios como de los trabajadores.



o adaptación del tiempo de trabajo para ocuparse de niños de corta edad o familiares dependientes, el fomento de trabajo a tiempo parcial, la admisión de fórmulas que permitan mayores posibilidades de adaptación del tiempo de trabajo individual o el establecimiento de sistemas de ahorro de tiempo de trabajo.

Esta línea de tendencia, sin embargo, es seguida de forma vaga en la propuesta de modificación de la Directiva presentada en septiembre de 2004 por la Comisión. En la misma, únicamente se hacía referencia en su considerando sexto a que para mejorar la compatibilidad entre vida profesional y familiar, en el marco de los objetivos de la Estrategia de Lisboa, «*incumbe a los Estados miembros fomentar la negociación entre los interlocutores sociales en este ámbito*».

Con este llamamiento no se satisface de forma suficiente el logro de este objetivo de política social y esto es puesto de manifiesto por el Parlamento Europeo⁶². Esta institución hace hincapié en que el mismo debe estar presente en las distintas medidas sobre la ordenación del tiempo de trabajo previstas en la Directiva, y no sólo de forma tangencial en los considerandos de la misma. Así, la conciliación de la vida laboral y familiar debe ser tenida en cuenta para fijar la duración y organización semanal del tiempo de trabajo, ya que la misma será obstaculizada si se sigue permitiendo jornadas laborales muy largas, mediante la operatividad de la cláusula del «*opt-out*»⁶³; asimismo, respecto al concepto de tiempo de trabajo, también pueden existir importantes implicaciones para la compatibilización de vida profesional y familiar, pues puede que se considere que no todo el tiempo de atención continuada es definible como tiempo de trabajo, y que, no obstante, durante todo ese tiempo no se pueda atender a la familia; otro posible aspecto en el que están imbricados la gestión del tiempo de trabajo y la conciliación es el trabajo con un cierto ritmo, y la aplicación del principio de adecuación del trabajo a la persona, ya que según estas premisas deberían facilitarse, por ejemplo, las solicitudes de cambios en la organización del trabajo por motivos familiares, que deberían examinarse por los empresarios de forma justa y equitativa.

⁶² En este mismo sentido el Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género.

⁶³ El dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva, de 18 de mayo de 2005, señala que la mayor conciliación del trabajo y de la familia exige en el futuro tiempos de trabajo planificables y calculables, es decir una flexibilidad que no se ajuste exclusivamente a los intereses empresariales, sino que permita a los padres interesados un margen de acción para distribuir el tiempo de trabajo en función de las necesidades familiares. Esta institución destaca que el «*opt-out*» individual no contribuye a ello, ya que permite la prolongación del tiempo de trabajo diario y semanal más allá de las disposiciones mínimas de la Directiva.

Teniendo en consideración algunas de las precisiones expuestas, en la segunda propuesta de modificación de la Directiva presentada por la Comisión se ha dado mayor relevancia a la conciliación de la vida familiar y laboral. En una primera aproximación, en las referencias realizadas en sus considerandos hay que subrayar que se incide⁶⁴ en que es necesario encontrar un nuevo equilibrio entre la conciliación de la vida profesional y la vida familiar, por un lado, y una mayor flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, por otro.

En una segunda aproximación hay que resaltar que se introduce un nuevo artículo 2. *ter* en la Directiva, denominado *Conciliación de la vida laboral y familiar*, en el cual se reitera lo ya establecido anteriormente de forma vaga «*Los Estados miembros animarán a los interlocutores sociales a que celebren, en el nivel adecuado y sin perjuicio de su autonomía, acuerdos destinados a mejorar la compatibilidad entre la vida familiar y la vida profesional*». Tal y como se ha subrayado los términos de este mandato no son imperativos, pues simplemente se dispone que los Estados «animarán», es decir fomentarán, impulsarán, a los interlocutores sociales a llegar a acuerdos con este fin, sin fijar unos objetivos más precisos.

Este mismo artículo añade que «*Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que: — los empresarios informen a sus trabajadores, con la debida antelación, de cualquier cambio en la organización del tiempo de trabajo, y*

— los trabajadores puedan solicitar cambios en su horario y ritmo de trabajo y los empresarios estén obligados a considerar tales solicitudes teniendo en cuenta las necesidades de flexibilidad de los empresarios y de los trabajadores». Con esta prescripción se introduce en escena el problema, más acentuado en lo trabajadores que necesitan conciliar vida laboral y familiar, de la falta de certeza del contenido de la prestación y del modo de su ejecución. El sentido del nuevo artículo propuesto es que los cambios en la duración o distribución del tiempo de trabajo sean preavisados con una debida antelación, que debería ser concretada por la autonomía colectiva, a los trabajadores afectados, para que en concordancia puedan programar su tiempo de no trabajo. Así, la definición del calendario laboral por el empre-

⁶⁴ El considerando quinto establece que la conciliación de la vida laboral y familiar es también un elemento esencial para lograr los objetivos que se ha fijado la Unión en la estrategia de Lisboa, en particular para incrementar el índice de empleo de las mujeres. Y en el considerando séptimo se prescribe que «es preciso reforzar la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y aumentar la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, en particular en lo que se refiere al tiempo de atención continuada y, más específicamente, a los períodos inactivos durante el tiempo de atención continuada, así como encontrar un nuevo equilibrio entre la conciliación de la vida profesional y la vida familiar, por un lado, y una mayor flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, por otro».



sario, aún pudiendo fijar una distribución flexible del tiempo de trabajo, deberá respetar en todo caso las disposiciones legales imperativas aplicables en cada Estado, en España por ejemplo los artículos 34.2, 3 y 4, 36.1, 37.1 y 2 y 38.1 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁵, así como las pautas que se puedan introducir en la negociación colectiva al respecto. A modo de ejemplo, en los convenios colectivos se pueden fijar franjas horarias, días de la semana, e incluso el número máximo de horas que pueden ser requeridas en la franja elegida, con el objeto de que tales indicaciones, según los intereses particulares de las partes concernidas, sean seguidas al concretar la duración y distribución de la jornada de trabajo de cada trabajador. Con ello se consigue, coetáneamente, satisfacer las necesidades de flexibilidad empresarial y que el trabajador pueda identificar los tiempos de trabajo y de descanso y programar su tiempo de no trabajo.

Siendo positivo el mayor énfasis que se hace en esta materia en la propuesta de Directiva de mayo de 2005, no se puede dejar de mirar la perspectiva que debe guiar su desarrollo. A nuestro juicio, la conciliación de la vida laboral y familiar debe estar presente en la ordenación del tiempo de trabajo de forma transversal, puesto que en todos sus aspectos tiene connotaciones. Por ejemplo, ya se hizo hincapié anteriormente en la importancia que puede tener una mayor o menor duración de la jornada laboral o unos períodos de referencia más flexibles para compatibilizar trabajo y familia. Por ello, es necesario que esta materia además de ser objeto de un artículo específico de la futura Directiva, esté presente de forma horizontal en todas y cada una de las medidas que se prevean.

7. CONCLUSIONES

La modificación de la Directiva 2003/88/CE, relativa al tiempo de trabajo, está conllevando un arduo trabajo de entendimiento entre los distintos países e instituciones comunitarios. Ahora bien, la idea de un acuerdo no parece que vaya a llegar con prontitud, ya que probablemente hasta la segunda mitad del año 2006 no se alcance el mismo. Respecto a la ampliación del período de referencia, la definición del tiempo de trabajo o la introducción de medidas de ordenación del tiempo de trabajo que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar, no parece que existan demasiados escollos para llegar a un consenso. Sin embargo, los principales problemas

⁶⁵ Será necesario respetar en todo caso prescripciones sobre la duración y distribución del tiempo de trabajo, tales como la duración máxima de la jornada ordinaria, los períodos de descanso dentro de la jornada de trabajo, entre una jornada y otra, semanal y anual. Así como los límites que rodean el desarrollo de horas extraordinarias y de jornadas en horario nocturno.



surgen en torno a la figura del «*opt-out*», que ha sido erigida piedra angular de todo el proceso, puesto que de la misma depende en gran medida la competitividad de algunos Estados de la Unión Europea. Sólo resta esperar y ver como van transcurriendo las negociaciones durante los meses venideros.

A nuestro juicio el «*opt-out*», de conformidad con el espíritu y objetivo de la Directiva, debe ser eliminado paulatinamente del mercado de trabajo europeo. Si al hilo de la reforma de la Directiva 2003/88/CE una de las medidas que se implantan es la generalización del período de referencia de 12 meses, ello contribuirá a que, aunque se fije que el límite máximo legal de jornada semanal es de 48 horas a la semana, se pueda generar en todos los países miembros, combinando las posibilidades existentes en cada legislación nacional y en la negociación colectiva, un escenario con un equilibrio suficiente entre flexibilidad y seguridad.