Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
Universidad de Cantabria

TESIS DOCTORAL

CONDICIONES LABORALES DEL TRABAJO NOCTURNO

MARIA ANTONIA CORRALES MORENO

Trabajo de investigación elaborado bajo la dirección de la Prof. Dra. Dña. Lourdes López Cumbre, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Santander, 2016.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN: UNA GESTIÓN FLEXIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO, UNA JORNADA MÁS PROLONGADA, UNA MEJORA DE LA PRODUCTIVIDAD Y UNA MAYOR COMPETITIVIDAD. PREMISA Y RETICENCIA 7

CAPÍTULO I. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL TRABAJO NOCTURNO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL 12

I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA HASTA LA REGULACIÓN ACTUAL DEL TRABAJO NOCTURNO: SU UBICACIÓN COMO UN ELEMENTO DEL TRABAJO A TURNOS 12

1. La limitación de la jornada máxima como conquista laboral histórica 12

2. Las primeras manifestaciones legales del trabajo nocturno como parte de la organización de un trabajo a turnos 15

3. La particular consideración histórica de determinados sectores en la regulación del trabajo nocturno 18

4. La especial protección del trabajo a turnos durante la II República 23

4.1. Ratificación de las normas internacionales y adopción de medidas flexibles para permitir el trabajo a turnos 23

4.2. La excepcional regulación por sectores especialmente proclives a la producción continuada 27

5. La regulación (reglamentación) franquista del trabajo a turnos 31

5.1. La Ley de Contrato de Trabajo y los reglamentos de régimen interior de las empresas: fiscalización del trabajo a turnos 31

5.2. Las Reglamentaciones u Ordenanzas Laborales y su prioridad aplicativa en la organización productiva 34

6. La actualización del trabajo a turnos en en la Ley de Relaciones Laborales 39

6.1. El respeto a los límites legales en la actividad productiva continuada 39

6.2. La primera regulación específica propia del trabajo nocturno 41

6.3. La prohibición de realizar horas extraordinarias en período nocturno y otras limitaciones 43

7. El antecedente del régimen vigente del trabajo nocturno: el modelo productivo y laboral del primigenio Estatuto de los Trabajadores 46

7.1. Regulación del horario flexible, del trabajo a turnos y del trabajo nocturno 46

7.2 Otras referencias al trabajo a turnos y al trabajo nocturno en el Estatuto de los Trabajadores: horas extraordinarias, modificación sustancial, extinción contractual 50

8. La primera incursión comunitaria de interés en materia de ordenación del tiempo de trabajo 53

8.1. Los avances en la calidad del empleo y en la mejora de las condiciones de trabajo 53

8.2. Garantías europeas del trabajo a turnos y del trabajo nocturno 56

II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL TRABAJO NOCTURNO 61

1. La diferenciación legal entre el trabajo nocturno y el trabajador nocturno. Una dimensión objetiva y subjetiva distintas sobre una misma realidad 61

2. La comprobación legal de la correcta actividad de trabajo nocturno del trabajador nocturno: reglas de fiscalización para una actividad gravosa 67

3. La limitación del tiempo de trabajo del trabajador nocturno.....71

3.1. La reordenación de la jornada de trabajo: la combinación de factores organizativos –flexibilidad- con factores personales –salud-.....71

3.2. Límites cuantitativos a la jornada del trabajador nocturno.....73

3.2.1. La delimitación de su jornada máxima diaria de trabajo: un límite diario con un período de referencia de dos semanas en cómputo promediado.....73

3.2.2. La prohibición de efectuar horas extraordinarias por parte del trabajador nocturno y ¿durante el período de trabajo nocturno?.....81

3.3. Límites cualitativos: la prohibición del trabajo nocturno a grupos específicos de trabajadores.....85

3.3.1. Prohibición del trabajo nocturno a menores. Razones fisiológicas, educativas y de desarrollo de la personalidad.....85

A) La protección internacional del trabajo nocturno de los menores de edad. La justificación de las primeras normas internacionales en el ámbito laboral.....85

B) Los límites nacionales al trabajo nocturno de menores de edad: vulnerabilidad por su menor capacidad física, inexperiencia laboral e inmadurez personal.....96

C) Consecuencias del incumplimiento de la prohibición de trabajo nocturno a los menores: responsabilidad del empresario infractor y nulidad del contrato de trabajo.....99

3.3.2. La histórica prohibición del trabajo nocturno de las mujeres: una cuestión actual de género.....109

3.3.3. La prohibición del trabajo nocturno en los trabajadores contratados para la formación y aprendizaje. La apuesta de la formación sobre el empleo.....115

A) Sobre el contrato para la formación y aprendizaje de los jóvenes.....115

B) Una apuesta de la formación sobre el empleo: la prohibición del trabajo nocturno en el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje.....120

CAPÍTULO II. LA VINCULACIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO CON EL TRABAJO A TURNOS.....123

I. DEFINICIÓN LEGAL DEL TRABAJO A TURNOS.....123

1. Prestación de servicios en horario dispar. La necesidad productiva atípica cada vez más frecuente.....123

2. La organización del trabajo en equipos en una actividad productiva o en una prestación de servicios que supera los límites de la jornada ordinaria.....126

3. La ocupación sucesiva de los mismos puestos de trabajo por distintos trabajadores, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo 128

4. Prestación de servicios en horario distinto durante un período determinado de días y/o semanas.....129

5. La ampliación fáctica de la consideración de trabajo a turnos 131
5.1. Médicos de los equipos de atención primaria: prestación de servicios durante la atención continuada con trabajo a turnos 132
5.2. Trabajadores adscritos a un sistema de guardias de localización y disponibilidad. Turnicidad y/o disponibilidad 133
6. Supuestos excluidos de la definición legal de trabajo a turnos: organización en equipos, sucesión en la prestación y horarios diferentes como elementos de aplicación conjunta 136
II. ESPECIALIDADES DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL TRABAJADOR NOCTURNO A TURNOS... 139
1. La prohibición de permanencia en el turno de noche. Una regulación tuitiva de la salud del trabajador 139
1.1. Consideraciones generales en torno a la rotación de los trabajadores en el turno de noche 139
1.2. La prohibición de permanencia en el turno nocturno como regla general. El término de referencia de dos semanas continuadas 143
1.3. Una excepción a la regla general: la adscripción voluntaria del trabajador al turno de noche 146
2. Equipos de trabajo: organización grupal como elemento delimitador del trabajo a turnos continuo 150
III. EL RÉGIMEN DE DESCANSOS DEL TRABAJADOR NOCTURNO A TURNOS: UN DERECHO DEL TRABAJADOR CON IMPLICACIONES ORGANIZATIVAS EMPRESARIALES 155
1. La necesidad de establecer normas excepcionales sobre la regla general. Dificultades aplicativas del descanso diario y semanal en el trabajo a turnos y en el trabajo nocturno 155
2. Los problemas organizativos que plantea la disposición del descanso semanal del trabajador nocturno a turnos 160
3. El descanso interjornadas: una dificultad añadida para el trabajo a turnos nocturno . 164
4. La posibilidad de disfrutar descansos alternativos en el trabajo a turnos nocturno. Acumulación de descansos con intervención de la negociación colectiva..... 167
CAPÍTULO III. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO. PROBLEMAS APLICATIVOS SOBRE RETRIBUCIÓN Y DESCANSO 169
I. CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO 169
II. DEVENGO DEL PLUS DE NOCTURNIDAD 173
1. Del derecho necesario imperativo al derecho dispositivo 173
2. Sobre la naturaleza jurídica y el carácter no consolidable del plus de nocturnidad 181
2.1. Razones que impiden la consolidación del plus de nocturnidad ante el cambio de puesto de trabajo 181
2.2. Especial referencia a los supuestos de movilidad funcional 183
2.3. Excepciones al carácter no consolidable del plus de nocturnidad 186

2.3.1. La protección por maternidad: el mantenimiento del salario ante un cambio de puesto de trabajo....186

2.3.2. Créditos horarios de los representantes de los trabajadores 190

2.3.3. Excepciones en la la negociación colectiva....193

3. Supuestos en los que se considera obligado el devengo del plus de nocturnidad ...194

3.1. El devengo del plus de nocturnidad durante el período vacacional....194

3.1.1. La justificación de su devengo durante el disfrute de las vacaciones del trabajador....194

3.1.2. La inserción en la negociación colectiva de este derecho....196

A) Mención expresa del plus de nocturnidad entre los conceptos retributivos que forman parte de la paga de vacaciones....196

B) Ausencia de mención sobre los conceptos salariales que deben incluirse en la retribución de las vacaciones 198

C) Regulación específica del contenido retributivo del período vacacional sin mencionar expresamente el plus de nocturnidad....201

D) Exclusión expresa en la negociación colectiva del plus de nocturnidad de los conceptos que deben abonarse durante el período de vacaciones 202

3.2. El abono del pago del plus de nocturnidad ante un cambio de turno....204

4. La falta de devengo del plus de nocturnidad en los días de descanso semanal, festivos y licencias y su mejora colectiva. Especial referencia a las horas de presencia 207

5. Una cuestión de extraordinaria complejidad: el cálculo del plus de nocturnidad....210

5.1. Sobre el contenido de la expresión "retribución específica" 210

5.2. La viabilidad de cláusulas convencionales y/o contractuales sobre las cantidades de referencia para el cálculo del plus de nocturnidad 214

III. EXCEPCIONES AL PAGO DEL PLUS DE NOCTURNIDAD....218

1. La dependencia sobre la calificación del trabajo nocturno por naturaleza....218

1.1. La fijación del salario como consecuencia de la realización de un trabajo nocturno por su propia naturaleza. Una cuestión de prueba....219

1.2. El acuerdo de las partes sobre la calificación del trabajo nocturno por su propia naturaleza 225

1.3. Nulidad de las cláusulas que imponen la renuncia al percibe del plus de nocturnidad....228

1.4. La actividad nocturna de la empresa 230

1.5. La realización de la actividad en horario nocturno....233

1.6. La similitud del trabajo nocturno con el trabajo diurno 235

1.7. Compensación del plus con otros complementos....237

1.8. El abono de horas extraordinarias en período nocturno 238
2. Excepción al abono del plus por nocturnidad: el trabajo nocturno por su propia naturaleza 239
2.1. El carácter indeterminado del concepto de "trabajo nocturno por su propia naturaleza" 239
2.2. Los conflictos aplicativos derivados de la fijación de un salario específico por el trabajo nocturno por su propia naturaleza 245
3. Excepción al abono del plus por nocturnidad: la compensación por descansos 250
4. La compatibilidad (o incompatibilidad) del plus de nocturnidad con otros complementos salariales 256
4.1. La fijación global de la estructura salarial del trabajador nocturno como condición más beneficiosa 256
4.2. Supuestos en los que se admite la compatibilidad entre el plus de nocturnidad y otros complementos 258
5. Compensación y absorción del plus de nocturnidad 261
5.1. Compensación y absorción del plus de nocturnidad como consecuencia de un incremento global del salario del trabajador 261
5.2. La compensación y absorción del plus de nocturnidad con otros pluses de naturaleza distinta presuntamente homogénea 264
6. Extinción de contrato e inserción del plus de nocturnidad en la indemnización 266
CONCLUSIONES 270
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA 284
ANEXO I. SENTENCIAS 302
ANEXO II. CONVENIOS COLECTIVOS 309

INTRODUCCIÓN: UNA GESTIÓN FLEXIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO, UNA JORNADA MÁS PROLONGADA, UNA MEJORA DE LA PRODUCTIVIDAD Y UNA MAYOR COMPETITIVIDAD. PREMISA Y RETICENCIA

1. Considerada como un patrimonio laboral histórico, la limitación de la jornada de trabajo y la contención en su distribución se enfrentan hoy a un sistema de competitividad y a un marco productivo que exigen flexibilizar la jornada y, en ocasiones, desatender los límites legal o convencionalmente establecidos. Factores como la deriva de nuestro sistema productivo hacia el sector servicios, una mayor incorporación de la mujer al ámbito laboral, la irrupción del teletrabajo, la inclusión de nuevas tecnologías en la producción, la exigencia de una conciliación de la vida personal y laboral o, en fin, una cierta individualización en la adaptación de las condiciones laborales relativizan el papel de la ley e incluso la del Convenio Colectivo para priorizar la determinación contractual tanto de la jornada como de su distribución, por supuesto respetando los límites legal o convencionalmente establecidos pero diversificando hasta tal punto su realidad que se antoja difícil una sistematización sobre la misma ([1]).

Con las últimas reformas [Leyes 3/12, de 6 de julio (BOE, 7) y 35/10, de 17 de septiembre (BOE, 18) respectivamente] parece imponerse una idea clave. Y es que la mejora de la productividad pasa por una distribución más flexible y una ordenación menos rígida de la jornada de trabajo. No merece la pena insistir, por su conocimiento generalizado, que la producción fordista requería una regulación legal uniforme de la jornada, remitiendo a la negociación colectiva la adaptación o mejora de los términos generales. Pero la terciarización de la economía en una sociedad de la información como la actual exige una distribución más irregular y menos uniforme y una mayor diversidad en la

[1] LÓPEZ CUMBRE, L., "Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España", AAVV, *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Granada, Comares, 2014, pp. 97-124.

fijación de las jornadas laborales, incorporándose a la negociación colectiva la adaptación -que no siempre la mejora- de lo establecido en la ley a las necesidades de cada sector o de cada empresa. Impone una alteración de los esquemas tradicionales, lo que no siempre ha de estar reñido con el mantenimiento de los derechos históricamente logrados por los trabajadores ([2]).

2. Las exigencias laborales derivan de un cambio estructural en la sociedad, con hábitos interiorizados por el consumo exacerbado de los países desarrollados, entre ellos el nuestro. La ansiada estabilidad presupuestaria y la necesidad de fomentar la competitividad, potenciarían la liberalización aún de los horarios comerciales y las posibilidades de apertura comercial en domingos y festivos (RD-L. 20/12, de 13 de julio, BOE, 14 modifica, en su art. 27, la Ley 1/04, de 21 de diciembre, BOE, 22). Un régimen especial para las actividades de servicios, aceptando que sean las Comunidades Autónomas las que fijen los límites en atención al atractivo comercial de ciertos días para los consumidores sin que aquéllas puedan restringir la actividad durante los días laborales de la semana a menos de noventa horas ni rebajar a menos de diez los domingos y festivos de apertura. No se oculta que la potenciación del consumo y de la competitividad en los términos expuestos no se adecúan a la manifestada pretensión (DA 17 Ley 3/12) de racionalizar horarios laborales en pro de la demandada conciliación de la vida personal y laboral y con el concepto de corresponsabilidad.

Lejos de conseguir este objetivo, en la práctica se observan fórmulas de cuantificación y de distribución muy diferentes a las tradicionales que o bien se incluyen en la negociación colectiva o bien se ofrecen con carácter individual a los trabajadores. Sistemas flexibles que permiten al trabajador, dentro de unos límites prefijados, la elección de la hora de inicio y de salida del puesto de

[2] GARCÍA NINET, J.I., "Trabajo nocturno y a turnos y protección de la salud", *Tribuna Social*, núm. 234, 2010, pág. 37.

trabajo; horarios escalonados en los que la hora de inicio y de salida del trabajo se fija de forma diferente en función de los grupos de trabajadores existentes en la empresa; semanas comprimidas en las que se trabaja el número de horas establecidas por semana pero en menos días con jornadas más largas; o "cuentas de ahorro de tiempo" para que los trabajadores puedan distribuir sus horas hasta un número máximo acumulando las horas en función de sus necesidades bajo límites preestablecidos. La anualización de la jornada - permisividad en la ley, pero especialmente en la negociación colectiva, de una distribución irregular de la jornada a lo largo del año- y la intervención de los agentes sociales consolidando este modo de gestionar de forma flexible el tiempo de trabajo, aun cuando constituya ésta una necesidad de la empresa y no una prioridad del trabajador, son factores que han contribuido sobremanera a la eficacia de esta diversidad de fórmulas de ordenación del tiempo de trabajo ([3]).

3. Sigue siendo, pues, el tiempo de trabajo un elemento nuclear en la conformación de la relación laboral. Tanto su perspectiva cuantitativa -cuánto tiempo se trabaja- como cualitativa -cómo se organiza y se utiliza el tiempo de trabajo (disponibilidad, localización, variabilidad)-, la empresa se halla interesada en fijar el máximo tiempo con la mayor producción y, a poder ser, sin incremento de costes y el trabajador requiere garantía sobre la distribución vital entre trabajo, ocio y descanso (el triple ocho; ocho horas de trabajo, ocho de ocio, ocho de descanso).

Sin embargo, la flexibilidad aplicada al tiempo de trabajo diversifica la jornada, permitiendo exceder con creces los límites de la duración más clásica (cuarenta horas semanales de lunes a viernes con jornada partida), aunque siga siendo ésta la cuantía y distribución mayoritaria entre la población trabajadora. Jornadas más reducidas conducen a salarios más bajos, si bien, jornadas más largas no siempre suponen salarios más elevados aunque conlleven incremento

[3] LÓPEZ CUMBRE, L., "Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España", *op.cit.*, pp. 97-124.

de riesgo para la seguridad y salud en el trabajo amén de un conflicto de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Y, sobre todo, el trabajo que se distribuye de forma flexible a lo largo del día o de la semana se extiende a momentos en los que antes no se trabajaba o, si se hacía, se lograba una importante compensación económica o un incremento en el tiempo de descanso. Ahora cualquier franja horaria o cualquier día puede ser laborable y, aun cuando no constituya ésta tendencia mayoritaria, sí se ha convertido en una progresiva manifestación de moderna gestión del tiempo de trabajo.

4. Antes de las dos últimas reformas laborales, la estructura de la negociación colectiva en España presentaba tres rasgos característicos respecto de la ordenación del tiempo de trabajo: la jornada y su distribución se fijaban en la empresa o en el centro de trabajo; se consideraban frecuentes las cláusulas de distribución irregular para adecuar la jornada de trabajo a las necesidades de la empresa; y la negociación colectiva señalaba límites orientativos (diez horas como jornada máxima diaria, cincuenta horas como límite semanal o una distribución irregular anual de entre cincuenta a cien horas año, con carácter general). La crisis económica y el deterioro de derechos laborales –pero especialmente sindicales- han hecho que la negociación colectiva se debilitara progresivamente, imponiéndose medidas de forma unilateral, no por consenso.

A título meramente ilustrativo, la jornada se establece en aproximadamente 37,5 horas semanales, siendo la jornada parcial de 18 horas a la semana con un catorce por ciento de contratación a tiempo parcial. Aproximadamente el 42% de la población ocupada trabaja 40 horas a la semana y un 22% entre 30 y 39 horas. Sólo un 10% se encuentra entre 41 y 49 horas de trabajo. Un 27% trabaja entre 10 y 19 horas semanales. Las jornadas más largas las ocupan hombres, siendo la distribución por debajo de 30 horas semanales muy similar en términos de género. Sin embargo, en el trabajo a tiempo parcial, las mujeres superan a los hombres en el tramo de 20 a 29 horas mientras que son más los varones que trabajan menos de 10 horas. En España, la mujer trabaja 2,6

horas menos que el hombre en supuestos de jornada a tiempo completo, pero 0,6 horas más si se trata de jornadas a tiempo parcial. Construcción, comercio y hostelería pueden superar las 60 horas semanales con mayor presencia de varones en construcción y de mujeres en hostelería. Los trabajadores a tiempo parcial suelen efectuar un 48% de horas por encima de la jornada pactada a través de horas complementarias (comercio, hostelería, educación, sanidad, servicios sociales, etc). Los varones realizan más horas complementarias que las mujeres y, especialmente, los más jóvenes (entre 26 y 35 años) ([4]).

[4] Datos extraídos del estudio *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*, Madrid, Comisiones Obreras-Ministerio de Empleo y de Seguridad Social, 2012, pp. 165 y ss.

CAPÍTULO I. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL TRABAJO NOCTURNO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA HASTA LA REGULACIÓN ACTUAL DEL TRABAJO NOCTURNO: SU UBICACIÓN COMO UN ELEMENTO DEL TRABAJO A TURNOS

1. La limitación de la jornada máxima como conquista laboral histórica

1. La limitación de la jornada de trabajo constituye una de las aspiraciones de la clase trabajadora en los comienzos del siglo XX. Existen entonces en nuestro país numerosos oficios con jornadas que oscilan entre las nueve y las catorce horas ([5]). Las reivindicaciones obreras sobre reducción del tiempo de trabajo se formalizan en este período a través de movimientos huelguísticos que tienen su máximo exponente en la huelga de la empresa la Canadiense ([6]) –iniciada el 5 de febrero de 1919- llegando a decretarse el estado de guerra en la ciudad de Barcelona al extenderse el conflicto inesperadamente a otros muchos sectores y a numerosas actividades. Finalmente, y tras cuarenta y cuatro días de huelga, se alcanza un acuerdo que consiste en la elevación de los salarios y en la reducción de la jornada de trabajo a ocho horas.

---

[5] Datos sobre duración de las jornadas de trabajo en distintos oficios y ámbitos geográficos antes de la promulgación del RD de 3 de abril de 1919 extraídos de AAVV, *Estadística de los salarios y jornada de trabajo referida el período 1914-1925*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, Sobrinos de sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1927 y AAVV, "Duración de la jornada en distintos oficios y términos geográficos de España", *Revista de Trabajo,* núm. 8, 1964, pp. 241-284.

[6] "*Así, en 1916 el número de huelgas se eleva a 41, con un número global de huelguistas de 14.773; en 1917 el número alcanzado es de 43, con un total de 19.726; en 1918 los datos son de 23 conflictos desconocidos, 58 conocidos y un total de 23.032 obreros en huelga, lo que representa el 21,10% del total, siendo las provincias más conflictivas las siguientes: Valencia (con 5.255), Madrid (con 3.541), Barcelona (con 3.306), Córdoba (con 3.100), Zaragoza (con 2.679) y Badajoz (con 1.200). Para el primer trimestre de 1919 el número de conflictos por esta cuestión es de 23 (conocidos), con un total de 8.832 huelguistas, lo que comparativamente nos da un índice significativo del ardor combativo por la reducción de la jornada de trabajo que alcanza es estos años sus cotas más altas como preludio de la regulación del 3 de abril*", *vid.* GARCÍA NINET, J.I., "Elementos para el estudio de la evolución histórica del Derecho español del Trabajo: regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931", II parte, *Revista de Trabajo,* núm. 51, 1975, pp. 94-95.

Antecedentes que preceden, justifican y contextualizan la aprobación del Real Decreto de 3 de abril de 1919 (Gaceta, 4) que establece la jornada máxima de ocho horas diarias o cuarenta semanales, con carácter general. El Gobierno acepta así una de las cuestiones esenciales de las reivindicaciones de la clase obrera como manifestación de los principios de humanidad y de justicia, según manifestaciones contenidas en la Exposición de la norma. Se constata aquí, tal y como señalara la doctrina, que, por una parte, son los trabajadores los propios protagonistas de la consecución de sus mejoras laborales y que, por otro lado, la fuerza del movimiento obrero tiene como elementos nucleares la actuación solidaria y agrupada ([7]).

2. El Real Decreto consta de una exposición y de cuatro artículos. El primero de sus preceptos concreta los términos en los que se llevará a efecto la reducción de jornada, señalando que la duración máxima legal será de ocho horas al día o cuarenta y ocho semanales en todos los trabajos a partir del 1 de octubre de ese mismo año. A continuación, los tres artículos siguientes establecen el régimen de excepciones al citado precepto, concretando qué industrias y especialidades deben ser exceptuadas por imposibilidad de aplicar dicha jornada ([8]).

Así, los Comités paritarios profesionales, que han de constituirse antes del 1 de julio, propondrán al Instituto de Reformas Sociales, antes del 1 de octubre, las industrias o especialidades que deben ser exceptuadas (art. 2). El Instituto de

[7] Se trata de la primera disposición gubernamental de alcance general para todo el país que regula el tema de la jornada de trabajo al tiempo que la reduce y que dará paso a los cimientos de la regulación completa de todo cuanto a tiempo de trabajo se refiere, delimitando claramente toda la extensión de este aspecto tan crucial del contrato de trabajo, GARCÍA NINET, J.I., "Elementos para el estudio de la evolución histórica del Derecho español del Trabajo…" *op. cit*., pág. 101.

[8] La Exposición del Real Decreto justifica el régimen de excepciones aludiendo a que la representación patronal y obrera, en unánime expresión de la justicia y de la prudencia que inspira sus acuerdos, han considerado que, existiendo industrias cuya organización integral ha de hallarse coordinada con la de sus semejantes en el extranjero, si no han de verse colocadas en condición de inferioridad y en trance de ruina y muerte, deben constituirse aquellos organismos adecuados para el estudio de los casos de excepción.

Reformas Sociales, después de recabar la información necesaria, resolverá antes del 1 de enero de 1929 la jornada que ha de establecerse en los trabajos efectuados (art. 3). Por último, los Comités paritarios que en esa fecha no hayan tramitado sus propuestas ante el Instituto deberán respetar la jornada máxima legal establecida ([9]). Fueron muchas las dificultades para lograr reunir a los comités y conseguir su aprobación, lo que obligaría a facilitar una clasificación legal de las industrias, profesiones y especialidades de trabajo a través de la Real Orden de 24 de mayo de 1919 (Gaceta, 25) ([10]). Tampoco el plazo concedido resultaría generoso para lograr el fin, prevaleciendo finalmente la encomienda de una propuesta a las Juntas locales de Reformas Sociales ([11]).

3. La regulación del nuevo procedimiento para establecer el régimen de excepciones a la jornada máxima legal de ocho horas se encuentra en el Real Decreto de 21 de agosto de 1919 (Gaceta, 24). Y, en atención a lo expuesto,

---

[9] "*Se inicia así un régimen corporativo apto para ser suficiente garantía de los derechos de todos. En efecto, entre las reformas sociales con que recientemente el intervencionismo del Estado ha procurado garantizar la justicia y la paz en los centros de trabajo, ocupa lugar preferente la institución del régimen corporativo que, concertando los derechos y los intereses de patronos y obreros, mediante convenios pactados con perfecto conocimiento de la realidad, evita los abusos del egoismo y la violencia*", incluido asimismo en la Exposición de la Real Orden de 21 de agosto de 1919.

[10] La Exposicón de la Real Orden alude a los obstáculos que necesariamente surgen cuando se trata de determinar un criterio para la elección de los Vocales en la respectiva representación patronal y obrera. Al respecto señala que "*parece evidente que dentro de un régimen corporativo ha de predominar el criterio social y que, por lo tanto, lo más razonable sería que las Asociaciones profesionales eligieran libremente los Vocales de los mencionados consejos; pero la realidad se opone ahora a esta solución, ya que sólo una exigua minoría de obreros y patronos se hallan asociados. La elección directa por individuos resulta a su vez ahora difícil, anárquica y perturbadora y únicamente podría admitirse a título subsidiario allí donde no hubiera Asociación, o donde ésta sólo agrupase una minoría de profesionales. Una y otra solución resultan hoy de aplicación dificilísima por carecerse de los censos adecuados definidores del derecho electoral social. Son gravísimos y de gran monta los intereses que han de ponerse en manos de estos organismos mixtos para dejarlos sujetos al riesgo de una representación ilegítima*".

[11] "*Las razones aducidas para tal elección son varias; en primer lugar se hace constar que estas Juntas locales de Reformas Sociales ya vienen entendiendo en la aplicación de otras leyes, así la ley que regula la jornada mercantil, cuyas principales disposiciones se han puesto en manos de las Juntas locales; en segundo lugar se alega que pueden merecer la confianza de obreros y patronos, y ello porque además de tener una constitución mixta, están en contacto directo con la realidad social*", en Exposición del Real Decreto de 21 de agosto de 1919.

serán las Juntas locales de Reformas Sociales las que, antes del 1 de octubre, deberán proponer al Instituto de Reformas Sociales las industrias y profesiones que deban ser exceptuadas de la jornada máxima de ocho horas establecida con carácter general por el Real Decreto de 3 de abril de 1919 –el beneficio de la jornada máxima de ocho horas alcanza a toda clase de obreros, lo mismo industriales que agrícolas, hombres y mujeres- (art. 4).

A tal fin, las asociaciones, ya sean patronales u obreras, las empresas industriales, los gremios y cuantas entidades tengan relación con la vida del trabajo, podrán formular ante las Juntas locales las alegaciones que estimen oportunas para el mejor éxito de la función que por este Decreto se encomienda a éstas. También han de ser oídos por las Juntas locales el Inspector de Trabajo y el Delegado de Estadística del Instituto de Reformas Sociales, si es que los hubiera en la localidad de que se trate. Si en algún Municipio no hubiese Junta de Reformas Sociales, corresponderá entender en esa función a la Junta local más próxima (art. 3 RD 21 ago.1919). Serán propuestas justificadas, con exposición pormenorizada de las razones alegadas en pro y en contra de la excepción. El Instituto de Reformas Sociales resolverá antes del primero de año sobre las propuestas de excepción y comunicará al Ministerio de la Gobernación la relación de excepciones aprobada para su publicación en la Gaceta y en los boletines oficiales de cada provincia ([12]). Régimen que, finalmente, no alcanzará a los servicios de comunicaciones y de transportes, así como las organizaciones industriales y de trabajo que dependan directamente del Estado, que deberán regirse por Decretos especiales dictados por cada Departamento ministerial.

2. Las primeras manifestaciones legales del trabajo nocturno como parte de la organización de un trabajo a turnos

1. A pesar de las dificultades por las que atravesó la fijación del régimen de excepciones a la jornada máxima legal de ocho horas, finalmente el Real

[12] La Real Orden 23 dic.1919 (Gaceta, 24) prorrogó el plazo hasta el 15 de enero de 1920.

Decreto de 3 de abril de 1919 entró en vigor el día 1 de octubre, aplicándose por tanto en todas las industrias o especialidades que no hubieran formulado a las Juntas locales de Reforma Social su propuesta para ser excluidas de la aplicación de la jornada de ocho horas. Pero esta regulación supondría una complicación para las empresas con procesos productivos continuos que organizaban su producción a través de turnos de doce horas de duración, puesto que implicaba necesariamente incrementar el número de turnos, pasando de dos de doce horas a tres de ocho horas de duración.

De este modo, las fábricas y talleres con funcionamiento continuo, viéndose directamente afectadas por la aplicación de la jornada de ocho horas, presentaron a las Juntas locales de Reformas Sociales sus alegaciones para conseguir que se las contemplara como un supuesto de excepción a la jornada máxima de ocho horas establecida con carácter general por el Real Decreto. Las razones alegadas fueron básciamente económicas ([13]), considerando que un tercer turno suponía contratar a nuevos trabajadores y, en consecuencia, el pago de un salario más ([14]). No ocultaron, además, causas organizativas pues, al requerir un turno extra, apreciaban la falta de personal para cubrirlo y la necesidad de proceder al incremento de sus plantillas, encareciendo los costes de producción.

El Instituto de Reformas Sociales respondería afirmativamente a la demanda, fijando una excepción temporal a la aplicación del Real Decreto en

[13] *Aplicación de la jornada máxima de ocho horas: informe de la sección, acuerdos y disposiciones correspondientes*, Instituto de Reformas Sociales, Madrid, 1920. El Instituto de Reformas Sociales sostuvo que las ventajas de tal índole no debían ser compensadas a costa de los trabajadores, pues si la jornada nueva trajese la proporcional reducción del salario, sería ilusoria la ventaja generalizada, pues los trabajadores serían los primeros interesados en seguir percibiendo, a costa de lo que fuera, el anterior salario.

[14] GARCÍA NINET, J.I., *Jornada de trabajo. Horario y Horas extraordinarias*, Madrid, Edersa, 1977, pág. 142. Señala el autor que esto es así puesto que a partir del Real Decreto 3 abr.1919 se creaba la presunción, aunque expresamente no se dijera, de que los salarios anteriores debían corresponderese con la nueva jornada máxima, lo que implicaba un aumento real del valor del salario. Con posterioridad, la Real Orden 15 ene.1920 (Gaceta, 16) establecerá en su artículo 3º que la reducción de la jornada no podrá ser causa determinante de una disminución correlativa de los salarios y remuneraciones.

este tipo de actividades, que fue contemplada en la Real Orden de 15 de enero de 1919 (Gaceta, 16). Así, en su Disposición Transitoria se establece el régimen de esta excepción, entre los que resaltan los siguientes aspectos: a) ámbito objetivo: las fábricas y talleres de funcionamiento continuo que en el momento de la aprobación del citado Real Decreto funcionan con dos turnos de doce horas; b) ámbito subjetivo: la excepción sólo se aplicará al personal especializado, quedando exluidos, en consecuencia, los peones; c) contenido: la excepción consiste en que pueden seguir funcionando con los dos turnos de doce horas, ahora bien, debe repartirse entre los dos turnos el importe del jornal del tercero, en compensación al mayor número de horas de trabajo ([15]); d) ámbito temporal: la excepción tiene carácter temporal, esto es, se aplicará transitoriamente el tiempo que sea estrictamente preciso para reclutar el tercer turno. Siendo éste un límite temporal muy abstracto, la Real Orden establece dos límites específicos: uno para las empresas de temporada, no extendiéndose la excepción a más del término de la misma; y, otro general, para todas las fábricas y talleres, que resulta fijado en el 31 de diciembre de 1920, momento a partir del cual el régimen de tres turnos de ocho horas deberá estar implantado en todas las fábricas y talleres de proceso continuo.

2. Además de la Real Orden de 15 de enero de 1920 que establece las normas generales para la aplicación de la jornada máxima de ocho horas, el Ministerio de la Gobernación aprueba otra Real Orden para establecer las excepciones de la jornada máxima ([16]). Despúes de establecer las excepciones personales, así como las actividades en las que se aplicará el Real Decreto de 3 de abril de 1919 de un modo específico, el último artículo de esta Real Orden

[15] La finalidad del citado recargo económico no era otra que la de conseguir que los patronos dejasen de tener interés en prolongar innecesariamente el sistema de trabajo de dos turnos de doce horas, puesto que al empleador le resultaba igualmente caro el sistema de dos que el de tres turnos, siendo, al contrario, el sistema de tres turnos el más beneficioso para la industria por el mejor trabajo desempeñado en menor tiempo y con menor fatiga. GARCÍA NINET, J.I., *Jornada. Horario y horas extraordinarias…*, *op. cit.* pág. 144.

[16] Real Orden 15 ene.1919 (Gaceta, 16).

determina que, en sitios bien visibles de los lugares de trabajo, deberán hallarse expuestos constantemente carteles donde se indique las horas en que comienza y termina el trabajo, así como las que correspondan a cada uno de los turnos, en el caso de que los hubiere (art. 14) ([17]). Una obligación nada baladí para el empresario que, a partir de entonces, verá fiscalizada la aplicación y control efectivo de la jornada de ocho horas ([18]).

3. La particular consideración histórica de determinados sectores en la regulación del trabajo nocturno

1. Con anterioridad a la aprobación del RD de 3 de abril de 1919 se habían aprobado normas sectoriales de limitación de la jornada máxima en sectores concretos -en las minas (1910), en el textil (1913), en la dependencia mercantil (1917) y en la construcción (1919)- encontrándose, algunas de ellas, vinculadas con la organización del trabajo a turnos.

Así, la Ley 27 dic.1910 sobre jornada en las minas (Gaceta, 31) establece jornadas máximas en las minas, diferenciando las labores subterráneas –en las cuales la jornada máxima ordinaria no podrá exceder de nueve horas al día (art.

[17] La norma añade que los carteles deberán también indicar las horas de descanso que, sin formar parte de la jornada, se hallen intercaladas entre las que se destinen al trabajo. Este artículo constituye el antecedente inmediato del art. 16 de la Ley de jornada máxima legal.

[18] La Ley fabril inglesa de 7 de junio de 1844, que entró en vigor el 10 de septiembre del mismo año adoptó, entre otras, las siguientes e importantes disposiciones particulares para eliminar los abusos del falso "sistema de relevos": "*La jornada laboral de los niños y personas jóvenes se contará a partir del momento en que cualquier niño o persona joven empiece a trabajar en la fábrica por la mañana. El comienzo de la jornada laboral se habrá de fijar según la hora indicada por un reloj público, a modo de ejemplo el reloj de la estación ferroviaria cercana, por el cual deberá regularse la campana de la fábrica. El fabricante está obligado a colocar en la fábrica un cartel, impreso en caracteres grandes, donde consten el comienzo, el término y las pausas de la jornada laboral*" MARX, K., *El Capital*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, págs. 340-341. Cuestión trascendental dentro del cumplimiento de las normas de jornada sería siempre la seguridad de la jornada diaria y para ello nada mejor que imponer al empresario la fijación en lugar visible del trabajo de los carteles en donde se indicase las horas de comienzo y fin del trabajo, las de descanso, las de iniciación y fin de los distintos turnos. Vid. GARCÍA NINET, J.I.: "Elementos para el estudio de la evolución histórica del derecho español del trabajo…", *op. cit.*, pág. 116.

3)- y la jornada máxima en los trabajos de laboreo a zona abierta, que tendrá una duración media anual de nueve horas y treinta minutos, regulando la diaria, durante las estaciones del año, por la luz solar, y de modo que en ningún tiempo exceda de diez horas (art. 4). Estas limitaciones de jornada afectan a la organización del trabajo en las minas y por ello el legislador prevé mecanismos o instrumentos para que la aplicación de la ley sea compatible con las necesidades organizativas de las empresas.

El legislador opta, de este modo, por el doblaje de turnos, permitiendo que un mismo trabajador realice dos turnos de trabajo dentro de las veinticuatro horas. Ahora bien, esta posibilidad queda restringida a los supuestos enumerados expresamente por la Ley: a) labores que no puedan ser interrumpidas en evitación de alteraciones importantes en una mina o parte de ella; b) explotaciones en que por costumbre establecida y con acuerdo favorable de los obreros, a un día de trabajo en dos turnos sigue un día entero de descanso; y c) en las cuadrillas de reparaciones urgentes, si para evitar el trabajo en los domingos se conviniese anticiparlo el sábado. Como puede advertirse, se trata de excepciones a la jornada máxima ordinaria establecida por la Ley, estando sometidas a la autorización correspondiente. Así para el primer supuesto, los propietarios o arrendatarios de las explotaciones estarán obligados a solicitar autorización al Gobierno, previo informe del ingeniero de minas y, para el tercero, la autorización deberá concederla el alcalde.

2. Como es sabido, el trabajo en las minas se desarrolla en unas condiciones de especial penosidad, resultando de lo expuesto que se introducía por Ley la posibilidad de que un trabajador realizara dos turnos de trabajo en un mismo día, esto es, hasta veinte horas de trabajo en los trabajos no subterráneos. Siendo esto posible, la única limitación que se preveía en la norma consistía en establecer un descanso mínimo de cuatro horas entre los dos turnos.

Además de las limitaciones señaladas, la Ley establecía una jornada especial de seis horas diarias para determinadas actividades desarrolladas en condiciones especialmente insalubres -conocida en el ordenamiento alemán como "jornada sanitaria"- (art. 13). Se trata de aquella parte de la explotación subterránea minera donde la temperatura ordinaria, dentro de las condiciones normales del laboreo, sea igual o mayor a treinta y tres grados centígrados; así como aquéllas en que los obreros tengan que trabajar hundiendo constantemente sus extremidades inferiores en agua o fango –si bien, cuando la temperatura exceda de cuarenta y dos grados centígrados, solamente se podrá trabajar en caso de necesidad imprescindible o de peligro inminente-; o en las minas de Almadén, para las labores subterráneas y las insalubres del exterior. Del mismo modo, se prevé que, en otros casos excepcionales de insalubridad determinados por el Gobierno, se rebaje la jornada máxima ordinaria en el número de horas que éste fije, oyendo al Consejo de Minería y al de Sanidad. Finalmente, este mismo precepto prohíbe la adopción de doble turno para un mismo obrero.

3. Por su parte, la limitación de jornada en los establecimientos mercantiles tiene lugar en 1918 ([19]) con la aprobación de la Ley de 4 de julio (Gaceta, 5) ([20]). A partir de ese momento se establece un descanso continuo de doce horas en los días del lunes al sábado de cada semana, a favor de todas las personas que presten servicios por cuenta del dueño de un establecimiento mercantil. Asimismo, durante la jornada de trabajo se concederá un descanso de dos horas para comer (art. 11).

[19] "*Son varias las razones que pueden aducirse para explicar la limitación de la jornada en los establecimientos mercantiles: de una parte la mayoría de los países civilizados ya habían acometido la regulación de la jornada para estos trabajadores, de otro lado, en este sector de actividad, frente a la industria, la reducción de la jornada en nada afecta al comercio ni a la competencia internacional, pues aquí no se trata de producir, sino sólo de vender*" GARCÍA NINET, J.I., "Elementos para el estudio…", *op. cit*. pág. 56.

[20] Reglamento provisional para la aplicación de la Ley regulando la jornada de la dependencia mercantil 16 oct.1918 (Gaceta,18).

Además de esta limitación de la jornada para los dependientes mercantiles, se establecía la obligación de que todo establecimiento mercantil debía estar cerrado, al menos, doce horas consecutivas cada día de la semana, desde el lunes al sábado, ambos inclusive, con prohibición de todo trabajo durante dicho tiempo (art. 1 Reglamento provisional 16 de octubre de 1918) ([21]). Téngase en cuenta que las horas de apertura y cierre de los establecimientos mercantiles serán fijadas por las Juntas Locales de Reformas Sociales, adaptándolas a las circunstancias locales y temporales del año. Se admite que los sabados el cierre difiera en medio hora de duración (art. 2 de la Ley). Puesto que la aplicación efectiva de la Ley llevaba aparejada el cierre de los establecimientos durante doce horas consecutivas, se optó por fijar un régimen de excepciones para actividades en las que la aplicación de esta medida ocasionaba perjuicios a terceros y al público en general, al tratarse de servicios que vienen exigidos por los paticulares de modo intempestivo o por constituir necesidades urgentes y perentorias ([22]).

---

[21] En consecuencia con lo indicado, el cierre de los establecimientos durante las doce horas de descanso de los trabajadores, venía a constituirse en una garantía para el cumplimiento efectivo de la Ley. En este sentido, es muy ilustrativa la intervención de Francisco Largo Caballero-discusión del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados- en los siguientes términos "*lo importante es fijar la limitación de jornada del dependiente, con independencia de que los patronos puedan tener abiertos sus establecimientos todas las horas que quieran, con tal de que no obliguen al obrero a trabajar más horas de las previstas legalmente, estableciendo para ello los equipos precisos. Pero esto resulta utópico, porque el empresario español, y de esto es consciente la Comisión y por eso opta por el cierre de los establecimientos, siempre buscan el modo de incumplir las leyes laborales, siendo por tanto necesario el cierre del establecimiento como única inspección posible*…".

[22] Las actividades aparecen enumeradas en el artículo 3 de la Ley: farmacias, tiendas de artículos de cirugía, ortopedia, sanidad y laboratorios; empresas de servicios fúnebres; cafés, fondas, hoteles, carnicerías, pescaderías, cervecerías, horchaterías, puestos de refrescos, casas de comidas que no sean a la vez taberna o expendedurías de bebidas alcohólicas, mercados, panaderías, fruterías, verdulerías, ultramarinos, vaquerías, peluquerías y barberías; venta de artículos de comer, beber y arder, en locales de espectáculos públicos, estaciones, trenes y buques; venta y distribución de periódicos y revistas en cualquier paraje; casas de baños; expendedurías de las Compañías Arrendataria de Tabacos y Timbres del Estado; Cajas de Ahorros y Montes de Piedad; cualquier otro establecimiento similar a los anteriores, en los casos en que no pueda someterse al régimen ordenado en el artículo 2º, sin grave perjuicio para el interés público, y aquellos en que las operaciones de venta no exijan la asistencia continua de los dependientes, o en que por la naturaleza del comercio tuvieran que efectuarse dichas operaciones fuera de las horas fijadas en el citado artículo. GARCÍA NINET, J.I., "Elementos para el estudio…", *op. cit*., p. 76.

Por lo tanto, en todas las actividades enumeradas en la Ley, los establecimientos mercantiles podían estar abiertos más de doce horas, invadiendo en consecuencia las doce horas de descanso para los dependientes que establecía la Ley. Ahora bien, dicha ampliación de los horarios de apertura y cierre no suponía el correspondiente aumento de la jornada de los dependientes, debiendo respetarse en todo caso el descanso continuo de doce horas diarias de lunes a sábado. En consecuencia, el aumento de las horas de apertura al público de los establecimientos, respetando el descanso de doce horas continuas de los dependientes, exigía necesariamente la organización del trabajo de los dependientes en distintos equipos o turnos.

En todo caso, el gremio o rama del comercio de que se trate, o los comerciantes particulares, en su caso, y siempre que no constituyan gremio, acordarán la distribución de la jornada uniforme en cada gremio, oyendo a las asociaciones de dependientes de la localidad, y donde éstas no existan, a los dependientes de cada gremio o rama del comercio. La copia de dicho acuerdo se remitirá al Inspector de Trabajo, donde lo hubiere y, en su defecto, a la Junta Local de Reformas Sociales, o, a falta de ésta, al alcalde. Si los dependientes o sus asociaciones no hubiesen llegado a un acuerdo con los patronos en cuanto a la referida distribución, podrán formular recurso ante el Ministro de la Gobernación que, en este caso, resolverá en el término de treinta días, oyendo previamente al Instituto de Reformas Sociales por un plazo de quince días. Un ejemplar del acta o de la concesión donde conste la distribución de la jornada, autorizado por el Inspector del Trabajo, en su caso, o por la Junta de Reformas Sociales, y a falta de ésta, por el alcalde, se colocará en lugar visible de cada uno de los establecimientos exceptuados. Se indicarán con claridad las hroas de apertura y cierre de cada establecimiento exceptuado, así como aquéllas en que han de trabajar los distintos turnos o clases de dependientes, si la distribución se hiciera siguiendo este criterio (arts. 6 y 7 de la Ley).

4. Junto a estas excepciones permanentes, la Ley contempla otras limitadas para supuestos extraordinarios ([23]), pudiendo organizarse el trabajo estableciendo turnos entre los dependientes –con respeto a lo estipulado en el artículo 7- y, si se pretende encomendar esa labor extraordinaria como aumento de jornada a la misma dependencia que tuviere a su cargo el trabajo ordinario del establecimiento, se requerirá la obtención de una autorización expresa de la Junta local de Reformas Sociales, que deberá velar por que el incremento de jornada no exceda de dos horas.

4. La especial protección del trabajo a turnos durante la II República

4.1. Ratificación de las normas internacionales y adopción de medidas flexibles para permitir el trabajo a turnos

1. Tras la proclamación de la II República, el 14 de abril de 1931, el Gobierno provisional del Partido Socialista aprueba el Decreto de 1 de mayo de 1931 (Gaceta, 1) para la ratificación sin condiciones del Convenio núm.1 de la OIT sobre las horas de trabajo en la industria, adoptado en Washington el día 29 de octubre de 1919. Dicho Convenio establecía que en las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho horas por semana (art. 2 del Convenio de la OIT).

A pesar de la regla general, el Convenio tiene en consideración la imposiblidad de aplicar rigurosamente la jornada de ocho horas en todos los

[23] No regirá lo dispuesto en los artículos 1 y 2 respecto a toda clase de establecimientos: 1º) cuando se trate de trabajos necesarios para evitar perjuicios inminentes, o por causa de inventario o balance, instalación o traslado de establecimiento u otros semejantes; 2º) durante un período máximo de treinta días al año, sin que en ningún caso pueda utilizarse más de seis días seguidos. La determinación de este período de tiempo corresponderá a la Junta local de Reformas Sociales, y, en su defecto, al Alcalde, conforme a lo dispuesto en el artículo 4º respecto a la declaración de excepciones (art. 8 de la Ley).

trabajos, razón por la cual establecería una serie de excepciones, entre ellas, la prevista respecto del trabajo a turnos. De este modo, la jornada de los trabajos que se realicen por equipos podrá sobrepasar las ocho horas al día y las cuarenta y ocho horas por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda esos límites computados en un período de tres semanas o inferior (art. 2.c) del Convenio núm. 1 de la OIT). Obsérvese que la jornada de los trabajadores a turnos no sufre un aumento cuantitativo, sino que se opta por avalar la posibilidad de una distribución irregular de la jornada.

Bien es cierto que, en los trabajos que por su propia naturaleza exigen un funcionamiento continuo, se permite asimismo sobrepasar el límite de horas de trabajo establecido en el artículo 2 del Convenio, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana. Ello implica, por tanto, un incremento de la jornada –nada menos que de ocho horas semanales- de los trabajadores a turnos que prestan sus servicios en empresas que por naturaleza exigen un funcionamiento continuo ([24]).

Por lo demás, y en relación al trabajo a turnos, este Convenio precisará que cada Gobierno deba comunicar a la OIT una lista de los trabajados clasificados como de funcionamiento necesariamente continuo, en el sentido descrito en su art. 4 (art. 7.1.a) del Convenio núm. 1 de la OIT) ([25]). Cada

[24] "*La especial gravosidad que para los trabajadores supone la existencia del sistema a turnos por razones de imperiosa necesidad de orden técnico y las imprescindibles cautelas que deben adoptarse cuando el establecimiento del sistema de turnos seguidos se debe exclusivamente a utilidad o conveniencia simple de la empresa. La distinción estriba en que el interés jurídico protegido por la norma es distinto en ambos casos, sin que sea posible imponer a los trabajadores, por el mero interés económico de la empresa, condiciones de trabajo no solamente más penosas, sino, lo que es peor, innecesariamente más penosas, siendo, además su compensación económica a todas luces deficiente y desproporcionada*" GARCÍA NINET, J.I., *Jornada de trabajo. Horario y Horas Extraordinarias…*, *op. cit.*, pág. 146.

[25] A estos efectos puede resultar de interés transcribir el cuadro de trabajos ininterrumpidos que, en su época, se pensó incluir en el artículo 4 del Convenio nº 1 de la OIT sobre las horas de trabajo en la industria y que finalmente no se incluyó por temor a que resultara incompleto: I a) Industrias en las cuales el trabajo deba necesariamente ser ejecutado de día y de noche, por la totalidad o la gran mayoría de los trabajadores, durante siete días a la

empresario deberá informar, por medio de carteles colocados en sitios visibles de su establecimiento o en cualquier otra forma aprobada por el Gobierno, las horas en que comienza y termina el trabajo y, si el trabajo se realiza por equipos, las horas en que comienza y termina el trabajo de cada equipo. Una vez notificadas, únicmente podrán ser modificadas según el procedimiento establecido por cada Gobierno.

2. Una vez ratificado por España el Convenio núm.1 de la OIT sobre las horas de trabajo en la industria, el Ministerio de Trabajo y Previsión realizó las reformas necesarias a los efectos de que la legislación española se ajustara a lo establecido en el citado Convenio internacional, aprobándose el Decreto de 1 de julio de 1931 (Gaceta, 2). Este Decreto se elevaría a rango de ley el 9 de septiembre de 1931 (Gaceta, 10). Esta Ley de Jornada Máxima Legal prescribirá la duración máxima de la jornada de trabajo en ocho horas diarias, salvo las exclusiones, reducciones y ampliaciones autorizadas por la norma.

Pues bien, no contempla la misma ninguna excepción para el trabajo a turnos, debiendo concluir –sorprendentemente- que la normativa española resultaba más beneficiosa para los trabajadores a turnos que el Convenio núm.1 de la OIT –España suele sobrepasar con su legislación el umbral mínimo

semana: (i) extracción del metal del mineral, o extracción mediante hornos de fundición o cualquier otro proceso, incluso hornos de reverbero, destiladores, hornos eléctricos, procesos electrolíticos y procesos preliminares para calcinar el mineral: (ii) fabricación de coque y recuperación de los derivados del carbón; (iii) producción y refinamiento del petróleo, incluyo el petróleo de pizarra; (iv) servicios de utilidad pública (gas, electricidad, agua); b) ramas de industrias en las cuales se realice necesariamente el trabajo de día y de noche siete días a la semana, pero que sólo constituyan una parte, y generalmente una parte pequeña, del trabajo de la empresa en que se realice: (i) procesos continuos en la fabricación de productos químicos, incluso tintas sintéticas; (ii) refinamiento de azúcar (carboneras); (iii) fabricación de leche condensada (departamento de recepción, cocción, pasterización y refrigeración); (iv) fabricación de cemento (procesos de hornos estilo Schneider y hornos giratorios); v) fabricación de acero (fundición); (vi) obras de construcción (excavación de túneles por medio de aire comprimido, trabajos de bombas y máquinas); (vii) salinas (picadores); (viii) fábricas de vidrio (excitadores de dinamos, tiradores, gavetas, hornos Lehr, cilindros y trabajos de láminas y planchas); (ix) minas (cuidado de bombas, ventiladores, hornos y espirales). II. Industrias en las cuales sea necesario realizar el trabajo durante siete días a la semana, aunque no se realice de día y de noche, como, por ejemplo, la elaboración de productos lácteos, aparte la leche condensada

marcado por este tipo de norma internacional-. De esta forma, el trabajador a turnos español, aunque trabajara en una empresa de funcionamiento continuo por razones técnicas, tenía una jornada máxima de ocho horas diarias. Y todo ello, pese a que el Convenio núm.1 OIT permitiera en estos supuestos sobrepasar el límite señalado, siempre que el promedio de horas de trabajo no excediera de cincuenta y seis semana. La razón por la que el legislador republicano no incorporó al ordenamiento laboral español la excepción prevista en la normativa internacional para el trabajo a turnos se encuentra en el principio de reparto de trabajo, presente en toda la regulación sobre jornada de trabajo de la II República ([26]). La estrecha conexión entre la duración de la jornada y el número de equipos necesarios para garantizar el funcionamiento continuo de las empresas obligaba al Gobierno a actuar de esta manera ([27]).

3. Por su parte, el artículo 16 de la Ley de Jornada Máxima Legal obligará a los empresarios a informar, mediante carteles permanentemente colocados en sitio visible del propio establecimiento o en lugar adecuado, sobre las horas de principio y fin del trabajo y, si éste se realiza por equipos, las horas de principio y fin del trabajo de cada equipo y las concedidas para descanso durante la

[26] La novedad principal de la legislación de jornada máxima de la Segunda República no radicaba en la regla general sobre el tiempo ordinario de trabajo, puesto que se mantenía la jornada máxima de ocho horas establecida en 1919, sino en la regulación de las excepciones a dicha regla general y de las ampliaciones de la jornada ordinaria por medio de horas extraordinarias. El sentido de la nueva regulación fue, en síntesis, extender los beneficios de la ley al grueso de las faenas agrícolas e introducir el principio de reparto de trabajo en toda la regulación de la materia, particularmente en la admisión o no de las horas extraordinarias. Vid. MARTÍN VALVERDE, A., *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados,1987, pág. XCII.

[27] En el pasado, cuando la norma general aplicable al trabajo no por turnos era de 48 horas semanales, la referida con carácter general al trabajo continuo estaba fijada en 56 horas semanales de promedio en períodos de tres semanas. Así, se podía obligar a los trabajadores a laborar incluso 16 horas consecutivas de una vez durante un período de tres semanas (para facilitar la rotación de los equipos), a condición de que disfrutaran durante dichas 16 horas de períodos de descanso mínimos. Cuando después de la crisis de los años treinta la norma general se redujo en ciertos países a 40 horas semanales, las aplicables a los trabajadores en varios turnos se fijaron con carácter general en 42 horas semanales. Se procuró asegurar el funcionamiento continuo de las industrias con diversos sitemas que entrañaban el empleo como mínimo de cuatro equipos. *Vid., El trabajo por turnos y la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1967, pág. 7.

jornada de trabajo no computables en ésta, todo ello conforme a las disposiciones legales, acuerdos de los organismos paritarios o actos legalmente supletorios, que deberán ser citados en dichos carteles. Tales horarios no podrán ser modificados sin dar conocimiento previo a los organismos paritarios correspondientes y al servicio de la Inspección de Trabajo.

La escasa atención que presta el legislador a esta materia pone de relieve la poca importancia de esta modalidad de organización del trabajo en nuesto sistema productivo de la época y supone un reconocimiento implícito de las facultades que ostenta el empresario sobre todo aquello que se refiera a la organización de los distintos turnos de trabajo, ostentando un poder omnímodo a la hora de implantar dicho sistema. Una ausencia reguladora que contrasta la exhaustividad con la que el legislador regula el trabajo a turnos en determinados sectores.

4.2. La excepcional regulación por sectores especialmente proclives a la producción continuada

1. La norma dedica el art. 81 a regular la protección del personal de conducción de máquinas y demás personal sujeto a turnos fijos. A estos trabajadores se les aplicará el régimen de la jornada legal ordinaria, ateniéndose a las siguientes reglas: a) los turnos podrán comprender un número de días no superior a treinta, sin que excedan de siete consecutivos los que estos trabajadores puedan estar fuera de su residencia; b) la jornada media de cada turno no podrá ser superior a ocho horas; c) para la determinación de la jornada media de un turno se dividirá el número total de horas de trabajo efectivo que comprenda por el número de días del turno, calculando como días laborables seis de cada siete; d) la duración máxima del servicio entre dos descansos no excederá de catorce horas más de dos veces consecutivas ni más de diez veces por mes (en atención a las condiciones especiales del servicio prestado en las

líneas pequeñas de vía estrecha, cuya longitud total a cargo de la misma Compañía explotadora no exceda de 350 kilómetros, se podrá, en casos excepcionales, ampliar hasta dieciséis horas la duración de un servicio continuado sin alterar la jornada media de ocho horas).

Lo mismo ocurre, y sirva a los solos efectos ilustrativos y para finalizar, con los revisores de billetes o interventores en ruta. Este personal podrá ser sometido a turnos de servicio que se regirán por las siguientes reglas: a) los turnos de los Agentes se fijarán teniendo en cuenta los elementos siguientes: duración máxima de un servicio; duración mínima del descanso comprendido entre dos servicios; periodo y duración mínima de los descansos prolongados que han de intercalarse en los referidos turnos para ser disfrutados en la residencia de los Agentes; y jornada media correspondiente a cada turno o grupo de turnos; b) la jornada media diaria correspondiente a cada turno no podrá exceder de ocho horas; c) la jornada media de cada turno se refiere al periodo de tiempo completo que comprende el turno y se determinará dividiendo por dicho periodo la suma de las horas de servicio que comprenda todo el turno, descontando, por lo tanto, todos los descansos intercalados en el mismo; d) la duración máxima de un servicio continuado no será mayor de doce horas en general, pudiendo llegar a catorce cuando las necesidades del servicio lo exijan; e) la duración mínima del descanso que ha de intercalarse entre dos servicios continuados se acomodará a la duración de los mismos, no considerándose como descanso efectivo para la determinación de la jornada media de cada turno aquellos cuya duración no llegue a setenta minutos; y f) la duración mínima del descanso entre dos servicios que duren más de ocho horas será, por lo menos, de ocho horas fuera de la residencia y diez horas en la residencia.

2. Sin embargo, la industria textil algodonera atravesará durante este período una situación especialmente delicada, con unas elevadas tasas de desempleo. Las causas que motivaron dicha situación son de diversa índole, pero

básicamente se refieren al consumo de los productos elaborados por esta industria. Y es que el ritmo de la actividad industrial es mucho más constante que el de la agrícola, resultando de esta falta de concordancia una serie de irregularidades en el consumo agricultor respecto a la producción industrial, irregulariadades que, por otro lado, originaban tanto estados de congestión en la masa de mercancías elaboradas como insuficiencia de aquéllas. Derivado de esta situación tan crítica de la industria algodonera, el Gobierno decide intervenir para potenciar la coordinación necesaria ([28]). Se aprueba, así, la Orden de 28 de septiembre de 1934 (Gaceta, 9) prohibiendo en la industria de hilados y tejidos de algodón el trabajo en tercer turno, esto es, el comprendido entre las once de la noche y las cinco de la mañana. En consecuencia, las fábricas que a la publicación de esta Orden tuvieran establecido un tercer turno de trabajo deberían amortizarlo en el plazo de seis meses. La Orden contemplará la posibilidad de prorrogar el plazo de seis meses, siempre que se dieran circunstanicas que lo justificaran y dicha prórroga fuera autorizada por el Comité Industrial Algodonero –por el tiempo que estimara oportuno y mediante las comprobaciones necesarias-. Por lo demás, las bajas producidas de forma natural en la plantilla de cada explotación durante este período de seis meses, deberían ser amortizadas hasta completar la extinción total de la parte alicuota de aquélla correspondiente al tercer turno. Si no se alcanzara la extinción total del tercer turno por medio de la amortización, el personal sobrante debería ser repartido entre los dos turnos que siguieran subsistiendo.

3. En este contexto, se aprueba el 25 de junio de 1935 la Ley para remediar y prevenir en lo posible el paro forzoso involuntario. Una de las medidas previstas en esta Ley facultaba al Ministro de Trabajo para establecer turnos o reducir jornadas, en aquellas industrias en las que se pudiera justificar el despido parcial de trabajadores debido a crisis económica o falta de trabajo (art.

[28] Uno de los elementos más influyentes en la irregularidad de la producción consiste en la existencia de un tercer turno de trabajo en las fábricas de hilados y tejidos de algodón, a causa de la facilidad con que puede establecerse o suprimirse.

12 de la Ley para prevenir y remediar el paro forzoso). Asimismo, se facultaba al Ministro de Trabajo para dictar las oportunas disposiciones reglamentarias (art. 19 de la Ley). Al no haberse producido este desarrrollo reglamentario del artículo 12, los empresarios despedían a los trabajadores, sin notificarlo al Ministerio de Trabajo, razón por la cual se hacía imposible la aplicación de la prerrogativa ministerial. Para remediar esta situación y facilitar el cumplimiento de la Ley de 25 de junio de 1935, se aprobó el Decreto de 29 de noviembre de 1935 (Gaceta, 3).

A través de esta norma se regulará el procedimiento que las empresas con falta de trabajo o crisis económica debían seguir para poder despedir a los trabajadores. A tal fin, se exigirá la notificación de los despidos al Jurado mixto competente, justificando plenamente las causas que habían motivado su decisión. El Jurado mixto podrá practicar, en el plazo improrrogable de ocho días, las diligencias que estime oportunas y ello con la finalidad de investigar la posibilidad de evitar los despidos mediante el establecimiento de turnos de trabajo o reducción de días semanales de trabajo.

Dentro del plazo indicado, el Jurado mixto deberá emitir un informe declarando la posibilidad o imposibilidad de establecer las medidas referidas anteriormente. El informe tendrá una doble naturaleza. Si declara la imposibilidad de establecer turnos o reducir la jornada, la empresa podrá ejecutar los despidos, siendo por tanto vinculante la naturaleza del informe en dicho supuesto. Si, por el contrario, el informe declara la posibilidad de establecer turnos o reducción de jornada, procederá el traslado del mismo al empresario para que, en el plazo improrrogable de tres días, formule las impugnaciones que estime oportunas. Dicho informe, con las impugnaciones de que hubiera sido objeto, se elevara al Ministerio de Trabajo, para que éste -oído el Consejo de Trabajo- decida en el plazo máximo de quince días. Se trata pues de un informe preceptivo pero no vinculante, por cuanto el Ministerio de Trabajo podrá

autorizar o denegar el establecimiento de estas medidas. Además, si transcurrido el plazo de quince días el Ministerio no se hubiera pronunciado sobre este asunto, la empresa podrá efectuar los despidos previstos.

5. La regulación (reglamentación) franquista del trabajo a turnos

5.1. La Ley de Contrato de Trabajo y los reglamentos de régimen interior de las empresas: fiscalización del trabajo a turnos

1. Como es sabido, el Fuero del Trabajo declarara la voluntad firme del Estado de renovar la tradición católica de justicia social sobre un concepto humano de ejercicio de las actividades productoras. Esto exigirá un absoluto respeto de las leyes divinas, debiendo en consecuencia adaptarse la legislación positiva a dichos mandatos. En este sentido, el descanso dominical constituirá, lógicamente, un "*principio de hondo contenido cristiano que puede restaurar la unidad moral de las empresas que requiere el bien de la Patria*", según la Exposición de Motivos de la Ley de 13 de julio de 1940 relativa al descanso dominical (BOE, 14). A partir de su aprobación quedará prohibido, en domingo y en las fiestas religiosas, todo trabajo material que suponga empleo de la actividad humana mediante el ejercicio de las facultades físicas, así como también el trabajo intelectual por cuenta ajena, sin más excepciones que las expresadas en esta Ley (art. 1). A los efectos de la prohibición de trabajar en domingo y días festivos, el día comienza a las doce de la noche anterior, debiendo respetarse las veinticuatro horas consecutivas de duración del descanso.

No obstante, en las empresas en las que se presten servicios las veinticuatro horas del día, el relevo de los turnos se hará en las mismas horas que los días laborables y a esas horas empezará y concluirá el descanso dominical de los obreros a quienes corresponda (art. 3 del Reglamento de la Ley de descanso dominical de 25 ene.1941 (BOE, 5). Esta previsión, por tanto, constituye una excepción a la prohibición de trabajar en domingo para trabajos que no sean

susceptibles de interrupción. Así, si bien no todas las empresas que tienen un funcionamiento continuo podrán trabajar el domingo, sí aquéllas que no puedan interrumpir la prestación de servicios por la índole de las necesidades o servicios públicos que satisfacen, por motivos de carácter técnico o por razones que determinen un grave perjuicio de interés general a la misma industria (art. 5.1 de la Ley de descanso dominical) ([29]). Por lo demás, se trata de una excepción sometida a serias restricciones. Así, los trabajadores que presten servicios los domingos serán los estrictamente necesarios; deberán disponer de una hora libre, al menos, para asistir a los actos religiosos –sin disminución de salario-; no podrán trabajar durante toda la jornada ni dos domingos consecutivos; tendrán derecho a un descanso continuo de veinticuatro horas, a disfrutar dentro de los siete días siguientes contados desde el mismo domingo o día de fiesta trabajado; y, entre otras, se limitará la jornada de trabajo en domingo a las horas indispensables para salvar el motivo de la excepción.

2. Particular interés suscita la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 (BOE, 24) que obligará a las empresas industriales o mercantiles con

[29] Los artículos 12 y 13 del Reglamento de la Ley de descanso dominical contienen el listado de actividades que se consideran incluidas en el apartado 1º del artículo 5: las comunicaciones áereas, terrestres, fluviales y marítimas, las postales, telegráficas, telefónicas e inalámbricas; las fábricas productoras, generadoras y transformadoras de electricidad, así como los servicios públicos de abastecimiento de agua; las industrias de pesca; el trabajo a bordo; la industria panadera y repostería; la industria de hospedaje; establecimientos de venta al por menor de artículos de comer, beber y arder; confección, reparto y venta de periódicos; establecimientos de higiene personal; las farmacias; empresas de servicios fúnebres; los trabajos de salvamento y su preparación, así como los centros de asistencia sanitaria; la expedición, carga y descarga de mercancías; los servicios de vigilancia y policía rural y urbana; los vigilantes, ordenanzas y guías de museos; las industrias en cuya primera materia trabajada de no someterla a tratamientos inmediatos después de su extracción, puedan producirse alteraciones espontáneas y aquellas cuyas primeras materias tengan breve plazo de tiempo para su aprovechamiento, dentro de este supuesto se comprenderán los mataderos, salazón de carnes y tocino, hielo, cerveza, gaseosas, helados, extractos y conservas vegetales o animales y preparación de frutas frescas; las industrias que relaman la aplicación continua de un agente, por ejemplo, el calor, durante un período mayor de veinticuatro horas; las que por la índole de las operaciones a que se someten las primeras materias, requieren para su desarrollo y terminación plazos mayores de veinticuatro horas, no susceptibles de interrupción; los trabajos preparatorios que, por el ejercicio de las industrias, sea indispensable llevar a cabo, con doce horas de antelación; los servicios de interés especial que puedan afectar a la seguridad personal de los obreros a la general de las explotaciones.

cincuenta o más trabajadores fijos a redactar un Reglamento de régimen interior. La finalidad de dicho Reglamento consistirá en que estas empresas ajusten su organización del trabajo a las normas contenidas en la reglamentación que les resulte de aplicación y a los principios inspiradores del Fuero del Trabajo y de la Ley de Ordenación Sindical (art. 21).

El Reglamento deberá contener, además de las peculiaridades propias de la empresa, las disposiciones necesarias acerca de la organización y jerarquía en el trabajo: plantillas, clasificación del personal, jornada y descanso, vacaciones, salario, lugar y forma de pago, cómputo y retribución de las horas extraordinarias, bases para calcular la retribución y rendimiento del trabajo a destajo y, en general, cuantas prevenciones puedan ser útiles para la buena marcha de la empresa y para el mantenimiento, dentro de la comunidad, de las relaciones de lealtad y asistencia recíprocas que se deben cuantos participan en la producción (art. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo). Señálese que en ningún caso se realiza mención expresa del trabajo a turnos, pudiendo deducirse únicamente de manera indirecta una alusión al mismo, cuando el precepto se refiere a la organización del trabajo ([30]).

Con posterioridad, el Decreto 20/1961, 12 ene., sobre reglamentos de régimen interior de empresa (BOE, 17) aludirá a la jornada y sus modalidades entre las cuestiones que deberá redactar el empresario, sin necesidad de previa audiencia del Jurado de empresa (Artículo 3.5 del Decreto 20/1961,12 ene.). Por su parte, el art. 14 autorizará al Ministro de Trabajo a dictar las normas necesarias para el desarrollo del citado Decreto. En desarrollo de dicho precepto, se aprobará la Orden de 6 feb.1961 (BOE, 9).

[30] En el mismo sentido, GARCÍA NINET, J.I., *Jornada. Horario y Horas Extraordinarias…*, *op. cit.* pág. 150.

Estas normas dispondrían el contenido mínimo que todo Reglamento de Régimen Interior debía contener, destacándose en este análisis únicamente aquellos referidos directa o indirectamente al trabajo a turnos. Y, así, cuando se trabaje en régimen de turnos, se determinará el horario y el modo como haya de llevarse a efecto el cambio entre aquéllos y el tiempo máximo permitido en el desempeño del trabajo cuando se producen problemas en el relevo. Se especificará cómo pueden disfrutar las trabajadoras del descanso de media hora intermedia –computable en la jornada- reconocido por el Decreto-Ley de 15 de Agosto de 1927 en las empresas con dos turnos de trabajo diarios. Las empresas que trabajen con un sistema de turnos, deberán incluir el régimen especial de aplicación del descanso diurno, así como las especialiades del mismo cuando se produce el cambio de turno. Igualmente, las empresas que por motivos técnicos, no pueden interrumpir la prestación de servicios, debiendo trabajar los domingos y días festivos, determinarán en el Reglamento de Régimen Interior el sistema de rotación para el trabajo en domingo. Siempre que sea posible, el sistema de rotación establecido, perseguirá que ningún trabajador preste servicios dos domingos consecutivos. Por último, deberá especificarse la hora a la que pueden asistir a los actos religiosos los trabajadores que deben prestar servicios los domingos. En todo caso, siempre que se establezca un horario de trabajo o se modifique el que estuviera establecido, los empresarios deben recabar la autorización previa de la Inspección de Trabajo. De esta forma, se garantiza que los horarios establecidos se ajustan a las disposiciones legales - Orden de 15 de diciembre de 1944 (BOE, 16)-.

5.2. Las Reglamentaciones u Ordenanzas Laborales y su prioridad aplicativa en la organización productiva

1. No se oculta el interés que sobre esta materia aportarían de forma nuclear las Reglamentaciones u Ordenanzas Laborales. Insertada la facultad para organizar la actividad productiva en la empresa mediante un sistema de turnos de trabajo dentro del poder de dirección del empresario, sin límite, la regulación

normativa estatal pasaría a un segundo plano. Las limitaciones se restringirían a la exigencia de una causa justificativa para poder implantar el turno de noche en empresas con prestación de servicios durante veinticuatro horas al día.

Se exigirá, en esta línea, la alegación de razones técnicas, acumulación de pedidos, naturaleza de las materias primas empleadas en la producción ([31]) o la mecanización de los servicios utilizados [art. 4 de la Ordenanza laboral para las sociedades cooperativas de crédito de 10 de febrero de 1975 (BOE, 21)]. Cuando la implantación del sistema de turnos continuados obedezcan a necesidades de la producción o del servicio, las limitaciones al poder empresarial se encauzarán a través de la exigencia de una autorización por parte de la Delegación Provincial de Trabajo –solicitud de autorización que exige un trámite de información previa a los Jurados de empresa, debiendo ser oída la Organización Sindical- [art. 23 del Ordenanza laboral para la industrias de alimentación de 8 de julio de l.1975 (BOE del 22 de julio)]; o del reconocimiento de la situación de necesidad por parte de la representación del personal. En el supuesto de que dicha representación estimara que no existen necesidades que justifiquen la implantación de un sistema de turnos continuados, decidirá la autoridad laboral [art. 37 de la Ordenanza de Trabajo para la industria de hostelería de 28 feb.1974 (BOE, 11 y 12)] ([32]).

Siendo la organización de los turnos y los relevos una facultad privativa de la empresa, las únicas limitaciones posibles a este poder del empresario son las que se derivan de las normas legales, debiendo obtener la autorización de la

[31] En este sentido, el artículo 41 de la Ordenanza laboral para las industrias del aceite y de aderezo, relleno y exportación de aceitunas de 28 de febrero de 1974 (BOE, 6); artículo 45 c) de la Ordenanza laboral para las industrias del corcho, de 15 de abril de 1972 (BOE, 23). Este artículo permite la realización del trabajo en el turno de noche cuando existan necesidades técnicas, por acumulación de trabajo, o circunstancias excepcionales.

[32] En otras ocasiones, únicamente se exige la información a la representación del personal (Artículo 72 de la Ordenanza laboral para la industria azucarera de 19 de noviembre de 1975 (BOE de 1 de diciembre). El artículo 36 de la Ordenanza laboral para las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales de 15 de febrero de 1975 (BOE del 20)

Inspección de Trabajo, cuando los cambios en la organización de los turnos constituyan una modificación del horario de trabajo ([33]). Como puede advertirse, el empresario ostenta un poder omnímodo en todo lo relativo a la organización de los turnos de trabajo, en consecuencia, puede establecer turnos fijos o rotatorios, y en este último supuesto, determinará tanto el sentido de las rotaciones como la frecuencia de las mismas. De ahí que tan sólo algunas Reglamentaciones laborales se ocupen de esta materia, limitando en alguna medida esta capacidad del empleador.

2. Cabe destacar, en este sentido, aquellas que obligan al empresario a establecer turnos rotatorios dentro de una misma categoría u oficio, con la finalidad de que ningún trabajador preste servicios en el turno de noche de manera continua. Esta regla general sólamente tendrá como excepción los casos de absoluta imposibilidad, debiendo el empresario, en este supuesto, oír el informe del Jurado de empresa o de los enlaces sindicales ([34]). En alguna ocasión se establece un límite a la duración de los turnos, debiendo modificar ser modificados como máximo cada cuatro semanas (salvo los casos probados de absoluta imposibilidad). Igualmente, se establece la existencia de un período de

[33] Así el artículo 47 de la Ordenanza laboral del manipulado y envasado para el comercio y exportación de agrios, de 28 oct.1957 (BOE, 4); art. 50 de la Ordenanza de trabajo para las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de agua, de 27 ene.1972 (BOE, 23); art. 33 de la Reglamentación nacional de trabajo para establecimientos balnearios, de 3 jun.1949 (BOE, 11); art. 36 de la Ordenanza laboral para la industria cervecera, de 23 jul.1971 (BOE, 13); art. 47 de la Ordenanza laboral para las industrias del corcho, de 15 abr.1972 (BOE,23); art. 56 de la Ordenanza de trabajo para embarcaciones de tráfico interior de puertos, de 9 ago.1969 (BOE, 9); art. 45 de la Reglamentación nacional de trabajo en los locales de espectáculos y deportes, de 29 abr.1950 (BOE, 15); art. 37 de la Reglamentación nacional de trabajo en ls industrias de manipulado y exportación de frutos secos, de 18 jun.1949 (BOE, 26); art. 79 de la Ordenanza de trabajo para limpieza pública, riegos, recogida de basuras y limpieza y corservación de alcantarillado, de 1 dic. 1972 (BOE, 29); art. 165 de la Reglamentación nacional para la industria de la pesca de arrastre, de 16 ene.1961 (BOE, 28); artículo 43 de la Reglamentación nacional de trabajo en la industria salinera, de 30 jun.1947 (BOE, 20); artículo 41 de la Ordenanza de Trabajo en las industrias de tintorerías y limpieza, lavandería y planchado de ropa, de 1 dic.1972 (BOE, 30); artículo 60 de la Ordenanza Laboral para las industrias vinícolas, alcoholeras licoreras y sidreras, de 11 de jun.1971 (BOE, 25).

[34] Del mismo modo, el art. 40 de la Ordenanza laboral para la industria metalgráfica, construcción de envases metálicos, tapón de corona, tubos de plomo y estampaciones en chapa, de 1 dic.1971 (BOE, 22).

cuatro semanas entre dos turnos de noche (art. 58 de la Ordenanza de Trabajo para la minería del carbón, de 29 de enero de 1973 (BOE 20 y 21). Por último, y en atención a lo previsto en el artículo 84.3 de la Ordenanza de Trabajo para las industrias de la construcción, vidrio y cerámica de 28 de agosto de 1970 (BOE 5, 7, 8 y 9), las empresas pertenecientes a este sector tendrán libertad absoluta para, una vez oído el Jurado de empresa, organizar el sitema de turnos, siendo sus decisiones susceptibles de recurso ante la Delegación de Trabajo correspondiente. También existen recomendaciones para que, al organizar los turnos, ningún trabajador que haya prestado servicios en el turno de noche o haya realizado horas extraordinarias nocturnas pueda ser empleado en el turno de mañana [art. 33 de la Reglamentación Nacional de Trabajo para establecimientos balnearios, de 3 de junio de 1949 (BOE, 11) y art. 36 de la Ordenanza de Trabajo para la industria de hostelería de 28 de febrero de 1974 (BOE, 11 y 12].

3. Otra de las cuestiones que se contempla en estas normas sectoriales es la relativa a los relevos en los distintos turnos de trabajo. Al tener que garantizarse el funcionamiento continuo de la actividad productiva, las ausencias al trabajo por parte del trabajador relevista –esto es, el trabajador que sucede a otro en la prestación de servicios- ocasionan una grave perturbación en la organización del trabajo. Por esta razón, algunas Reglamentaciones obligan al trabajador a permanecer en su puesto de trabajo hasta la llegada del relevo –eso sí, las horas de trabajo tendrán la consideración de horas extraordinarias- (art. 84.5 de la Ordenanza de Trabajo para las industrias de la construcción, vidrio y cerámica).

Del mismo modo, y en relación al descanso semanal, se prevé la compensación económica para los supuestos en los que los trabajadores a turnos no puedan disfrutar del descanso semanal. Dicha compensación consistirá en el abono de la jornada con el incremento de horas extraordinarias de domingo [art. 50 de la Ordenanza para las industrias de captación, elevación, conducción,

tratamiento, depuración y distribución de agua de 19 de noviembre de 1.975 (BOE, 23)]. Y, así, los trabajadores que presten servicios en días de fiesta no recuperables tendrán derecho a un día de descanso compensatorio dentro de los ocho días anteriores o posteriores [art. 75 de la Ordenanza de Trabajo para limpieza pública, riegos, recogida de basuras y limpieza y conservación de alcantarillado de 1 de diciembre de 1.972 (BOE, 29). Por último, se contempla también una compensación especial para el trabajo realizado en el turno de noche ([35]). El fundamento de dicha especialidad radica en la mayor penosidad del trabajo prestado en horario nocturno, así como en los inconvenientes que origina en la vida familiar y social. Básicamente, la normativa reglamentaria establecerá tres modaliades de compensación: la reducción de la jornada de trabajo ([36]), el incremento del salario ([37]) o la combinación de ambas opciones. Sin embargo, el

[35] Resulta habitual que la Ordenanza precise las horas de inicio y finalización del turno de noche. Así el art. 46 de la Reglamentación Nacional de Trabajo del manipulado y envasado para el comercio y exportación de agrios, de 28 de octubre de 1957 (BOE,4); art. 45 de la Ordenanza laboral para las industrias del corcho, de 15 de abril de 1972 (BOE, 23); art. 35 de la Reglamentación Nacional de Trabajo en las industrias de manipulado y exportación de frutos secos, de 18 de junio de 1949 (BOE, 26) disponen que se considerará turno de noche el comprendido entre las veintidós y las seis horas. En otras ocasiones se considera turno de noche el que se efectúa entre las veintidós y las siete horas [art. 77 de la Ordenanza laboral para las industrias de la madera, de 28 de julio de 1969 (BOE, 2)] o entre las veintitrés y las siete horas [art. 41 de la Ordenanza laboral para las industrias del aceite y de aderezo, relleno y exportación de aceitunas, de 28 de febrero de 1974 (BOE, 6)].

[36] Artículo 77 de la Ordenanza laboral para las industrias de la madera, de 28 de julio de 1969 (BOE, 2) fija la jornadadiaria de trabajo en el turno de noche en siete horas diarias. La jornada diaria reducida corresponde a una jornada semanal de 42 horas y se abonará como jornada normal completa; art. 35 de la Reglamentación Nacional de Trabajo en las industrias de manipulado y exportación de frutos secos, de 18 de junio de 1949 (BOE, 26); art. 32 de la Ordenanza laboral para el personal de las compañías de trabajo aéreos, de 30 de julio de 1975 (BOE, 19); art. 23 de la Ordenanza laboral para las industrias de alimentación, de 8 de julio de 1975 (BOE, 22); art. 45 apartado c) de la Ordenanza laboral para las industrias del corcho, de 15 de abril de 1972 (BOE, 23); art. 46 de la Reglamentación Nacional de Trabajo del manipulado y envasado para el comercio y exportación de agrios, de 28 de octubre 1957 (BOE, 4).

[37] Normalmente el módulo que sirve de base para el cálculo del plus de nocturnidad es el salario correspondiente a la jornada, siempre y cuando se haya trabajado un mínimo de cuatro horas dentro del período nocturno. En este sentido, el art. 40 de la Ordenanza laboral para la industria metalgráfica, construcción de envases metálicos, tapón de corona, tubos de plomo y estampados en chapa, de 1 de diciembre de 1971 (BOE, 22) regula la bonificación por trabajo nocturno, sometiéndola a las siguientes normas: a) Trabajando en dicho período nocturno más de una hora, sin exceder de cuatro, la bonificación se percibirá exclusivamente por las horas trabajadas; b) Si las horas trabajadas durante el período nocturno exceden de cuatro, se cobrará con la bonificación correspondiente toda la jornada realizada, se halle comprendida o no en tal período. En otras ocasiones, la cuantía del plus de nocturnidad se altera en función del número

personal vigilante de noche, porteros y serenos que hubieran sido contratados para realizar su función durante el período nocturno quedarán exceptuados del cobro de la bonificación por trabajo nocturno. También se considerarán excluidos del citado complemento todos los trabajadores ocupados en jornada diurna que hubieran de realizar obligatoriamente trabajos en períodos nocturnos a consecuencia de hechos o acontecimientos calamitosos o catastróficos (art. 40 de la Ordenanza laboral para la industria metalgráfica, construcción de envases metálicos, tapón corona, tubos de plomo y estampaciones en chapa, de 1 de diciembre de 1971 (BOE, 22). Finalmente, cuando sea el trabajador quien solicite a la empresa el trabajo nocturno, éste podrá ser autorizado pero en ningún caso obtendrá derecho a bonificación o compensación económica alguna [art. 61 de la Ordenanza de Trabajo para la minería del carbón, de 29 de enero de 1973 (BOE 20 y 21)].

6. La actualización del trabajo a turnos en en la Ley de Relaciones Laborales

6.1. El respeto a los límites legales en la actividad productiva continuada

1. La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE del 21) pretende la actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa del trabajo. Uno de estos aspectos es, sin lugar a dudas, la jornada de trabajo, que se encuentra regulada en la Sección VIII de la Ley (arts. 23 al 27).

Pues bien, los principios generales de la jornada en la LRL son los siguientes: a) la duración máxima de la semana ordinaria de trabajo es de

---

de horas trabajadas en período nocturno. De esta forma, se establece que el trabajador que preste servicios en período nocturno, percibirá un plus por este concepto equivalente al 20% del salario base de su categoría profesional, ahora bien, si el tiempo trabajado en período nocturno fuera inferior a cuatro horas, el plus sería del 10% [art. 72 de la Ordenanza de Trabajo para limpieza pública, riegos, recogida de basuras y limpieza y conservación de alcantarillado, de 1 de diciembre de 1972 (BOE del 29)].

cuarenta y cuatro horas semanales efectivas; b) la jornada ordinaria no puede ser superior a las nueve horas diarias; c) se establece un descanso obligatorio de doce horas, entre la terminación de la jornada diaria y el comienzo de la siguiente; d) se faculta al Gobierno para determinar, con carácter general, las exclusiones, ampliaciones o limitaciones que, excepcionalmente, deban establecerse en la jornada ordinaria o semanal para los trabajos que se realicen en determinados puestos, ocupaciones y actividades que se califiquen por su continuidad, intermitencia o de campaña o termporada, o por su carácter de especialmente nocivas, penosas, peligrosas o insalubres; e) el trabajador tendrá derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpidos que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo, salvo disposición legal expresa o autorización del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, que permita otro régimen de descanso laboral para determinadas actividades o empresas concretas; f) se establece el régimen jurídico del trabajo nocturno; y g) las empresas podrán mantener en funcionamiento sus centros de trabajo durante las veinticuatro horas del día.

2. Por lo que respecta al horario de trabajo, el empresario ostenta la facultad de fijar el horario de trabajo, adecuándolo de esta forma a sus necesidades organizativas, técnicas o productivas. Ahora bien, dicha potestad estará sometida a un procedimiento formal, de manera que el art. 24.1 LRL exigirá dos requisitos; a saber, el informe preceptivo del Jurado de Empresa o, en su defecto, de los Enlaces sindicales y la aprobación de la autoridad laboral para su puesta en práctica. Dicho horario puede ser continuo o partido, por turnos, rígido o flexible.

Finalmente, y con carácter introductorio, el art. 24.2 LRL establece que, cuando las empresas mantengan en funcionamiento ininterrumpido de sus centros de trabajo durante las veinticuatro horas del día, deberán respetar siempre la

jornada máxima del trabajador y las prohibiciones establecidas en la normativa laboral. De esta forma, el legislador utilizará este precepto para recordar que, aun cuando la empresa mantenga su actividad ininterrumpidamente durante las veinticuatro horas del día, la jornada de los trabajadores que prestan servicios en estas empresas no podrán eludir los límites legales establecidos y, por tanto, también a ellos les será de aplicación la limitación semanal de de cuarenta y cuatro horas y la limitación diaria de nueve horas ([38]).

6.2. La primera regulación específica propia del trabajo nocturno

1. La LRL establece por primera vez en nuestro ordenamiento laboral un régimen general sobre el trabajo nocturno ([39]). Señala, así, los límites cronológicos de la nocturnidad, situándolos entre las diez de la noche y las seis de la mañana. En consecuencia, la nocturnidad laboral comprende un total de ocho horas.

Ahora bien, fijados en estos términos los límites de la nocturnidad, se plantea la cuestión de si estos límites podrán ser alterados por la normativa reglamentaria o convencional, optando la doctrina por una respuesta negativa al entender que, tanto los límites cronológicos como la entidad de la nocturnidad,

[38] Se trata de un precepto con carácter pedagógico. La jornada máxima y las prohibiciones legales –trabajo de mujeres y menores, trabajo nocturno, etc.- deben ser respetadas con independencia y al margen de la duración diaria del funcionamiento de los centros de trabajo. Dicho en otras palabras, la actividad ininterrumpida de las empresas durante el ciclo de veinticuatro horas al día es situación que, en el propio contexto legal, no hace perder a la normativa sobre jornada su vocación de cumplimiento. VALDÉS DAL-RÉ, F., "Jornada laboral y horarios de trabajo" en AA.VV., *Dieciséis lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, AAVV, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid, Madrid, 1977, pág. 299.

[39] El tratamiento específico que se verifica se debe, como es opinión generalizada también en los ordenmientos positivos extranjeros, a la mayor fatiga del trabajo así prestado, a las mayores incomodidades que supone de todo orden, a los perjuicios que comporta para la vida familiar, para las relaciones sociales y para el desarrollo de la vida cultural o práctica del ocio. *Vid*. GARCÍA NINET, J.I., *Jornada de trabajo…, op. cit.* pág. 186.

operaban como condiciones mínimas mejorables ([40]). Así pues, la normativa reglamentaria o convencional podía mejorar los límites referidos, por ejemplo, fijando como período nocturno el comprendido entre las nueve de la noche y las siete de la mañana pero no podía fijar dicho período situándolo entre las diez de la noche y las cinco de la mañana o entre las ocho de la noche y las cuatro de la mañana.

2. Del mismo modo, establece un régimen económico del trabajo nocturno. El art. 23.5 LRL dispone que las horas trabajadas durante el período comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana tendrán una retribución específica incrementada, como mínimo, en un veinte por ciento sobre el salario ordinario. De esta forma, el legislador se inclina por la compensación económica del trabajo nocturno frente a la reducción de jornada, que eran, básicamente, las dos modalidades de compensación del trabajo nocturno recogidas por las Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales. Serán las horas trabajadas entre las diez de la noche y las seis de la mañana las que tendrán una retribución específica incrementada, como mínimo, en un veinte por ciento del salario ordinario. Siendo esto así, el módulo que sirve de base para el cálculo del plus de nocturnidad es la hora de trabajo realizada durante el período nocturno.

Este método es, sin duda, menos beneficioso para el trabajador que el previsto en numerosas Reglamentaciones y Ordenanzas laborales ya que en aquéllas el módulo de referencia para calcular el plus era el salario ordinario siempre y cuando se hubieran trabajado como mínimo cuatro horas en período nocturno ([41]). Por lo demás, el citado art. 23.5 establece una excepción al

---

[40] *Vid*. VALDÉS DAL-RÉ, F., "Jornada laboral y horarios de trabajo…" *op. cit.*, pag. 281.

[41] "En este punto la LRL se ha distanciado notablemente del "principio de la proporcionalidad relativa" mayoritariamente recogido en la ordenación reglamentaria de la jornada nocturna.En virtud de dicho principio, el módulo que sirve de base para el cálculo del plus de nocturnidad es el salario correspondiente a cada jornada a condición de que se haya trabajado un mínimo de cuatro horas nocturnas, siendo irrelevante que el resto de la jornada se

régimen económico del trabajo nocturno cuando señala que las horas trabajadas durante el período nocturno tendrán una retribución específica, salvo que el salario se hubiera fijado atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza. En consecuencia, los requisitos exigidos para que pueda aplicarse esta excepción son dos: ha de tratarse de trabajos nocturnos por su propia naturaleza y el salario deberá establecerse atendiendo a la circunstancia de nocturnidad del trabajo.

6.3. La prohibición de realizar horas extraordinarias en período nocturno y otras limitaciones

1. El último inciso del art. 23.5 LRL prohíbe la realización de horas extraordinarias en período nocturno. Se trata de una prohibición que no alcanza carácter absoluto por cuanto se halla sometida, también, a un importante régimen de excepciones ([42]). Y, así, podrán realizarse horas extraordinarias durante el período nocturno en aquellos casos y actividades especiales debidamente justificadas y expresamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical. Pues bien, las empresas que funcionan ininterrumpidamente las veinticuatro horas del día organizan, como es sabido, la producción mediante trabajo por turnos. Su característica fundamental consiste en que los trabajadores de un turno suceden a los de otro con la finalidad de asegurar la continuidad en la prestación de servicios.

El absentismo laboral representa, en esta modalidad de organización del trabajo, un problema añadido, toda vez que debe mantenerse la continuidad de la actividad laboral. Razón por la cual las Reglamentaciones y Ordenanzas

haya cumplido fuera de los límites cronológicos del período nocturno. VALDÉS DAL-RÉ, F., "Jornada laboral y horarios de trabajo…", *op. cit*, pág. 283.

[42] Conviene advertir que en el Proyecto de Ley enviado por el Gobierno a las Cortes, la prohibición de realizar horas extraordinarias durante el período nocturno se configuraba con un carácter absoluto. El artículo 21.5 señalaba que en ningún caso podrán convenirse trabajos extraordinarios a realizar en el tiempo comprendido entre las horas indicadas.

laborales obligaban al trabajador que había terminado su turno a permanecer en su puesto de trabajo hasta que no fuera relevado por su sustituto. En este contexto, la prohibición absoluta de realización de horas extraordinarias durante el período nocturno –que venía establecia en el proyecto de ley- suponía un serio inconveniente para dichas empresas. La introducción de la excepción a la prohibición, en actividades especiales y autorizadas por el Ministerio de Trabajo, haría posible, sin embargo, que las ausencias de un trabajador del turno de noche se solventaran permaneciendo el trabajador saliente en su puesto de trabajo, realizando para ello horas extraordinarias durante el período nocturno ([43]).

2. Entre las prohibiciones destacará asimismo la del trabajo nocturnos de los menores. En efecto. El artículo 6.2 LRL prescribe que los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos. Como puede advertirse, el precepto no especifica cuáles son los límites cronológicos de la nocturnidad que deben operar en la aplicación de la prohibición. La única referencia que contiene la LRL al período nocturno se encuentra en el art. 23.5, cuando indica que las horas trabajadas durante el período comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mñana, tendrán una retribución específica. Ahora bien, el Decreto 1156/1960, de 2 de junio (BOE, 23) establecerá la prohibición de realizar trabajo nocturno a los menores de dieciocho años, considerándose como período nocturno a estos efectos, el comprendido entre las ocho de la tarde y las siete de la mañana ([44]).

---

[43] Para VALDÉS DAL-RÉ "Jornada laboral y horarios de trabajo…" *op. cit.*, pag. 286, "*la excepción se encuentra directamente inspirada en lo que la doctrina denomina principio de rendimiento, es decir, en beneficio de la función de dirección y organización empresarial y de la productividad de la empresa*".

[44] Puesto que la única referencia que se hace al período nocturno en la LRL (de diez de la noche a las seis de la mañana), se hace a efectos del reconocimiento del plus de nocturnidad, GARCÍA NINET, J.I., *Jornada de trabajo. Horario y Horas extraordinarias…, op. cit.*, pág. 203 opina que "*se encuentra vigente como período nocturno el del Decreto de 1960, esto es, de las ocho de la tarde a las siete de la mañana, aparte de la aplicabilidad general del descanso de doce horas consecutivas entre dos jornadas seguidas*".

3. Para finalizar este repaso por el intento de modernización en este tipo de trabajos que supuso la regulación contenida en la LRL, procede destacar que el art. 25.1 de la LRL recogerá el derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo, salvo disposición legal expresa o autorización del Ministerio de Trabajo. A su vez, el artículo 23.1 párrafo 2º determina que entre la terminación de la jornada diaria y el comienzo de la siguiente, el trabajador deberá disponer de un descanso de doce horas. Compatibilizar el derecho al descanso del trabajador con las necesidades organizativas de la empresa sería un objetivo también de la norma. De ahí que la LRL contemple la existencia de regímenes especiales de descanso en el art. 25.1. De esta forma, se permitirá un régimen distinto de descanso laboral para determinadas actividades o empresas concretas, teniendo en cuenta sus necesidades y los intereses de las partes afectadas. Las vías de excepción al régimen general son dos, a través de disposición legal expresa o mediante la autorización del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical.

4. Será el RD 860/1976, de 23 de abril (BOE, 29) el que desarrolle la aplicación de los artículos 23 y 25 de la LRL en las empresas con sistema de trabajo a turno y en el comercio. En virtud del art. 1 de esta norma, en las empresas en que se realice actividad laboral por equipos de trabajadores en régimen de turnos, y cuando así lo requiera la organización del trabajo, se podrán computar por períodos de hasta cuatro semanas los descansos de doce horas entre jornadas, y de día y medio semanal, a que se refieren los artículos veintitrés y veinticuatro de la LRL. Las empresas con sistema de trabajo a turnos deberán presentar, en las Delegaciones de Trabajo correspondientes, los cuadros relativos al modo en que cada uno de los equipos o trabajadores afectados habían de beneficiarse de los mencionados descansos (art. 3). Si el Delegado de Trabajo entendiera que, en la fijación de dichos cuadros de descansos, los empresarios habían soprepasado las facultades inherentes a la organización del trabajo

legalmente reconocidas, formulara requerimiento para que dichos empresarios presenten los citados cuadros, en caso de proceder a modificar las condiciones laborales de sus trabajadores.

7. El antecedente del régimen vigente del trabajo nocturno: el modelo productivo y laboral del primigenio Estatuto de los Trabajadores

7.1. Regulación del horario flexible, del trabajo a turnos y del trabajo nocturno

1. No es necesario abundar en la significación que para el modelo de relaciones laborales supueso la aprobación, el 10 de marzo de 1980 (BOE, 14) de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET/80). En su Título I recoge la regulación del contrato de trabajo y, en concreto, la normativa sobre fuentes, formalización, modificación y extinción del mismo, así como las normas sobre las materias conexas de colocación, jornadas, descansos, salario y promoción por el trabajo ([45]).

En este contexto se ubican los arts. 34 al 38 de la LET/80 sobre jornada de trabajo. El art. 34.1 establece que la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los Convenios Colectivos o contratos de trabajo. Por su parte, el art. 34.1 fijará la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en cuarenta y tres horas semanales de trabajo efectivo en jornada partida y de cuarenta y dos horas semanales de trabajo efectivo en jornada continuada. Se entiende por jornada partida aquella en que haya un descanso ininterrumpido de una hora como mínimo. En ningún caso se podrán realizar más de nueve horas ordinarias

[45] La LET aporta a la ordenación jurídica de tales materias el nuevo sentido de libertad y autonomía de las partes contratantes en las relaciones laborales dentro del marco del Derecho necesario u orden público laboral, como firmes garantías de la realización del trabajador en su dignidad de persona humana y en su condición de ciudadano de un Estado social y democrático de Derecho.

de trabajo efectivo y, en todo caso, entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán como mínimo doce horas ([46]).

2. La LET/80 dedica el art. 36 a la regulación del horario flexible y el trabajo a turnos. El art. 36.3 señala que, en las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización de los turnos, se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

Ciertamente, el supuesto de hecho de la norma alude exclusivamente a empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día. Además, en estos casos, la facultad de organización de los turnos de trabajo se mantiene dentro de las facultades organizativas de la empresa y ello por cuanto el precepto no impone la rotación de los turnos como criterio organizativo de los mismos sino que se limita a considerarlo como un criterio a tener en cuenta por parte del empresario. Con este precepto se introduce una novedad al decantarse el legislador por mantener la organización de los turnos de trabajo dentro del ámbito de las facultades organizativas del empresario. Incorpora, pues, por primera vez una limitación a este poder omnímodo del empresario en tanto ningún trabajador estará en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria.

3. En verdad, el art. 36.4 LET/80 se refiere a las empresas que, por la naturaleza de su actividad, realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos. Se trata, en efecto, de trabajo a turnos continuo, cuya característica principal consiste en que el trabajo no se interrumpe los fines de

[46] *Vid* LÓPEZ CUMBRE, L., "Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España"...*op.cit.*, pág.100.

semana. En estos supuestos, las empresas tienen dos opciones en la organización de los turnos de trabajo: de un lado, pueden efectuar el trabajo por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas; de otro, pueden contratar personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

Si la empresa opta por la primera opción, esto es, organizar la actividad mediante equipos de trabajadores que desarrollen su prestación por semanas completas, son dos las consecuencias que se producirían. En primer lugar, los equipos de trabajadores deberían estar formados por un número de trabajadores superior al de puestos a cubrir. En segundo término, estos trabajadores quedarían excluídos del régimen general de descanso semanal previsto en el art. 37.1 LET. Según este precepto, los trabajadores tendrán derecho a un descanso semanal mínimo de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo, sin perjuicio de que por disposición legal, Convenio Colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad competente se regule otro régimen de descanso laboral para actividades concretas ([47]). Un régimen especial sobre descansos desarrollado por el art. 6 del Decreto 2001/1983 ([48]), de 28 de

[47] Este artículo introduce varias innovaciones en el régimen de excepciones del descanso dominical, con respecto al contenido en el art. 25.1 de la LRL. Por una parte, se amplían los mecanismos para regular el régimen de excepciones, admitiéndose que puedan establecerse además de por disposición legal, mediante convenio colectivo o contrato de trabajo. De otro lado, se suprimía la declaración del Ministerio de Trabajo como autoridad competente para conceder la autorización administrativa del trabajo en domingo, que constaba en la LRL, siempre y cuando las Comuniadades Autónomas no hubieran recibido la transferencia en esta materia. LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Evolución normativa de los descansos laborales. Primer centenario de la Promungación de la Ley de Descanso Dominical de 1904*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág. 77.

[48]El desarrollo reglamentario de la ordenación de los descansos laborales (arts. 34, 37.1 y 2 LET) se produjo con la aprobación del Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre jornadas especiales y descansos. Esta disposición reglamentaria derogó expresamente la Ley de Descanso Dominical de 1940 y su Reglamento de desarrollo, y supuso la flexibilización del descanso semanal y del descanso entre jornadas, así como la determinación de unas normas sustantivas y procedimentales en materia de fiestas laborales. El antecedente de este precepto es el artículo 1º del RD 860/1976, de 23 de abril, por el que se regula la aplicación de los artículos 23 y 25 de la Ley 16/1976, de 8 de abril de Relaciones Laborales, en las empresas con sistema

abril, sobre regulación de la jornada de trabajo. Según este precepto, en las empresas en las que se realice actividad laboral por equipos de trabajadores en régimen de turnos, y cuando así lo requiera la organización del trabajo, se podrán computar por períodos de hasta cuatro semanas los descansos entre jornada y semanal a los que se refieren los artículos 34.2 y 37.1 LET/80 ([49]).

Si, por el contrario, la empresa optara por la contratación de trabajadores para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana, el último párrafo del art. 36.4 LET/80 establece dos reglas que se aplicarán a estos trabajadores contratados a tiempo parcial. Y, así, los trabajadores contratados por uno o más días cada semana, sin comprender la semana completa, las empresas incluirán a los efectos de cotización para la Seguridad Social tan sólo las retribuciones correspondientes a dichos días. La novedad introducida en este artículo no es sino la consecuencia del nuevo régimen jurídico del contrato a tiempo parcial previsto en el art. 12.2 LET/80.

Dicho precepto indica, además, que la cotización a la Seguridad Social se efectuará a razón de las horas o días realmente trabajados. Se establece así una excepción al régimen general de cotizaciones a la Seguridad Social, según el cual, las cotizaciónes operan sobre los salarios reales con topes cuantitativos, pero en ningún caso la base de cotización podía ser inferior al salario mínimo interprofesional. Por lo demás, el art. 36.4 LET/80 señala que tales trabajadores

---

de trabajo a turno y en el comercio. La DF 4ª LET dejó en vigor el RD 860/1976. LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Evolución normativa de los descansos laborales…, op.cit.,* pág. 76.

[49] En relación a este precepto se ha manifestado que, aunque el tenor y finalidad del citado precepto son los propios de una norma imperativa, la suya es una "imperatividad atenuada", de tal manera que resulta posible su elusión por Convenio Colectivo. Así la STSJ de Cantabria, de 12 de junio de 1989 (Act. Lab. 1989, núm. 30) estima legítima la "*distribución de los descansos semanales y festivos en períodos superiores al de las cuatro semanas en que se devengan*". Así, se entiende que se trata de una manifestación más de la invasión por el Convenio Colectivo de ámbitos tradicionalmente reservados a la ley, invasión que quiere cubrir, con la doctrina de la unicidad y equilibrio interno del convenio, lo que en ocasiones –ésta es una de ellas- son inequívocas transgresiones por parte de la negociación colectiva de normas legales de imperatividad absoluta MONTOYA MELGAR, A., "Jornada en régimen de turnos" en AAVV:, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, VVAA, Madrid, Acarl, 1991, págs.155-156.

conservarán, respecto de los demás días, los beneficios, si los hubiere de la contingencia de desempleo en el sistema de la Seguridad Social ([50]). En consecuencia, la prestación de servicios durante uno o más días a la semana, en esta modalidad de trabajo a turnos continuo, no supone una causa de extinción de la prestación de desempleo, conservando dichos trabajadores el derecho a dicha prestación por desempleo ([51]).

7.2 Otras referencias al trabajo a turnos y al trabajo nocturno en el Estatuto de los Trabajadores: horas extraordinarias, modificación sustancial, extinción contractual

1. Otros preceptos de la LET/80 se refieren al trabajo a turnos. Así, el art. 41 LET/80 relativo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el art. 22 LET/80 sobre promoción y formación profesional en el trabajo. En efecto. La implantación *ex novo* de un sistema de trabajo a turnos es potestad del empresario, constituyendo esta decisión empresarial una manifestación de lo que la doctrina denomina "ejercicio fuerte" del poder de dirección patronal ([52]). Ahora bien, cuando existe un régimen de jornada en la empresa y se pretende su modificación para instaurar un sistema de trabajo a turnos, esta decisión

[50] La DT 3ª de la LET establece que, en tanto persistan las actuales circunstancias de empleo, sólo pueden contratarse a tiempo parcial, los trabajadores perceptores de prestación por desempleo; los que hubieran agotado la percepción de la misma, continuando en situación de desempleo; los trabajadores agrarios que hubiesen quedado en desempleo, y los jóvenes menores de 25 años. Además a estos trabajadores, que estén contratados a tiempo parcial, se les deducirá de las prestaciones económicas por desempleo, la parte proporcional al tiempo trabajado.

[51] La regla contenida en este precepto constituye una excepción al apartado b) del art. 14 de la Orden de 7 de septiembre de 1976, según el cual la ejecución de un trabajo que suponga la inclusión de quien lo realiza, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, siempre que la duración de dicho trabajo exceda de seis meses, y en todo caso, si el cese en el mismo, esto es en el trabajo, se produce por causa imputable al trabajador, es una de las causas que determinan la extinción de la prestación de desempleo.

[52] MONTOYA MELGAL, A., "Jornada en régimen de turnos…", *op. cit*., pág. 149.

empresarial constituirá necesariamente una modificación sustancial de condiciones de trabajo, *ex* art. 41.2 c LET/80 ([53]).

En virtud del art. 41.1 LET/80, la dirección de la empresa podrá acordar, cuando existan probadas razones técnicas, organizativas o productivas una modificación sustancial. Si no existiera consentimiento por parte de la representación legal de los trabajadores, la medida empresarial debería ser aprobada por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo. Por su parte, el trabajador podrá resarcirse de los posibles perjuicios que esta decisión empresarial le ocasionen. De esta forma, podrá rescindir su contrato de trabajo y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve mensualidades. Mas si la modificación sustancial en cuestión afectara a la dignidad del trabajador y a su formación profesional, entonces, el artículo 50.1 a) LET/80 faculta al trabajador a rescindir su contrato por incumplimiento grave del empresario, teniendo derecho a la indemnización prevista en el art. 50.2 LET/80. Finalmente, y atendiendo a lo dispuesto en el art. 22.1 LET/80, cuando el trabajador curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional tendrá derecho a una preferencia a elegir turno de trabajo, si fuera éste el régimen instaurado en la empresa.

2. Por lo que al régimen del trabajo nocturno se refiere, la LET/80 mantiene el régimen creado por el art. 23.5 LRL. De esta forma, el art. 34.6 LET/80 señala que las horas trabajadas durante el período comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, tendrán una

[53] Esta modificación constituye un "ejercicio débil" del poder de dirección del empresario, esto es, un ejercicio necesitado de la previa aceptación de los representantes de los trabajadores en la empresa, y a falta de ella, de la autorización de la Administración laboral. MONTOYA MELGAL, A., "Jornada en régimen de turnos…", *op. cit*., pág. 150.

retribución específica incrementada, como mínimo, en un 25% sobre el salario base ([54]).

Conviene subrayar cómo el núcleo central de la regulación jurídica gira en torno a la compensación de esta modalidad de jornada –que tiene su fundamento en la mayor gravosidad que tiene para el trabajador la prestación de servicios en período nocturno-. El legislador estatutario mantiene la opción por la compensación económica pero introduce dos modificaciones con respecto al art. 23.5 LRL; por una parte, eleva el tipo que se aplica para el cálculo del plus de nocturnidad, pasando de un 20 a un 25%; de otro lado, disminuye la base reguladora del citado plus pues, a partir de esta nueva regulación, será el salario base el que se utilice para el cálculo del citado plus y no el salario ordinario como venía haciendo la LRL ([55]). En conclusión, la reforma introducida por la LET/80 supuso una disminución en la cuantía del complemento de nocturnidad, y ello puesto que, si bien es cierto que se produce una elevación en el porcentaje a aplicar, no lo es menos que se recorta de manera sustancial la base reguladora, pasando ésta de estar integrada por todas las percepciones salariales a referirse únicamente el salario base –fijado por uniad de tiempo con exclusión de los complementos salariales- ([56]).

---

[54] Este precepto está ubicado sistemáticamente, como su precedente normativo, en la sección que regula la jornada de trabajo, pero lo cierto es que los núcleos temáticos del art. 34.6 no atienden a la jornada sino a la retribución que se prevé para resarcir las moletias de unas labores prestadas en un período de trabajo inhabitual. VALDÉS DAL-RÉ, F., "La jornada nocturna…", *op. cit.*, pág. 233.

[55] La DF 4ª LET declaraba expresamente en vigor el Decreto 2380/1973, 17 de agosto de 1973, de Ordenación del Salario (DOS). Asimismo, permanecía vigente la Orden de 22 de noviembre de 1973, que lo desarrollaba. Según el DOS el salario ordinario comprende el salario base y los complementos salariales. Por su parte, el art. 4 del DOS definía el salario base como la parte de la retribución del trabajador fijada por uniad de tiempo sin atender a los complementos salariales.

[56] Estas modificaciones tratan de hallar un equilibrio, pues a la mejora del porcentaje en esos cinco puntos sigue la reducción de la base sobre la que se ha de aplicar, ya que pasa de ser sobre la totalidad de las percepciones salariales a ser sólo sobre el salario base. GARCÍA NINET, J.I., "Jornada", AAVV, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo VII, Madrid, Edersa, 1982, pág. 245.

Se modifica, finalmente, el régimen jurídico de las horas extraordinarias realizadas en período nocturno en el art. 35.6 LET/80. Por una parte, se modifica su ubicación sistemática al separarlo del art. 23.5 LRL –antecedente inmediato del art. 34.6 LET- e incorporarlo al art. 35.6 LET/80, destinado a la regulación de las horas extraordinarias. Por otro lado, se mantendrá la prohibición de realización de horas extraordinarias durante el período nocturno, salvo en los casos y actividades especiales debidamente justificadas y expresamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo. Pero se suprime aquí la necesidad del informe de la Organización Sindical –trámite que se exigía en el procedimiento de autorización para la realización de horas extraordinarias durante el período nocturno en actividades especiales- y que podía haber sido sustituido por un informe de los representantes de los trabajadores.

8. La primera incursión comunitaria de interés en materia de ordenación del tiempo de trabajo

8.1. Los avances en la calidad del empleo y en la mejora de las condiciones de trabajo

1. El artículo 118 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad contemplaba la posibilidad de que el Consejo estableciera, mediante Directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Con base en este precepto, se aprueba la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo ([57]). Una norma que pretende la mejora de la seguridad, la

[57] La Directiva 93/104/CE (DOCE L 299, 18 de noviembre) fue impugnada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El recurso se basaba en cuatro motivos, debiendo resaltarse, a los efectos que aquí interesan, el motivo primero: estos países consideran que la base jurídica de la Directiva era errónea y ello puesto que debería haberse adoptado tomando como base el artículo 100 del Tratado CEE y no el artículo 118 A. El argumento fundamental para sostener este motivo es que los conceptos "medio de trabajo", "de seguridad" y de "salud", a efectos del artículo 118 A, no comprendían el tiempo de trabajo, sino únicamente(…) las condiciones y riegos físicos en el centro de trabajo. Finalmente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicta la sentencia 213/1996, de 12 de noviembre,

higiene y la salud de los trabajadores en el trabajo, entendiendo que este objetivo no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico. Para lograrlo, establece disposiciones mínimas relativas a la ordenación de la jornada con una conexión directa entre jornada de trabajo y seguridad y salud en el trabajo. Y es que para garantizar esta última el trabajador debe disfrutar de períodos mínimos de descanso –diario, semanal, anual- y de períodos de pausa adecuados, con un límite máximo de duración de la semana de trabajo.

En su Sección II se regulan los períodos mínimos de descanso y otros aspectos de la distribución del tiempo de trabajo (arts. 3 a 7). Así, se establece un período mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas; un período mínimo de descanso semanal de veinticuatro horas ininterrumpidas, a las que se añadirán las once horas de descanso diario; la duración máxima del tiempo de trabajo semanal que será de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias; o la duración de la vacaciones anuales retribuidas, que comprenderán como mínimo un período de cuatro semanas.

Pero será la Sección III la que recoja la regulación del trabajo nocturno, el trabajo a turnos y el ritmo de trabajo (arts. 8 a 13). Esta regulación especial

---

rechazando el recurso planteado. Como puso de manifiesto ALONSO OLEA, "*es posible que nos encontremos aquí ante el uso de una herramienta procedimental para abordar y resolver una cuestión sustantiva…Posiblemente se entendió al dictar la Directiva impugnada que si no se buscaba su amparo en el art.iculo 118 A, se arriesgaba a caer bajo el peso del artículo 100 y concordante, esto es, ante la necesidad de decisión unánime y no mayoritaria de los Estados miembros. Lo que hubiera, si es que no impedido, dificultado –ello es notorio, vista la impugnación ex post de lo adoptado por la mayoría- la adopción de la Directiva"*. Ahora bien, sostiene este autor que la aprobación del Tratado de Amsterdam supone la constitucionalización *ex post* de la Directiva, toda vez que el artículo 118 A del Tratado CEE resultó modificado y sustituido por el art. 137 que incluía las condiciones de trabajo como uno de los ámbitos en los que la Comunidad debía apoyar y completar la acción de los Estados miembros. Resultando, además, solventado el problema político porque, según el apartado segundo de este artículo, el procedimiento previso en art. 251 para la adopción de Directivas sobre condiciones de trabajo exigía mayoría cualificada y no la unanimidad de los Estados miembros. *Vid*. ALONSO OLEA, M., "¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?", *REDT*, núm. 93, 1999, pág.14.

obedece a la consideración de que la prestación de servicios en estas condiciones de trabajo es perjudicial para la salud de los trabajadores y puede poner en peligro su seguridad en el trabajo ([58]). En esta línea, el legislador comunitario ofrece una definición de período nocturno y de trabajador nocturno (apartados 3 y 4 del art. 2º). Así, se entenderá por período nocturno, todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24:00 horas y las 5:00 horas. En consecuencia, la facultad para delimitar el período nocturno se encomienda por la Directiva a la legislación nacional si bien se condiciona dicha facultad con dos requisitos; uno cuantitativo, pues el período nocturno no puede tener una duración inferior a siete horas y otro cualitativo, en tanto dicho período deberá estar incluido en el intervalo comprendido entre las 24:00 y las 5:00 horas.

2. Definido el período nocturno, la Directiva aborda la delimitación del trabajador nocturno. Se considerará trabajador nocturno a todo trabajador que realice normalamente durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, y por otra parte todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate.

Una diferencia entre dos modalidades distintas que repara en el módulo temporal empleado para computar la nocturnidad ([59]). Cabe aludir, pues, a un

[58] Según la Directiva, ciertos estudios han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo.

[59] La diferencia entre ambos supuestos radica en que, mientras en el primer caso la referencia para el cómputo viene determinada por la jornada diaria, de tal manera que la inclusión durante el tiempo considerado nocturno de al menos tres horas de la duración de dicha jornada otorga esta calificación al trabajador que la realiza, es decir, que lo que se toma en consideración es la existencia de un horario regular y constante -"realizadas normalamente", señala el art. 2.3-, dentro del cual un mínimo de tres horas se desarrolla en la franja horaria

trabajador nocturno permanente, que presta normalmente sus servicios dentro del período nocturno, exigiéndole que al menos tres horas de su jornada diaria se realicen dentro de dicho período; y a un trabajador nocturno intermitente, utilizándose, en este último supuesto, la jornada anual como módulo para el cómputo de la nocturnidad. Bien es cierto que, para este último supuesto, el legislador comunitario faculta a cada Estado miembro para que establezca los límites cuantitativos de nocturnidad, exigidos para poder ser considerado trabajador nocturno ([60]).

El trabajador nocturno dispone de una serie de garantías, dirigidas todas ellas a la protección de su seguridad y salud. Mas, siendo consciente el legislador de las repercusiones que la ordenación del tiempo de trabajo tiene sobre la actividad de las empresas –en particular, sobre la productividad y competitividad-, los contenidos podrán aplicarse de forma flexible. La norma comunitaria actúa aquí, como en otras muchas instituciones, como un mecanismo de composición de los intereses de empresarios y trabajadores.

8.2. Garantías europeas del trabajo a turnos y del trabajo nocturno

1. Para proteger a estos trabajadores, la Directiva impone la limitación de la duración del trabajo. En su art. 8.1 prescribe que el tiempo de trabajo normal de los trabajadores nocturnos no excederá de ocho horas como media por cada

---

nocturna; en el segundo caso, el plazo dentro del que se produce la incidencia del trabajo nocturno queda referido al tiempo de trabajo anual, de tal manera que ya no se impone ningún límite mínimo en cuanto a su duración, sino que la fijación del tiempo a partir del cual se considera trabajador nocturno queda delegada en los Estados. *Vid*. PRADOS DE REYES, F.J., "El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria", *DL*, núm. 43, 1994, págs. 139-140.

[60] En este sentido, "*no encuentra explicación, al menos desde un punto de vista estrictamente técnico, a que en este supuesto la norma no contenga indicación alguna sobre la determinación de los mínimos de duración del trabajo en horario noctrurno a partir de los cuales el trabajador adquiere la condición de trabajador nocturno, sino que se delega en la legislación nacional –previa consulta con los interlocutores sociales- o en los convenios o acuerdos de ámbito nacional o regional la fijación de dichos mínimos*". PRADOS DE REYES, F.J., "El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria", *DL*, núm. 43, 1994, pág. 140.

período de veinticuatro horas. Este límite se flexibiliza mediante la ampliación del período de referencia, de acuerdo con lo previsto en el apartado c) del art. 16.

Según este precepto los Estados miembros podrán establecer, para la aplicación del art. 8 (duración del trabajo nocturno), un período de referencia definido previa consulta a los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre interlocutores sociales. Ahora bien, si el período mínimo de descanso de veinticuatro horas, quedase comprendido en dicho período de referencia, dicho descanso no se tomará en consideración para el cálculo del promedio (último párrafo del art. 16 c). Una limitación genérica a la que se suma una limitación específica, dirigida esta vez a los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes. Estos trabajadores no podrán trabajar más de ocho horas en el curso de un período de veinticuatro horas durante el cual realicen un trabajo nocturno.

Se impone, asimismo, la evaluación de la salud y traslado de los trabajadores nocturnos al trabajo diurno, *ex* art. art. 9 a). En virtud del mismo, los trabajadores nocturnos deberán disfrutar de una evaluación gratuita de su salud antes de su incorporación al trabajo y, posteriormente, a intervalos regulares. La evaluación gratuita de la salud deberá respetar el secreto médico y podrá formar parte de un sistema nacional de salud. Por otra parte, los trabajadores nocturnos que padezcan problemas de salud cuya relación con la prestación de un trabajo nocturno esté reconocida, habrán de ser trasladados, cuando ello sea posible, a un trabajo diurno para el que sean aptos ([61]).

[61] Las garantías que con este último recurso se establecen quedan bastante atenuadas ya que, de un lado, el traslado del trabajador se producirá "*siempre que ello sea posible*", por lo que al no arbitrarse mecanismos sustitutorios ante esta situación, las previsiones del precepto se limitan tan sólo a justificar en situaciones límite la suspensión de la prestación de servicios o la propia extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física del trabajador, sin que ninguna particularidad se disponga sobre el régimen aplicable a dichos supuestos, que por tanto

Por otra parte, los Estados miembros podrán supeditar el trabajo de ciertas categorías específicas de trabajadores nocturnos a determinadas garantías, con arreglo a las condiciones fijadas por las legislaciones y/o prácticas nacionales, cuando dicho trabajo nocturno implique un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores que lo realicen, en virtud de lo previsto en el art. 10 de la Directiva. Además, su art. 12 establece un régimen de protección en materia de seguridad y de salud para los trabajadores nocturnos y los trabajadores por turnos. Ambos han de disfrutar de un nivel de protección en materia de seguridad y de salud adaptado a la naturaleza de su trabajo.

A tal fin, los servicios o medios apropiados de protección y de prevención en materia de seguridad y de salud de estos trabajadores deberán ser equivalentes a los aplicables a los demás trabajadores y han de estar disponibles en todo momento. Para lograr la eficacia de estas garantías, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el empresario que recurra regularmente a trabajadores nocturnos informe de este hecho a las autoridades competentes, a petición de las mismas al objeto de fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre trabajo nocturno.

2. También ofrece la Directiva un régimen de garantías al trabajo a turnos en su art. 2.5. Según este precepto se entenderá por trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupen sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período de días o semanas. Por su parte, el art. 2.6 define al trabajador a turnos como todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos.

---

quedarían sometidos en principio a las reglas comunes. PRADOS DE REYES, F.J., "El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria", *DL*, núm. 43, 1994, pág. 142.

A diferencia del trabajo y del trabajador nocturno, la única garantía que contiene la Directiva con respecto a los trabajadores a turnos se refiere a la protección en materia de seguridad y salud. En este sentido, estos trabajadores deberán disfrutar de un nivel de protección en esta materia adaptado a la naturaleza de su trabajo. Han de disponer, asimismo, de unos servicios o medios apropiados de protección y de prevención en materia de seguridad y de salud, equivalentes a los aplicables a los demás trabajadores, debiendo estar disponibles en todo momento (art. 12).

Añade la Directiva, en su art. 17, un régimen de excepciones a la jornada en esta modalidad de organización productiva. Se trata, por un lado, de las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción, en particular cuando se trate de servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en períodos de formación), instituciones residenciales y prisiones, personal que trabaje en los puertos o aeropuertos, servicios de prensa, radio, televisión, producciónes cinematográficas, correos o telecomunicaciones, servicios de ambulancia, bomberos o protección civil, servicios de producción, de transmisión y de distribución de gas, agua o electricidad, servicios de recogida de basuras o instalaciones de incineración, industrias cuyo proceso no pueda interrumpirse por motivos técnicos, actividades de investigación y desarrollo; agricultura, trabajos del sector de transporte de pasajeros, en servicios de transporte urbano regular. En tales actividades se admite el establecimiento de excepciones al descanso diario, pausas, descanso semanal, duración del trabajo nocturno y períodos de referencia.

También se recogen, de otro lado, excepciones a aquellas actividades que requieran un trabajo por turnos cuando el trabajador cambie de equipo y no pueda disfrutar de períodos de descanso diario y/o semanal entre el final de un

equipo y el comienzo del siguiente. En este caso, y a diferencia del anterior, las excepciones sólo podrán fijarse sobre el descanso diario y semanal. Ahora bien, puesto que se trata de excepciones al régimen general descansos establecidos en la Directiva, el legislador delimita en términos muy precisos tanto el ámbito objetivo como subjetivo de aplicación. En consecuencia, la excepción sólo podrá utilizarse en actividades que requieran trabajo a turnos y tan sólo cuando se produzcan problemas en el relevo de los equipos de trabajadores.

Para beneficiarse de las mismas se requiere el cumplimiento de una serie de exigencias formales -por cuanto han de establecerse mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o mediante Convenios Colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales- y sustantivos -toda vez que han de concederse períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores afectados-. Excepcionalmente, cuando, por razones objetivas, no sea posible la concesión de estos períodos equivalentes de descanso compensatorio, se concederá una protección equivalente.

3. Aunque la Directiva ha sido sustituida por la 2003/88, la trasposición de la misma a nuestro odenamiento se llevaría a cabo, tal y como se comprobará, a través de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores (BOE, 23) ([62]).

Dicha norma reordena la regulación de la jornada de trabajo estableciendo límites y garantías en materia de jornada, descansos, trabajo nocturno o a turnos,

[62] RABANAL CARBAJO tilda de "*cómoda y sigilosa*" la transposición de la Directiva a nuestro Derecho interno. Sigilosa porque ni siquiera la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, norma que operó la transposición, menciona la Directiva, pasando desapercibida a los urgentes aplicadores del Derecho. Cómoda, porque la regulación del tiempo de trabajo de que disponíamos era incluso en muchas ocasiones mejoradora de las disposiciones mínimas que la Directiva venía a establecer. *Vid*. RABANAL CARBAJO, P., "La Directiva 93/104/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo", *AL*, núm. 2, 2000, pág. 403-425.

etc.) que por razones de salud y seguridad o por objetivos de política de empleo, resultan indisponibles. Como es sabido, se trata de una reforma del Estatuto de los Trabajadores que, amén de una profunda modificación de la legislación laboral, configurará un marco de negociación colectiva que compense las restricciones de derechos introducidas por el legislador con la pretensión de que los agentes sociales puedan libremente encontrar la conjunción de las necesidades organizativas de la empresa y los intereses y aspiraciones de los individuos ([63]).

II. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL TRABAJO NOCTURNO

1. La diferenciación legal entre el trabajo nocturno y el trabajador nocturno. Una dimensión objetiva y subjetiva distintas sobre una misma realidad

1. La reforma operada en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994 la LET introdujo la definición legal del trabajo nocturno en el art.36.1.1, aún vigente. De conformidad con el mismo, se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana.

La definición legal del trabajo nocturno se construye sobre la base de dos elementos: de un lado, la nocturnidad laboral tendrá una duración de ocho horas; de otro, los límites cronológicos de dicha nocturnidad se situarán entre las diez

[63] Exposición de motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Asimismo, en dicha exposición de motivos queda patente que para el legislador la ordenación del tiempo de trabajo constituye uno de los aspectos básicos de la regulación de las relaciones laborales, tanto en cuanto elemento de organización –de la actividad de la empresa y de la vida de las personas que trabajan en ella- como de protección de la salud y seguridad de estos últimos. Igualmente confluyen en esta materia elementos propios de la política de empleo, perceptibles en la actuación sobre la jornada desde criterios de reparto del volumen de empleo existente, pero también en la construcción de un marco jurídico que posibilite la máxima eficiencia del proceso productivo.

de la noche y las seis de la mañana. Este período de nocturnidad es uniforme para todo el año, sin variaciones estacionales y sin consideración de otros factores, como la luz del día o el cambio oficial de horas ([64]). Con esta definición del trabajo nocturno se mantienen los límites de la nocturnidad laboral establecidos en la normativa anterior ([65]) y se amplía en una hora el período de nocturnidad contemplado en la Directiva 2003/88 puesto que el art. 2.3 de la misma define el período nocturno como todo período no inferior a siete horas establecido en la legislación nacional y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24:00 horas y las 5:00 horas ([66]).

El período de nocturnidad laboral reconocido en el art. 36.1 párrafo 1º presenta una doble naturaleza, que se corresponde con el contenido igualmente dual de la definición del trabajo nocturno ([67]). De esta forma, respecto a la duración de la nocturnidad, se configura como una norma de derecho necesario relativo. En consecuencia, el Convenio Colectivo o el acuerdo individual podrán aumentar la duración del período nocturno, pero nunca reducirlo. Y respecto a los límites cronológicos de la nocturnidad, se configura como una regla de derecho necesario absoluto. Así pues, le resulta vedado al Convenio Colectivo y al contrato individual el traslado de los límites cronológicos de la nocturnidad, aunque se respete la duración del período nocturno.

---

[64] *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A., "Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo", AAVV, *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato* , Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pág. 82.

[65] El artículo 23.5 LRL/76 establecía que las horas trabajadas durante el período comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana, salvo que el salario se haya establecico atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, tendrán una retribución específica incrementada, como mínimo, en un veinte por ciento sobre el salario ordinario.

[66] La facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores o de favorecer o permitir la aplicación de los Convenios Colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorablesa la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores está prevista en el art. 15 de la Directiva.

[67] *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., "Jornada nocturna", AAVV, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, Acarl, 1991, pág. 234.

2. Con este trasfondo legal, y teniendo en cuenta la realidad objetiva del trabajo nocturno, el legislador construye asimismo la definición de trabajador nocturno ([68]). Se considera como tal a aquél que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquél que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual (art. 36.1 párrafo 3º) ([69]). La definición de trabajador nocturno delimita una condición subjetiva a la que se atribuyen una serie de derechos. Por tanto, el trabajador nocturno se convierte en un sujeto que va a recibir una protección especial por parte del ordenamiento jurídico. Y esta protección específica del trabajador nocturno se fundamenta en la consideración de la nocturnidad como una condición de trabajo que tiene enormes repercusiones sobre la salud del trabajador.

En conclusión, y partiendo de la profunda reforma operada en el Estatuto de los Trabajadores hace más de veinte años –sin que las más recientes hayan reparado en esta institución-, el ordenamiento laboral establece una clara distinción entre trabajo nocturno –que será el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana- y trabajador nocturno –que será aquél que realice una parte de su jornada en período nocturno-. El trabajo nocturno, al considerarse más penoso que el realizado en horario diurno, tendrá una retribución específica, mientras que el trabajador nocturno pasa a ser considerado por el ordenamiento

[68] El Convenio núm. 171 de la OIT sobre el trabajo nocturno de 1990 ya ofrece una definición de trabajador nocturno en el art. 1. b) señalando que la expresión trabajador nocturno designa a todo trabajador asalariado cuyo trabajo requiere la realización de horas de trabajo nocturno en un número sustancial, superior a un límite determinado. Este número será fijado por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, o por medio de Convenios Colectivos.

[69] Este precepto está inspirado en el art. 2.4 de la Directiva según el cual "*se entenderá por trabajador nocturno, por una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, realizadas normalmente, y por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate: a) por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o b) por los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional*".

jurídico como un sujeto titular de determinados derechos, distintos al del trabajador diurno.

Como puede comprobarse, el legislador utiliza dos criterios para definir al trabajador nocturno: por un lado, la jornada diaria, considerando trabajador nocturno al que normalmente realiza al menos tres horas de la misma en período nocturno; por otro lado, la jornada anual, atribuyendo el carácter de trabajador nocturno al que se prevea que realizará al menos un tercio de la misma en período nocturno. Siendo esto así cabría cuestionar si el Convenio Colectivo podrá disponer de ambos límites o, al menos, de alguno de ellos, estableciendo, por ejemplo, un número inferior de horas nocturnas para ser considerado trabajador nocturno.

Una interpretación literal del precepto conduce a concluir que los parámetros que se utilizan para la definición del trabajador nocturno no son disponibles para la negociación colectiva toda vez que la norma prescribe nítidamente que será trabajador nocturno todo aquél que realice una parte no inferior a tres horas al día o a un tercio de la jornada anual en período nocturno ([70]). Pero si se atiende a una interpretación finalista del precepto, se impone una solución distinta, contraria, por cuanto el trabajador nocturno goza de una protección especial por parte del ordenamiento jurídico. Esta tesis y no la anterior debe prevalecer, entendemos, por considerar que, añadiendo a lo expuesto una interpretación sistemática del ordenamiento laboral, el precepto en cuestión constituye una norma mínima susceptible de ser mejorada convenional o

[70] En el mismo sentido se ha indicado que "*en el precepto -art. 36- se hace hincapié en que la jornada, tanto de aquellos a los que se contabiliza la misma diariamente, como la de quienes la realizan a lo largo del año, no puede ser "inferior", lo que nos indica que no puede ser mejorada en Convenio Colectivo*". ODRIOZOLA LANDERAS, A., *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos,* Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pág. 125.

contractualmente al reducir el número de horas nocturnas necesarias para ser considerado trabajador nocturno ([71]).

3. Con todo, los dos criterios utilizados por el legislador para definir al trabajador nocturno puede conducir, asimismo, a la diferenciación de dos modalidades de trabajador nocturno. Una, la del trabajador nocturno permanente, que sería aquél que normalmente realiza, al menos, tres horas de su jornada diaria en período nocturno. Y, otra, la del trabajador nocturno intermitente, esto es, aquél trabajador que se prevea que puede realizar en período nocturno una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual. En consecuencia, el legislador ofrece una definición de trabajador nocturno abierta o amplia que comprende las dos manifestaciones de la nocturnidad laboral: por un lado, aquellas actividades que se desarrollan únicamente durante el período nocturno y, por otro, aquellas actividades que se prestan durante las veinticuatro horas del día mediante un sistema de trabajo a turnos. Y es que, los trabajadores que prestan servicios en actividades intrínsecamente nocturnas, serán considerados trabajadores nocturnos permanentes mientras que los trabajadores que prestan servicios en un sistema de trabajo a turnos continuo o discontinuo, y que incluyen el trabajo en período nocturno, podrían ser considerados trabajadores nocturnos intermitentes, siempre y cuando se prevea que realizarán un tercio de su jornada anual en período nocturno.

Una noción abierta y amplia no exenta de dificultades aplicativas por su imprecisión ([72]). Así, si el trabajador nocturno permanente ha de realizar normalmente, al menos, tres horas de su jornada diaria, se plantea la cuestión

[71] Por todos, GARCÍA NINET, J.I., "Ordenación del tiempo de trabajo", *Tribuna Social*, núm. 43, 1994, pág. 82; RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 228; PÉREZ AMORÓS, F., "Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo", *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 771.

[72] *Vid*. GARCÍA NINET, J.I, "Ordenación del tiempo de trabajo…" *op. cit.*, pág. 82.

sobre cuál será el contenido del concepto jurídico indeterminado realizar "normalmente". El ambiguo término requiere una comparación y, por ende, el conocimiento sobre la concreta distribución de la jornada que se haya acordado en la empresa y al calendario laboral ([73]). En este sentido, la normalidad puede suponer que el trabajador deba realizar diariamente tres horas en período nocturno, o, por el contrario, la normalidad no debería interpretarse de forma restrictiva de manera que, si algún día el trabajador no realizase tres horas en período nocturno, ese hecho no debería impedirle ser calificado como tal. En aras de una interpretación finalista del concepto de trabajador nocturno –que persigue principalmente garantizar la salud de los trabajadores nocturnos otorgándoles una protección especial- cabría rechazar de forma tal que, si el trabajador habitualmente realiza tres horas en período nocturno, deberá ser considerado trabajador nocturno ([74]), independientemente de que no se trate de una actuación permanente y continuada en el tiempo sino habitual.

4. Por otra parte, el parámetro utilizado para computar las tres horas nocturnas también suscita dudas interpretativas. Se trata de dilucidar si la jornada diaria se refiere a la jornada ordinaria de trabajo, o por el contrario, han de incluirse las horas extraordinarias. A priori, cabría entender que las horas extraordinarias, en tanto jornada del trabajador, han de computarse a la hora de determinar si un trabajador es nocturno o no. Pero conviene advertir que el legislador prohíbe la realización de horas extraordinarias al trabajador nocturno. En consecuencia, no deberán ser tenidas en cuenta –ni siquiera cuando se realizan por trabajadores diurnos- para determinar la "normalidad" de la jornada, primero porque se trata de una jornada "extraordinaria" y, segundo, porque el trabajador nocturno no puede ampliar su jornada a través de la realización de las

[73] *Vid*. MARTÍN VALVERDE, A., "Duración del tiempo de trabajo", AAVV, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Socil, Pamplona, Aranzadi, 2008, pág. 1585*.

[74] En el mismo sentido, RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo..., op. cit.,* pág. 228; ODRIOZOLA LANDERAS, A.; *La protección de la salud del trabajador nocturno a turno…, op. cit*., pág. 127.

mismas. Es más, si se computaran las horas extraordinarias para delimitar la calificación del trabajador como nocturno, se llegaría al absurdo de que el trabajador –calificado como tal por haber realizado horas extraordinarias- tendría prohibida la realización de las mismas ([75]).

2. La comprobación legal de la correcta actividad de trabajo nocturno del trabajador nocturno: reglas de fiscalización para una actividad gravosa

1. Siendo interesante la definición legal tanto del trabajo nocturno como del trabajador nocturno, mayor atención requiere la necesidad de intervenir en la correcta aplicación de las normas legales, no siempre garantizada en el ámbito laboral. Y, así, para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores nocturnos, el ordenamiento contempla una serie de mecanismos protectores a fin de evitar un mayor deterioro físico, psíquico o sensorial del que, de por sí, implica el trabajo nocturno. Prevé el ordenamiento una serie de instrumentos que facilitan la fiscalización y el control de esas medidas protectoras por parte de la autoridad laboral. Por esta razón, el legislador tras delimitar objetivamente los límites cronológicos de la nocturnidad laboral, impone al empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno la obligación de informar de ello a la autoridad laboral (art. 36.1.1 LET).

La finalidad perseguida por el legislador al imponer esta obligación de información se circunscribe a permitir que la autoridad laboral pueda controlar el cumplimiento de las normas legales sobre trabajo nocturno, concretamente las normas sobre limitación de jornada y las medidas de seguridad y salud que se establecen para los trabajadores nocturnos, así como las prohibiciones de realización de trabajo nocturnos para grupos específicos de trabajadores, como es

[75] "*Tal criterio debe ser probablemente el del horario "ordinario" de trabajo; es decir, el del horario previsto para supuestos de normalidad productiva, en el que no cuentan las horas extraordinarias*", MARTÍN VALVERDE, A., "Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo…" *op. cit.,* pág 83; ODRIOZOLA LANDERAS, A., *La protección jurídica del trabajador nocturno a turnos…, op. cit.,* pág. 128 y 129.

el caso de los trabajadores menores de 18 años y más recientemente para los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje. Prohibiciones todas ellas que serán objeto de atención en posteriores epígrafes. Esta obligación de información, introducida como las definiciones anteriores a raíz de la reforma de 1994, transpone a nuestro ordenamiento jurídico el art. 11 de la Directiva 2003/88. Según este precepto los Estados miembros adoptarán las medias necesarias para que el empresario que recurra regularmente a trabajadores nocturnos informe de este hecho a las autoridades competentes, a petición de las mismas.

Procede advertir en este punto que la norma española mejora el precepto comunitario en dos aspectos. En primer lugar, porque el art. 36.1 amplía el ámbito subjetivo de la obligación de información toda vez que quedan obligados a informar todos los empresarios que recurran regularmente a la realización de trabajo nocturno, mientras que la norma comunitaria se refiere exclusivamente a los empresarios que recurran regularmente a trabajadores nocturnos. De esta forma, la obligación de informar a la autoridad laboral nace en nuestro ordenamiento jurídico cuando se realiza regularmente trabajo nocturno, con independencia de que en dicha actividad presten servicios trabajadores nocturnos o no. Comoquiera que, a diferencia de la Directivia comunitaria –que establece medidas de protección sólo para los trabajadores nocturnos-, nuestro legislador regula el trabajo nocturno de una manera más amplia -estableciendo no sólo medidas de protección para los trabajadores nocturnos, sino también prohibiendo la realización del mismo a los trabajadores menores de 18 años y a los contratados para la formación y el aprendizaje-, la obligación es más extensa.

Y, así, la autoridad laboral podrá controlar el cumplimiento de la normativa legal sobre trabajo nocturno en toda su extensión, debiendo tener conocimeitno de todas las actividades que se lleven a cabo regularmente durante el período nocturno, independientemente de que en estas actividades presten

servicios trabajadores nocturnos o no. En segundo término, la legislación nacional, en concreto el citado art. 36.1 LET, mejora lo establecido en la Directiva en relación al nacimiento de la obligación de informar. De esta forma, mientras que en la norma comunitaria dicha obligación nacerá cuando el empresario sea requerido por la autoridad laboral, en la normativa española la obligación nace desde el momento en el que el empresario recurre regularmente al trabajo nocturno, sin necesidad de requerimiento administrativo alguno por parte de la autoridad laboral.

2. Por lo que respecta a la configuración del referido deber de información la redacción del precepto tampoco se halla exenta de polémica interpretativa. En primer lugar, se suscita la cuestión de qué debemos entender por "recurrir al trabajo nocturno regularmente". La doctrina ha interpretado que el adverbio "regularmente" remite a un estándar jurídico de frecuencia y periodicidad, de modo que se refiere a las empresas que utilizan el período nocturno de forma ordinaria para el desarrollo de la actividad empresarial, no a las que acudan al trabajo nocturno de forma excepcional o transitoria ([76]). No obstante, algún autor considera que frente a la frecuencia o periodicidad de la utilización del horario nocturno deben primar otras circunstancias. De esta forma, puesto que la finalidad de la comunicación consiste en que la autoridad laboral pueda vigilar el cumplimiento de las reglas previstas legalmente para esta modalidad horaria, bastaría con que en la empresa existiera al menos un trabajador nocturno o incluso, no existiendo, se constatara que el empresario que recurre al horario nocturno, tuviera contratados a trabajadores menores de dieciocho años, para que el empresario debiera poner en conocimiento de la autoridad laboral el recurso al horario nocturno ([77]).

---

[76] Por todos, ALONSO OLEA, M y BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores,* Madrid , Civitas, 1995, pág. 170; MARTÍN VALVERDE, A., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo…, op. cit*., pág. 1591; ODRIOZOLA LANDERAS, A., *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos…, op. cit*., pág. 218.

[77] RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo…, op. cit.*, pág. 230. Este autor señala que "*deben primar estas dos circunstancias*

Por lo que respecta a esta última postura doctrinal, conviene advertir que tras la aprobación del RD-L 10/11, de 26 de agosto, también los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje tienen prohibida la realización de trabajos nocturnos, por lo que, la obligación de información se extendería a aquellos supuestos en los que el empresario tuviera contratado a algún trabajador con esta modalidad contractual.

En segundo término, procede subrayar que el precepto en cuestión tampoco concreta la autoridad laboral que resulta competente para recibir la información debida. No obstante, si atendemos a la finalidad perseguida por dicha obligación –que no es otra que facilitar la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa sobre trabajo nocturno- debemos concluir que la información deberá remitirse a la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social ([78]). Corresponde a esta última, no en vano, la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social así como exigir las responsabilidades pertinentes [art. 12 de la Ley 23/15, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE, 22)].

---

frente a la frecuencia o periodicidad de la utilización del horario nocturno. El documento que nos permitirá constatar el recurso regular al horario nocturno será, a mi entender, el calendario laboral, dado que este documento elaborado anualmente contiene, entre otros aspectos, el horario de trabajo. Así, si del análisis del horario previsto en el calendario podemos constatar la existencia de trabajadores nocturnos o, no pudiendo hacerlo, el empresario tiene previsto el trabajo en determinadas horas nocturnas y tiene contratados trabajadores menores de dieciocho años, el empresario deberá poner en conocimiento de la autoridad laboral el recurso al horario nocturno".

[78] En el mismo sentido, CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática,* Madrid, Fundación Confemetal, 2000, pág 264; ODRIOZOLA LANDERAS, A., *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos…, op. cit.,* pág. 220. En sentido contrario *vid*. PEREZ AMORÓS, F., "Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo…", *op. cit.*, pág. 32 , que considera que la autoridad laboral competente para recibir la información es la Administración de Trabajo estatal (central o periférica) o autonómica de acuerdo con las competencias transferidas.

3. La limitación del tiempo de trabajo del trabajador nocturno

3.1. La reordenación de la jornada de trabajo: la combinación de factores organizativos –flexibilidad- con factores personales –salud-

1. La ordenación del tiempo de trabajo constituye uno de los aspectos centrales en cualquier modelo de relaciones laborales pues afecta a intereses muy diversos que tienen que ver con la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, con la conciliación de la vida personal y laboral, con la productividad y competitividad de la empresa, así como con la política de empleo toda vez que la regulación del tiempo de trabajo puede contribuir a la creación de empleo.

Teniendo en consideración todos estos intereses, la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE, 23) reordena la regulación de la jornada de trabajo, estableciendo los límites y garantías (en materia de jornada, descansos, trabajo nocturno o a turnos etc.) que, por razones de salud y seguridad o por objetivos de la política de empleo, resultan indisponibles, y fijando, en lo demás un marco de reglas de juego en el que la negociación colectiva de las partes pueda libremente desarrollarse con objeto de hacer compatibles las necesidades organizativas de la empresa y los intereses y aspiraciones de los individuos [ap. 3º de la Exposición de Motivos de la Ley 11/94]. Y, así, tras la citada reforma, la ordenación del tiempo de trabajo, además de atender a los intereses organizativos de la empresa, persigue garantizar la salud y seguridad de los trabajadores nocturnos, mediante la limitación de su tiempo de trabajo. De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de un hecho constatado de forma fáctica como es que el trabajo nocturno resulta más perjudicial para la salud de los trabajadores, decide proteger a los trabajadores nocturnos estableciendo límites legales en la ordenación de su jornada de trabajo.

Estos límites consisten en el establecimiento de una jornada máxima de ocho horas diarias de promedio en un período de referencia de quince días y en la prohibición de realizar horas extraordinarias (art. 36.2.), como se mencionara. Se produce así, un cambio significativo en la normativa toda vez que antes de la reforma de 1994 la única limitación que contemplaba la LET era la prohibición de realización de horas extraordinarias en período nocturno ([79]). Una limitación objetiva que consideraba aún más gravoso el trabajo nocturno si se realizaban horas extraordinarias por lo que se opta por prohibir el recurso a las mismas en el trabajo nocturno. Con todo, obsérvese que la reforma no presta tanta atención al trabajo nocturno como realidad objetiva sino al trabajador nocturno como sujeto al que otorga una serie de derechos y garantías y una especial protección en su actividad laboral.

2. Como en otros aspectos de esta materia, este cambio de orientación en la regulación del trabajo nocturno, viene motivado por la necesidad de trasponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2003/88, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Esta Directiva enamarcada en la política de protección de la salud laboral de los trabajadores, considera necesario limitar la duración del trabajo nocturno, incluyendo la prohibición de realización de horas extraordinarias ([80]). Estudios empíricos demustran que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo ([81]) lo que aconsejaría, por ejemplo, una jubilación prematura respecto de los trabajadores diurnos.

---

[79] El anterior art. 35.6 prohibía la realización de horas extraordinarias en el indicado período nocturno, salvo en casos y actividades especiales debidamente justificadas y expresamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo.

[80] Considerando núm. 8 de la Directiva 93/104/CE.

[81] Considerando núm. 7 de la Directiva 93/104/CE.

3.2. Límites cuantitativos a la jornada del trabajador nocturno

3.2.1. La delimitación de su jornada máxima diaria de trabajo: un límite diario con un período de referencia de dos semanas en cómputo promediado

1. La jornada de los trabajadores nocturnos está sometida a una limitación especial puesto que el legislador ha decidido establecer una jornada máxima diaria específica para esta modalidad de trabajadores. De esta forma, la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días (art. 36.1.2 LET).

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el establecimiento de este límite no conlleva una limitación adicional a la jornada máxima a realizar por los trabajadores nocturnos, sino un límite adicional a las posibilidades de su distribución irregular. Y ello es así, porque a los trabajadores nocturnos se les aplican los límites generales de la jornada establecidos por el legislador; a saber, por una parte, la jornada máxima anual de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (art. 34.1.2 LET) y, por otra, el límite de las nueve horas de trabajo efectivo como máximo para la jornada ordinaria (art. 34.3 LET). En consecuencia, la jornada del trabajador nocturno tendrá la misma duración que la del resto de trabajadores, salvo que se haya pactado una jornada inferior en el Convenio Colectivo o en el contrato de trabajo. Bien es cierto que la práctica negocial o contractual arrojan parcos resultados en esta materia. Y, así, la duración de la jornada nocturna se trata con carácter excepcional en el clausulado de los principales Convenios de sector. Con todo, algún Convenio no se ajusta a lo preceptuado en el art. 36.1.2 LET al prever que la duración del turno nocturno será de diez horas en promedio bisemanal del descanso semanal.

2. Descartada, pues, por el legislador la posibilidad de limitar cuantitativamente la jornada de los trabajadores nocturnos, en aras de conseguir una mejor protección de su salud, se establecen límites adicionales tanto para la

distribución irregular de la jornada como para la prolongación de la jornada diaria de estos trabajadores. Sabido es que, mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se puede establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5% de la jornada de trabajo [art. 34.2. RD-L 3/12, 10 de febrero (BOE, 11)].

Además de los pactos sobre distribución irregular de la jornada, por Convenio Colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, pueden establecerse prolongaciones de la jornada ordinaria de nueve horas diarias, respetando en todo caso el descanso entre jornadas (art. 34.3 LET). Pues bien, tanto la distribución irregular de la jornada como la prolongación de la jornada ordinaria diaria constituyen mecanismos flexibilizadores que persiguen una mejor adaptación de la jornada de trabajo a la organización productiva de la empresa.

Procede cuestionar, sin embargo, si en el caso de los trabajadores nocturnos se considera factible una distribución irregular de su jornada o una prolongación de su jornada diaria o, mejor, si puede los trabajadores nocturnos trabajar más de cuarenta horas a la semana o más de nueve horas diarias. Aun cuando no se presenta fácil la solución a esta cuestión, se opta en este análisis por una respuesta afirmativa por cuanto el art. 36.1.2 LET no impide expresamente que un trabajador nocturno trabaje más de ocho horas al día, pero sí que trabaje al cabo de un período de quince días más horas del equivalente a ocho todos los días ([82]).

[82] LÓPEZ CUMBRE, L., "Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España"..., *op.cit.*, pág. 120.

Por eso se ha podido estimar que dicho precepto abre la posibilidad a que exista una distribución irregular de la jornada semanal nocturna, bien que acotada por el módulo de quince días ([83]). El legislador introduce únicamente una limitación a la flexibilidad en la ordenación de la jornada de estos trabajadores, y ello por cuanto los pactos o acuerdos sobre distribución irregular o sobre prolongación de la jornada ordinaria diaria estarán condicionados por el límite de las ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días ([84]).

Cabe concluir, por tanto, que el art. 36.1.2 establece límites cualitativos en la jornada de los trabajadores nocturnos y ello puesto que se introducen limitaciones a la flexibilidad en la disponibilidad de esta mano de obra, por contraposición a la pérdida de rigidez en la regulación del tiempo de trabajo del resto de trabajadores ([85]). Así pues, en la regulación de la jornada de trabajo de estos trabajadores prevalece la protección de su seguridad y salud frente a las necesidades organizativas de la empresa. Por esta razón, el legislador ha configurado el precepto que regula la jornada de los trabajadores nocturnos como una norma mínima que instaura con la negociación colectiva una relación de suplementariedad. Eso permitirá que tanto el Convenio Colectivo como el contrato de trabajo puedan establecer limitaciones más rígidas -nunca más permisivas-, lo que, en otros términos supone que tanto la jornada del trabajador

[83] *Vid*. MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Barcelona, La Jurídica, 2005, pág. 236.

[84] En el mismo sentido, "*los pactos sobre distribución deberán tener en cuenta no ya el promedio de cuarenta horas semanales de trabajo en cómputo anual, sino el promedio de ocho horas diarias en un período de quince días. Es decir, el máximo de horas que podría trabajar un empleado nocturno sería de ciento veinte horas cada quince días laborables*", CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática…*, *op. cit.*, pág. 246.

[85] FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 93.

nocturno como el período de referencia de quince días podrán ser reducidos pero nunca incrementados por el Convenio Colectivo o el contrato de trabajo ([86]).

3. Pero conviene no olvidar el límite cuantitativo toda vez que el art. 36.1.2 LET fija una jornada máxima ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días. Como puede advertirse el legislador no especifica si se trata de días naturales o laborables, razón por la cual se han planteado algunas dudas interpretativas sobre cuál deba ser la naturaleza de los días a computar en el citado período de referencia. La solución a esa cuestión podría encontrarse en el art. 16 de la Directiva 2003/88/CE que se dedica a establecer excepciones a los períodos de referencia ([87]).

Según el citado precepto, si el período mínimo de 24 horas de descanso semanal exigido por el art. 5 quedase comprendido en este período de referencia, no se tomará en consideración para el cálculo del promedio. O dicho en otros términos, según la Directiva los días que deben computarse en los períodos de referencia son únicamente los días laborales toda vez que la misma excluye de dicho cómputo el período mínimo de 24 horas de descanso semanal. Así pues, utilizando como criterio interpretativo lo previsto por el art. 16 de la Directiva, cabría considerar que para el cómputo del período de referencia de quince días

[86] En el mismo sentido, MARTÍN VALVERDE, A., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo…, op. cit., pág. 1592;* MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo..., op. cit.,* pág. 236.

[87] Este artículo señala que los Estados miembros podrán establecer: a) para la aplicación del art. 5 -descanso semanal-, un período de referencia que no exceda de 14 días; b) para la aplicación del art. 6 -duración máxima del tiempo de trabajo semanal-, un período de referencia que no exceda de cuatro meses. Los periodos de vacaciones anuales pagados, concedidas de conformidad con el art. 7, y los períodos de bajas por enfermedad no se tendrán en cuenta o serán neutros para el cálculo del promedio; c) para la aplicación del art. 8 -duración del trabajo nocturno-, un período de referencia definido previa consulta a los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre interlocutores sociales. Si el período mínimo de veinticuatro horas de descanso semanal, exigido por el art. 5, quedare comprendido en este período de referencia, no se tomará en consideración para el cálculo del promedio.

deben excluirse los días de descanso semanal y en consecuencia, sólo deben computarse en dicho período los días laborables ([88]).

4. Cabe, no obstante, plantear algún argumento en contra y defender que el descanso semanal deberá estar incluido en el cómputo del período de referencia de quince días. Y ello por cuanto el art. 15 de la Directiva 2003/88/CE permite que los Estados miembros puedan establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores o que éstos permitan o favorezcan la aplicación de Convenios Colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección y la salud de los trabajadores.

Por consiguiente, la facultad de los Estados de mantener disposiciones más favorables que las comunitarias en materia de protección de los trabajadores, avala la consideración de que aquellos no están obligados a transponer la previsión relativa a la exclusión del descanso semanal para el cómputo del período de referencia de quince días. Y ello puesto que la inclusión del descanso semanal en el cómputo de dicho período de referencia resulta más favorable para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. De esta forma, en tanto no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que establezca que los días de descanso semanal deben quedar excluidos del módulo de quince días, procede concluir que nuestro legislador no ha llevado a cabo la transposición de

[88] En este sentido se ha señalado que "*además, tal interpretación viene avalada por el cálculo de la jornada ordinaria de los trabajadores no considerados nocturnos, establecida en el artículo 34 del ET, en el cual deberán descontarse las vacaciones, así como las fiestas y descansos a los que los trabajadores tendrán derecho. Del mismo modo, estimo que al reflejar el cálculo en cómputo de días, el legislador pretendía que solamente se cuenten los días hábiles, haciendo suyas las interpretaciones aplicables en el Derecho Procesal en cuanto a cómputo de los plazos (art. 43 LPL). Con toda probabilidad, si hubiera querido que fueran naturales, hubiera hecho constar que el promedio se debe calcular cada dos semanas –al igual que hace al referirse a la prohibición de permanencia en el turno de noche más de dos semanas consecutivas-, caso en el cual dejaría claro que se trata de 14 días naturales que incluyen días de descanso y festivos*", ODRIOZOLA LANDERAS, A., *La protección de la salud de trabajador nocturno a turnos…, op. cit.*, págs. 324 y 325; CARCELEN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática…op. cit.*, pág. 245.

esta previsión y, en consecuencia, nuestro ordenamiento resulta más favorable para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores toda vez que los días de descanso semanal se considerar a efectos de determinar período de referencia de quince días ([89]).

5. Por lo demás, la Directiva no especifica si se trata de días naturales o laborales, excluyendo únicamente del período de referencia el descanso semanal. Tampoco precisa este dato el legislador nacional. Mas comoquiera que el art. 16 de la Directiva únicamente excluye el descanso semanal para el cálculo del promedio cuando dicho descanso quede comprendido en el período de referencia. Por tanto, utilizar como criterio interpretativo este precepto conduciría a una conclusión: que la exclusión del cómputo del descanso semanal no predetermina que los días que deban considerarse en el cálculo del promedio sean únicamente los días laborables.

De esta forma, deberán computarse para el cálculo del promedio en cuestión aquellos días que, no siendo laborables no han sido excluidos expresamente por la Directiva, tales como días festivos o de permiso. Lo contrario, admitir que sólo han de ser considerados los días laborales, supondría, se entiende, una defectuosa transposición de la Directiva y, en su caso, una responsabilidad patrimonial del Estado por tal actuación. Bien es cierto, por otra parte, que el legislador español no ha optado por transponer la previsión de excluir de dicho cómputo el descanso semanal. No obstante, esta ausencia no puede significar que el legislador haya pretendido el establecimiento de una medida más favorable para la protección de la seguridad y salud de los

[89] "*Con arreglo al artículo 36.1.2º ab initio ET, una jornada diaria de ocho horas de promedio quincenal en un régimen de ejecución del trabajo de lunes a sábado, por ejemplo, arrojaría una jornada total de 104 horas, 16 horas menos que si computasen como días hábiles a efectos de este período de referencia de quince días sólo los días laborables*", MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo…*, *op.cit.*, pág. 236.

trabajadores nocturnos. De haber sido así, habría consignado una declaración expresa del descanso semanal en el cómputo del promedio de quince días aludido.

6. Por su parte, el art. 8.b) de la Directiva 2003/88 establece una limitación general de la jornada de los trabajadores nocturnos y una limitación específica de dicha jornada para aquellos trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes. En estos supuestos, los trabajadores nocturnos no podrán trabajar más de ocho horas en el curso de un período de veinticuatro horas durante el cual realicen un trabajo nocturno. Por lo tanto, cuando el trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales, la norma comunitaria establece un límite absoluto para la jornada de los trabajadores nocturnos. De esta forma, el límite general de jornada para los trabajadores nocturnos es de ocho horas como media por cada período de veinticuatro horas, permitiendo el art. 16.c) de dicha norma europea que el período de referencia sea definido previa consulta a los interlocutores sociales o mediante Convenios Colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre los interlocutores sociales.

Como se expusiera, nuestro legislador ha optado por regular él mismo el período de referencia estableciéndolo en quince días ([90]). Pero, atendiendo a lo expuesto en la normativa comunitaria, cuando se aprecien las circunstancias

[90] Respecto al período de referencia de quince días fijado por el legislador en el art. 36.1 párrafo 2º LET alguna autora ha planteado que pueden plantearse dudas sobre si se ha seguido o no lo dispuesto en la norma comunitaria y ello puesto que este período de referencia de quince días "*no se ha fijado previa consulta de los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre los interlocutores sociales*". *Vid*. MURCIA CLAVERÍA, A., "Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo", AAVV, *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994, pág. 298. En sentido contrario, "*el hecho de que el legislador haya preferido regular él mismo estos aspectos en lugar de remitírselos a los agentes sociales, vuelve a poner de manifiesto que el Estado ha considerado preferible encauzar la senda autonomista en la regulación de determinados extremos del horario nocturno*", MONREAL BRINGSVAERD. E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo …*, *op. cit*., págs. 235 y 236.

descritas, no podrá promediarse en el período de referencia de quince días y en consecuencia, no podrán realizarse distribuciones irregulares de jornada ([91]). Con todo, la Directiva no especifica cuáles son los trabajos que implican riesgos especiales o tensiones físicas o mentales sino que establece que dichos trabajos serán definidos por las legislaciones y/o las prácticas nacionales, o por Convenios Colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, tomando en consideración los efectos y los riesgos inherentes al trabajo nocturno.

En consecuencia, la Directiva 2003/88 alberga dos categorías de trabajadores nocturnos; una, la de los trabajadores nocturnos comunes, cuya jornada de trabajo no podrá exceder de ocho horas como media por cada período de veinticuatro horas, pudiendo ampliarse el período de referencia de veinticuatro horas por los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, o mediante Convenios Colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre los interlocutores sociales; otra, la de los trabajadores nocturnos cuyo trabajo presenta riesgos especiales, en cuyo caso su jornada no podrá exceder de ocho horas en el curso de un período de veinticuatro horas durante el cual realicen trabajo nocturno.

7. Una distinción desatendida por el legislador español que se limita a señalar que la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días, *ex* art. 36.1.2. Podría interpretarse, pues, que se trata de una transposición incompleta, requiriendo el citado precepto nacional una reforma que traslade la garantía especial prevista en el art. 8.b) de la Directiva a los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique, además, riesgos especiales.

[91] FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo…*, *op.cit.* pág. 94.

Es más, el Estatuto contempla ya esta posibilidad al establecer en el art. 36.1.4 que el Gobierno podrá consignar limitaciones y garantías adicionales a las previstas en este precepto para la realización de trabajo nocturno en ciertas actividades o para determinadas cateogrías de trabajadores en función de los riesgos que comporten para su salud y seguridad. No existiendo en nuestro ordenamiento ninguna norma que prevea esta gararantía especial para los trabajadores nocturnos con riesgos especiales ni ninguna especificación de cuáles son los trabajos susceptibles de causar dichos riesgos, ningún trabajador nocturno podrá alegar *ex lege* un supuesto derecho a no trabajar más de ocho horas en el curso de un período de veinticuatro horas durante el cual realice un trabajo nocturno.

No obstante, tratándose de una garantía que mejora lo establecido en el art. 36.1.2 LET nada impediría, por una parte, alegar su directa aplicación en los tribunales del orden social y, por otra, admitir que la negociación colectiva podrá fijarla, estableciendo una jornada máxima diaria nocturna sin posibilidad de promediarla en aquellos puestos de trabajo cuyas peculiaridades así lo aconsejen ([92]). La realidad se muestra tozuda en este punto y, desafortunadamente, no aparecen cláusulas negociales que incorporen esta garantía especial para trabajadores nocturnos con riesgos especiales.

3.2.2. La prohibición de efectuar horas extraordinarias por parte del trabajador nocturno y ¿durante el período de trabajo nocturno?

1. Además de la limitación de la jornada máxima diaria, la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos presenta una segunda especialidad o limitación: la prohición de realización de horas extraordinarias. Esta limitación, recogida en el art. 36.1. *in fine* LET -introducido asimismo por la reforma laboral

[92] MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*…, *op. cit.*, pág. 237.

de 1994-, supuso una novedad respecto a la regulación anterior toda vez que establecía una prohibición sustancialmente distinta a la contenida en el precedente –y ya derogado- art. 35.6 LET ([93]). Este precepto prohibía la realización de horas extraordinarias durante el período nocturno –entre las veintidós y las seis de la mañana-, salvo en los casos excepcionales que establecía el art. 42 RD 2001/1983, de 28 de julio ([94]), mientras que el art. 36.1 LET prohíbe que los trabajadores nocturnos realicen horas extraordinarias. Como en anteriores ocasiones, también aquí la prohibición se desplaza desde un supuesto objetivo –prohibición de realización de horas extraordinarias durante el período nocturno- a un supuesto subjetivo –prohibición de realización de horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos ([95]). Un cambio de criterio con implicaciones relevantes. Por una parte, que los trabajadores nocturnos no podrán realizar horas extraordinarias en ningún momento de su jornada de trabajo, ni de día ni de noche; por otro lado, que, por el contrario, los trabajadores que no sean nocturnos podrán realizar horas extraordinarias durante el período nocturno.

2. También aquí la nueva regulación responde a la transposición de la Directiva 2003/88 y a los derechos y garantía recogidos en la misma para los trabajadores nocturnos. Para este supuesto, la Directiva precisa límites a la duración del tiempo de trabajo de los trabajadores nocturnos si bien en ningún

---

[93] El art. 35.6 LET/80 prohibía la realización de horas extraordinarias en el período nocturno, salvo en los casos y actividades especiales debidamente justificados y expresamente autorizados por el Ministerio de Trabajo. El antecedente inmediato de este precepto es el art. 23.5 LRL pero, a diferencia del art. 35.6, éste exigía el informe previo de la Organización Sindical para autorizar la realización de horas extraordinarias durante el período nocturno.

[94] Este precepto prohibía la realización de horas extraordinarias durante el período nocturno, excepto en los casos siguientes: a) Las que sean consecuencia de las ampliaciones de jornada en los sectores y actividades previstas en el presente Reglamento; b) Las que se realicen para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes; c) Las que puedan derivarse de irregularidades en los relevos de turnos por causas no imputables a la empresa.En los demás casos en los que excepcionalmente se hiciera preciso la realización de horas extraordinarias en el indicado período nocturno, se requerirá la autorización correspondiente de la Autoridad Laboral competente que deberá tramitar expediente en el que informará a la Inspección de Trabajo y se oirá a los representantes del personal.

[95] ALFONSO MELLADO, C.A y GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 71.

momento prohíbe que éstos realicen horas extraordinarias. No obstante, conviene manifestar que en los Considerandos de la Directiva se alude a que es necesario limitar la duración del trabajo nocturno, con inclusión de las horas extraordinarias, haciendo mención expresa a las mismas.

Tampoco los Convenios de la OIT sobre trabajo nocturno ([96]) aluden a la prohibición de realización de horas extraordinarias. Tan sólo la Recomendación 178 sobre el trabajo nocturno de 1990 señala que el trabajo debe organizarse de forma que, en la medida de lo posible, se evite que los trabajadores nocturnos realicen horas extraordinarias antes o después de una jornada de trabajo en la que se haya efectuado trabajo nocturno (art. 5.1). Además, en las ocupaciones que entrañen riesgos especiales o un esfuerzo físico o mental importante, los trabajadores nocturnos no deberían (como *desideratum*) realizar ninguna hora extraordinaria antes o después de una jornada de trabajo en la que se haya efectuado trabajo nocturno, salvo en caso de fuerza mayor o de accidente real o inminente (art. 5.2).

Pues bien, a pesar de que la prohición de realización de horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos no está prevista ni en la norma comunitaria ni en las normas internacionales, nuestro legislador ha optado por establecerla en nuestro ordenamiento jurídico. Queda prohibida, por tanto, toda ampliación extraordinaria de la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos. Por consiguiente, se trata de una medida que supone un avance importante en la protección de la salud de estos trabajadores toda vez que, como se expusiera, la realización de parte de la jornada laboral durante el período nocturno conlleva una mayor penosidad. Paradójicamente, y aún no estando prevista por la Directiva 2003/88/CE, la prohibición se ajusta a la misma puesto que su art. 15 permite que los Estados miembros establezcan disposiciones legales,

[96] C171 Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990.

reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores ([97]).

3. Partiendo, por tanto, de la justificación de esta prohibición en la protección de la salud de los trabajadores nocturnos, la misma se configura como una norma de orden público o de derecho necesario absoluto, indisponible tanto para la negociación colectiva como para el acuerdo individual ([98]). Por esta razón, algún autor ha calificado la prohibición radical de realización de horas extraordinarias como llamativa (y seguramente exagerada), porque cercena incluso el trasvase de tiempo de trabajo en período nocturno a diurno [cfr. el supuesto en el art. 35.1 y 2) por vía de compensar con descanso y no con retribución adicional ([99])].

En una ponderación de los intereses considerados en esta normativa, el legislador ha de tener en cuenta tanto la preservación de la libertad organizativa de la empresa y su flexibilidad productiva como la protección de la vida y salud de los trabajadores. Por su parte, la prohibición de realización de horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos supone el establecimiento de un límite indisponible que efectivamente implica una mejora en la protección de la salud de los trabajadores nocturnos pero que, en contrapartida, impone una –"excesiva"- rigidez en la gestión de la organización productiva, que como es

---

[97] El art. 15 de la Directiva 2003/88/CE rubricado "Disposiciones más favorables" señala que la aplicación de la Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales que sean más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

[98] MURCIA CLAVERÍA, A., *Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo…, op. cit.*, pág. 300; PÉREZ AMORÓS, F., *Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo…, op. cit.*, pág.773; MONREAL BRINGSVAERD, E., *Régimen legal y convencional de la jornada de trabajo..., op. cit.*, pág. 239.

[99] *Vid*. SEMPERE NAVARRO, A.V., "Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo", AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters, 2010, pág. 414.

sabido, demanda cada día una mayor flexibilidad debido a las nuevas formas de organización del trabajo, como la fórmula *just in time*.

Aceptando todas las premisas expuestas, tal vez una prohibición extensible a cualquier supuesto de trabajo nocturno, impidiendo la realización de horas extraordinarias en todo caso pueda no parecer la opción óptima. Máxime si se considera que no está prevista ni en la normativa comunitaria ni en la internacional, tal y como se expuso. Quizá resultaría más adecuada una regulación permisiva en la realización de horas extraordinarias a los trabajadores nocturnos pero con la inclusión de un régimen especial –menor número de horas al año, disponibilidad plena del trabajador en su realización, etc- que permitiera garantizar plenamente la salud del trabajador nocturno sin que dicha ampliación incremente su riesgo laboral.

3.3. Límites cualitativos: la prohibición del trabajo nocturno a grupos específicos de trabajadores

3.3.1. Prohibición del trabajo nocturno a menores. Razones fisiológicas, educativas y de desarrollo de la personalidad

A) La protección internacional del trabajo nocturno de los menores de edad. La justificación de las primeras normas internacionales en el ámbito laboral

1. La incidencia negativa del trabajo nocturno sobre la educación por su afectación al rendimiento en el estudio y por la difícil combinación entre la asistencia a las aulas y al centro de trabajo han motivado, entre otras muchas más razones, especialmente la salud y el desarrollo vital del niño, la prohibición del trabajo nocturno en los menores. Su insuficiente desarrollo fisiológico, su mayor inexperiencia laboral y su inmadurez personal se añaden asimismo a este condicionamiento. La combinación de estas dos circunstancias –efectos perjudiciales del trabajo nocturno y mayor vulnerabilidad del menor- origina la

aparición de políticas de protección de los menores frente al trabajo nocturno, tanto a nivel internacional como a nivel comunitario.

En el ámbito internacional, la OIT no ha dudado en aprobar diversos instrumentos normativos sobre el trabajo nocturno de los menores. En primer lugar, el Convenio núm 6, sobre trabajo nocturno de menores (industria) de 1919 ([100]). Este Convenio establece como regla general la prohibición de emplear durante la noche ([101]) a personas menores de dieciocho años en empresas industriales ([102]), públicas o privadas, o en sus dependencias. Ahora bien, esta prohibición no se considera absoluta puesto que se establecen dos excepciones; a saber, la de aquellas empresas industriales en las que únicamente se hallen empleados miembros de una misma familia y una excepción limitada a los mayores de dieciséis años que estuvieran empleados en industrias que, por razón de su naturaleza, deban estar en funcionamiento de día y de noche ([103]).

[100] Convenio aprobado en 1919, ratificado por España el 8 de abril de 1932 (Gaceta,14). Revisado por el Convenio núm. 90 (1948).

[101] El término noche significa un período de once horas consecutivas, por lo menos, que comprenderá el intervalo que media entre las diez de la noche y las cinco de la mañana.

[102] A los efectos del Convenio, se consideran empresas industriales principalmente: a) las minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase; b) las industrias en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen o preparen productos para la venta, o en las cuales las materias sufran una tansformación, comprendida la construcción de buques, las industrias de demolición y la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualuier clase de fuerza motriz; c) la construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de edificios y construcciones de todas clases, los ferrocarriles, tranvías, puertos, muelles, canales, instalaciones para la navegación interior, caminos, túneles, puentes, viaductos, cloacas colectoras, cloacas ordinarias, pozos, instalaciones telegráficas o telefónicas, instalaciones eléctricas, fábricas de gas, distribución de agua u otros trabajos de construcción, así como las obras de preparación y cimentación que preceden a los trabajos antes mencionados; d) el transporte de personas o mercancías por carretera o ferrocarril, comprendidas la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos y almacenes, con excepción del transporte a mano.

[103] El art. 2º apartado 2 del Convenio enumeraba las industrias de funcionamiento continuo: a) fábricas de hierro y acero; trabajos en que se empleen hornos de reverbero o de regeneración y galvanización del palastro y del almbre (con excepción de los talleres de desoxidación); b) fábricas de vidrio; c) fábricas de papel; d) ingenios en los que se trata el azúcar en bruto; e) reducción del mineral de oro.

Además de estas dos excepciones a la regla general de prohibición del trabajo nocturno a los menores de deiciocho años, se establecen dos supuestos en los que cabe suspender la aplicación de la prohibición a los mayores de dieciséis años: los supuestos de fuerza mayor -para los cuales la norma exige una serie de requisitos el Convenio exigía una serie de requisitos considerados innecesarios por la doctrina ([104]); así, que no pudieran preverse ni impedirse, que no presentase un carácter periódico y que constituyera un obstáculo para el funcionamiento normal de la empresa industrial- y los supuestos particularmente graves en los que el interés nacional así lo exija. Un principio general de prohibición del trabajo nocturno a los menores bastante atenuado al incorporar excepciones y suspensiones a la prohibición. Por lo demás, la derogación de la prohibición del trabajo nocturno a los mayores de dieciséis años en las industrias, que por su propia naturaleza requerían un funcionamiento continuo, permitía *de facto* el trabajo nocturno de los mayores de dieciséis años en un amplio número de industrias.

2. Concluida la Segunda Guerra Mundial, la OIT retomaría el problema de la protección de los jóvenes en el trabajo, planteándose la necesidad de examinar la cuestión del trabajo nocturno de los jóvenes mayores de dieciséis años en industrias que, por su propia naturaleza, exigían un funcionamiento continuado. Por esta razón, se aprueba en 1948, el Convenio núm. 90 sobre trabajo nocturno de menores en la industria ([105]). Este Convenio mantenía la regla general de

[104] *Vid*. RUANO ALBERTOS, S., "*El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 154

[105] Convenio núm. 90 de 1948, ratificado por España el 8 de abril de 1971 (BOE, 22). Este Convenio revisó el término "*noche*" que pasó a ser un período de doce horas consecutivas en lugar de las once que contemplaba el Convenio núm 6. Además, en el caso de los menores de dieciséis años, el período de doce horas consecutivas debía comprender necesariamente el intervalo entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana. En el caso de los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años, aquel período comprendería un intervalo fijado por la autoridad competente de siete horas consecutivas, comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana.

prohibición del trabajo nocturno a los menores de dieciocho años pero revisaba la excepción de dicha prohibición en las industrias de funcionamiento continuo.

De esta forma, la excepción deja de ser general y sufre una doble limitación. Por una parte, la autoridad competente debería autorizar el trabajo nocturno de los mayores de dieciséis años, previa consulta a las organizaciones interesadas de empresarios y trabajadores; por otro lado, la autorización para realizar trabajos nocturnos se limitaba a los efectos de aprendizaje y formación profesional. Se ampliaba, sin embargo, el ámbito de aplicación de la excepción a todas las empresas de funcionamiento continuo, independientemente de que lo fueran por razón de la naturaleza de la actividad. Además, el Convenio reconocía, a los trabajadores mayores de dieciséis años empleados en trabajos nocturnos, el derecho a un período de descanso entre jornadas de trece horas consecutivas.

3. Finalmente, conviene aludir al Convenio núm. 79 sobre trabajo nocturno de menores (trabajos no industriales) ([106]) y la Recomendación núm. 80 sobre la limitación del trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales. Este Convenio tiene como ámbito de aplicación objetiva a las empresas no industriales, definiéndose los trabajos no industriales de forma indirecta como todos los trabajos que no estén considerados por las autoridades competentes como industriales, agrícolas o marítimos ([107]).

---

[106] Convenio núm. 79 de 1946, ratificado por España el 8 de abril de 971 (BOE, 22).

[107] El art. 1.1. de la Recomendación núm. 125 sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), de 1946, enumera los trabajos que se consideran no industriales: a) los establecimientos comerciales incluidos su servicio de entrega a domicilio; b) los servicios de correos y de telecomunicaciones, incluido su servicio de entrega a domicilio; c) los establecimientos y servicios administrativos cuyo personal efectúe, principalmente, un trabajo de oficina; d) las empresas de periódicos (redacción, distribución, servicio de entrega a domicilio y venta de periódicos en la calle o en un lugar público); e) los hoteles, pensiones, restaurantes, círculos, cafés y otros establecimientos análogos; f) los establecimientos dedicados al tratamiento y hospitalización de enfermos, lisiados o indigentes y los orfanatos; g) los teatros y otros lugares públicos de diversión; h) la venta ambulante, el trabajo de buhonero, cualesquiera que sean los artículos con que se comercie, y todos los demás trabajos y servicios

En cuanto al ámbito de aplicación subjetiva, cabe distinguir dos grupos de trabajadores menores: los niños mayores de catorce años que estén sometidos a obligación escolar a tiempo completo –que no podrán trabajar de noche durante un período de catorce horas consecutivas, como mínimo, debiendo comprender dicho período el intervalo entre las ocho de la noche y las ocho de la mañana- y los niños mayores de catorce años que no estén sujetos a escolarización obligatoria a tiempo completo -que no podrán trabajar de noche durante un período de doce horas consecutivas, como mínimo, debiendo comprender dicho período el intervalo entre las diez de la noche y las seis de la mañana-

La prohibición del trabajo nocturno en las empresas no industriales se configuraría como una prohibición absoluta para los menores de dieciséis años, menores que, bajo ninguna circunstancia podían realizar trabajos nocturnos. Ahora bien, siguiendo los principios establecidos en el Convenio núm. 6 para las empresas industriales, la OIT flexibiliza la prohibición absoluta del trabajo nocturno, en el supuesto de los mayores de dieciséis años. De esta forma, se establece para los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho un supuesto de excepción a la prohibición de trabajo nocturno y un supuesto de suspensión. La suspensión de la prohicición del trabajo nocturno debía establecerse por el Gobierno en los casos particularmente graves en que el interés nacional los exigiera. Por lo que respecta a la excepción, la legislación nacional podía otorgar a la autoridad competente la facultad de conceder permisos individuales de carácter temporal, cuando lo exigieran razones especiales de su formación profesional.

4. Amén de incluir una particular excepción a la prohibición del trabajo nocturno para los artistas en espectáculos públicos y los actores en la producción

ejercidos en la calle o en un lugar público; i) cualquier otro trabajo, empleo o servicio que no sea industrial, agrícola o marítimo.

de películas. El Convenio regula con bastante minuciosidad el trabajo nocturno de los artistas, menores de dieciocho años, en espectáculos públicos.

Será la legislación nacional la que deba otorgar a la autoridad competente la facultad para conceder permisos individuales así como la edad mínima a la que puede obtenerse el citado permiso. Este último no podrá concederse cuando la participación del menor en el espectáculo público o en la producción de la película sea peligrosa para la vida, la salud o la moralidad del menor. Asimismo, el tiempo de trabajo del menor en los espectáculos públicos no excederá de las 24.00 h. Para la concesión del permiso deberán aprobarse medidas que protejan la salud, la moral y el buen trato del menor siempre que no perjudiquen la instrucción del menor. Por último, la citada norma establece el derecho del menor que trabaje de noche en espectáculos públicos a un descanso de catorce horas consecutivas como mínimo.

5. Este Convenio se completaría con la Recomendación núm. 80 sobre limitación del trabajo nocturno de los menores en los trabajos no industriales. Una Recomendación dirigida, básicamente, a regular el trabjo nocturno de los menores en espectáculos públicos. Como se expusiera, el Convenio permitía que las legislaciones nacionales regularan la concesión de permisos para la realización de trabajo nocturno por los menores en espectáculos públicos. Por esta razón, resultaba necesaria una Recomendación que garantizara una aplicación uniforme de los mismos. Asimismo, se establecía en la Recomendación, la conveniencia de que se atribuyera a una autoridad superior la facultad de controlar la concesión de los permisos. De esta forma, los interesados podrían recurrir a la misma, cuando se les negara el permiso o cuando no estuvieran conformes con las condiciones impuestas para la concesión del mismo. Además, se dispensaría como mera orientación para los Estados la obligación de que las autorizaciones para el trabajo nocturno se concedieran por un período limitado.

Por último, la Recomendación contiene unas orientaciones para la concesión de permisos a los menores de catorce años. Estos permisos deberán concederse en casos excepcionales que estén justificados por la necesidad de formación del niño o por su talento precoz; se admitirán, por regla general, para los menores de catorce años que asistan a una institución donde se enseñe el arte teatral o musical; habrán de limitar el trabajo nocturno, siempre que sea posible, a tres noches por semana o a un promedio de tres noches por semana, calculado en un período más extenso; y, en fin, el trabajo habrá de concluir a las 22.00 h. o conceder un descanso de dieciséis horas consecutivas.

6. Del mismo modo, otros organismos internacionales también se han ocupado de la protección del trabajo de los niños y de los adolescentes. Es el caso de la Unión Europea que aprueba en 1989 la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Esta norma se refiere expresamente a la protección de los niños y de los adolescentes –arts. 20 a 23- ([108]), con referencia expresa y exclusiva a este colectivo de trabajadores. Y, así, atendiendo a su prescripción, deberá limitarse la duración del trabajo de los trabajadores menores de dieciocho años –sin que pueda eludirse esta limitación recurriendo a las horas extraordinarias- prohibiéndose el trabajo nocturno, con excepción de algunos empleos establecidos por las legislaciones o las normativas nacionales.

A partir de este momento, comenzará a calificarse a este colectivo como un grupo con riesgos laborales específicos lo que le hará acreedor de una protección especial diseñada según sus especificidades ([109]). En consecuencia,

[108] Esta norma establece que la edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en la que concluye la escolaridad obligatoria ni en ningún caso inferior a quince años. Además, deben adoptarse las medidas necesarias para adecuar las normas del Derecho laboral aplicable a los jóvenes trabajadores para que satisfagan las exigencias de su desarrollo, cubran sus necesidades de formación profesional y se permita su acceso al empleo.

[109] *Vid*. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "La normativa comunitaria sobre trabajos prohibidos a menores", *La Ley Actualidad*, núm. 23, 1999, págs. 28-42.

no bastaba con que la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo disponga una protección específica sino que se requiere la aprobación de una norma destinada exclusivamente a la protección de este grupo de trabajadores.

7. Con estos antecedentes, transcurren cinco años hasta que se aprueba la Directiva 94/33/CE, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (DO L 216, de 20 de agosto de 1994). Dicha norma prohíbe la realización del trabajo durante el período nocturno, estableciendo una diferenciación entre el trabajo nocturno de los niños y el trabajo de los adolescentes.

Los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para que los niños –a los que la Directiva define como todo joven menor de quince años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo- no puedan trabajar durante el período comprendido entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana. La prohibición de trabajo nocturno a los niños se establece en términos absolutos, no existiendo ningún excepción al cumplimiento de esta prohibición. Por lo que respecta a los adolescentes – que será todo joven de quince años como mínimo pero menor de dieciocho años y que no esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional- los Estados miembros habrán de aprobar las medidas necesarias para prohibir su trabajo durante el período comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana o entre las once de la noche y las siete de la mañana. Ahora bien, en estos supuestos la prohibición no es absoluta toda vez que la norma contempla tres excepciones a la misma.

En primer lugar, se admite la posibilidad de que los Estados miembros autoricen –por vía legislativa o reglamentaria- el trabajo nocturno de los adolescentes en determinados sectores. Con dos garantías dirigidas a su mejor

protección. Una, que los Estados miembros impongan las medidas necesarias para que un adulto vigile al adolescente, limitándose esa vigilancia a los supuestos en los que la misma sea necesaria para la protección del adolescente ([110]). Otra, la prohibición absoluta de trabajo nocturno entre las doce de la noche y las cuatro de la madrugada.

Por otro lado, los Estados miembros podrán autorizar –por vía legislativa o reglamentaria- el trabajo nocturno de los adolescentes en cuatro supuestos concretos: los trabajos realizados en los sectores de navegación o pesca ([111]); los trabajos realizados en el marco de las fuerzas armadas o de la policía; los trabajos realizados en hospitales o establecimientos similares y por último, las actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. Sin embargo, en estos supuestos y a diferencia de lo que ocurre con la excepción anterior, la autorización para que los adolescentes puedan realizar trabajos nocturnos está sometida a una serie de condiciones. En primer lugar, deberán existir razones objetivas que justifiquen la concesión de la autorización. Se trata, pues, de una autorización para realizar trabajos nocturnos de carácter temporal, esto es, mientras persistan las causas objetivas que se exigen para su concesión. En segundo término, deberá garantizarse que los adolescentes dispongan de un descanso compensatorio adecuado. La ambigüedad de este término plantea dudas interpretativas sobre qué deba considerarse o cúal deba ser la duración del "descanso compensatorio adecuado".

---

[110] "*Destaca especialmente el hecho de que la misión de adoptar las medidas necesarias para que un adulto vigilase vinieran encomendadas por la Directiva a los Estados miembros, los cuáles sólo podrían fijar de una manera genérica, según el sector de que se tratase, la obligación de que un adulto vigilase el trabajo del adolescente, al no poderse conocer de antemano cuando la presencia del adulto resultaba necesaria*", RUANO ALBERTOS, S., *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria…, op. cit,.* pág. 379.

[111] La posibilidad de autorizar el trabajo nocturno de los adolescentes en el sector de la navegación y de la pesca se opone abiertamente a lo establecido en varias normas internacionales, entre otras, el Convenio núm 180 de la OIT, sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de buques, de 1996, que prohibe la realización de trabajos nocturnos a los menores de dieciocho años.

Para resolver esta cuestión interpretativa se aconseja recurrir a lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva que regula los períodos de descanso, estableciendo su apartado 1. b) que los Estados miembros han de tomar las medidas necesarias para que los adolescentes disfruten de un período mínimo de descanso de catorce horas consecutivas por cada período de veinticuatro horas. Por consiguiente, hemos de conluir que siendo, el período ordinario de descanso de los adolescentes de catorce horas consecutivas, por cada período de veinticuatro horas, el "descanso compensatorio adecuado" para un adolescente que realice trabajo nocturno ha de tener una duración superior, en todo caso, al período ordinario de descanso. Se impone dicha solución por cuanto la prestación de servicios durante el período nocturno produce una mayor fatiga

Finalmente, la Directiva exige que no se pongan en entredicho los objetivos del art. 1, esto es, que el trabajo nocturno de los adolescentes no perjudique su seguridad, su salud o su desarrollo físico, psicológico, moral o social, así como que no ponga en peligro su educación. Ahora bien, si se aplica de forma estricta esta última condición, no cabe si no concluir que esta excepción a la prohibición del trabajo nocturno de los adolescentes puede llegar a ser inoperante toda vez que los sectores en los que la Directiva permite la aplicación de la misma pueden resultar excesivamente peligrosos para los adolescentes. Obsérvese que se trata de navegación o pesca, fuerzas armadas o policía, hospitales o establecimientos similares y actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. De ahí la reticencia.

Por lo demás, la Directiva no se limita a permitir que los Estados miembros autoricen la realización de trabajo nocturno a los adolescentes sino que adopta medidas que persiguen garantizar la salud y la seguridad del adolescente cuando realice estos trabajos nocturnos, bien estableciendo un descanso compensatorio adecuado, bien exigiendo la vigilancia de un adulto cuando resulte necesaria para la protección del adolescente. De ahí que se contemplen

medidas de prevención específicas cuando los adolescentes realicen trabajos nocturnos. De esta forma, estos últimos tendrán derecho a un reconocimiento médico gratuito y a una evaluación de sus condiciones de trabajo. Tanto la evaluación de las condicones de trabajo como el reconocimiento médico deberán realizarse antes de ser destinados al trabajo nocturno. La realización del reconocimiento médico y de la evaluación de las condiciones de trabajo con anterioridad a la prestación de servicios en período nocturno tendrán como finalidad única garantizar que la realización por el adolescente de ese trabajo nocturno no constituye un factor de riesgo para la salud y seguridad del adolescente.

Asimismo, tanto el reconocimiento médico como la evaluación de las condiciones de trabajo deberán realizarse una vez que el adolescente haya sido destinado a la realización del trabajo nocturno. No concreta la Directiva, sin embargo, la periodicidad con la que deberán llevarse a cabo los mismos, señalando únicamente que deberán realizarse a intervalos regulares. Este derecho a reconocimientos médicos periódicos tiene una clara naturaleza prevencionista por cuanto persigue detectar, de forma anticipada, los posibles problemas de salud que la realización del trabajo nocturno puede acarrear a los adolescentes. Por último, matizar que tanto la obligación del empresario de realizar la evaluación de las condiciones de trabajo así como la de efectuar el oportuno reconocimiento médico a este grupo de trabajadores admite tan sólo una excepción a su aplicación cuando, a su vez, el trabajo nocturno de los adolescentes tenga una carácter excepcional.

Incorpora, para finalizar, la Directiva el supuesto especial de fuerza mayor (art. 13). De esta forma, los Estados miembros podrán autorizar –por vía legislativa o reglamentaria- excepciones a la prohibición de trabajo nocturno de los adolescentes en casos de fuerza mayor. Con dos condiciones. La realización de los trabajos nocturnos deberá ser temporal y sólo se aplicará dicha excepción

cuando no el empleador no pueda disponer de trabajadores adultos. Como en supuestos anteriores, también aquí los trabajadores adolescentes que realicen trabajos nocturnos tendrán derecho a un período equivalente de descanso compensatorio. Este descanso compensatorio habrá de disfrutarse dentro del plazo de tres semanas, a contar desde la realización del trabajo nocturno.

B) Los límites nacionales al trabajo nocturno de menores de edad: vulnerabilidad por su menor capacidad física, inexperiencia laboral e inmadurez personal

1. El Estatuto de los Trabajadores muestra su especial tutela al trabajo de los menores de edad. Se trata de un colectivo que requiere protección por su mayor vulnerabilidad ante los riesgos derivados del trabajo debido, como se apuntara, a su menor capacidad física del menor, a su inexperiencia laboral o a su inmadurez personal, entre otras circunstancias. Razones que justifican el diseño de un modelo de protección del trabajo de los menores que se asienta en cuatro pilares fundamentales: fijación de una edad mínima de acceso al trabajo ([112]); regulación especial de condiciones de trabajo ([113]); protección especial ante los riesgos laborales ([114]) y la prohibición de realizar determinados trabajos.

[112] Se prohibe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años según art. 6.1 LET. Se trata de la medida más contundente a la hora de proteger, en un sentido amplio, a los jóvenes. Desde luego con ello no sólo se prima su seguridad y salud, sino también su formación y desarrollo profesional y personal, tanto físico como psíquico. *Vid.* MELLA MÉNDEZ, L., "La protección de los menores en el derecho del trabajo: reflexiones generales", *Aranzadi Social*, núm. 13, 2008, págs. 67-89. La finalidad de la progresiva elevación de la edad de admisión al mercado laboral es garantizar una formación básica, dentro de una política encaminada a promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos, y remover los obstáculos que impidan a éstos el pleno desarrollo físico y psíquico de su personalidad *Vid.* ALZAGA RUIZ, I., "Artículo 6. Trabajo de los menores" AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 2011.

[113] Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos (art. 34.3 LET); se prohibe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años (art. 6.3 LET); pausa mínima de descanso de treinta minutos en las jornadas continuadas de más de cuatro horas y media (art. 34.4 LET); descanso semanal de dos días ininterrumpidos como mínimo (art. 37.1 LET).

[114] Antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario

El art. 6.2 LET señala que los menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos. Tampoco podrán realizar aquellos trabajos que el Gobierno –a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas- declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana ([115]). Una prohibición nada novedosa por cuanto aparece en nuestro ordenamiento jurídico laboral desde sus primeras normas, quizá incluso justificando la intervención tuitiva del Estado en el ámbito laboral ([116]).

2. Las notas caracterizadoras de esta prohibición merecen especial atención. Comenzando por la elevación paulatina de la edad de los menores, esto es, del ámbito subjetivo de aplicación de la prohibición. De esta forma, desde la

---

deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto. A tal fin, la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto (art. 27 LPRL).

[115] En nuestro ordenamiento, las prohibiciones que afectan al trabajo de los menores se encuentran enumeradas en el RD de 26 de julio de 1957. Esta norma resulta obsoleta puesto que muchas de las actividades, productos nocivos y sustancias peligrosas que son objeto de mención en la misma, no se emplean hoy en casi ninguna industria. Del mismo modo, la evolución de la tecnología hace que el peligro que antes se presentaba y que justificaba la inclusión de la prohibición se haya atenuado hoy hasta niveles inapreciables o que incluso haya desaparecido. Todo ello, hace que esta norma no atienda a las necesidades reales y que resulte apremiante la necesidad de aprobar una nueva norma reguladora que, cuando menos, contenga las prohibiciones a las que se refiere el legislador comunitario en la Directiva 94/33/CE. *Vid*. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *La normativa comunitaria sobre trabajos prohibidos a menores…*, *op. cit.,* pág. 30.

[116] La Ley de 24 de julio de 1873 sobre regularización del trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos (Gaceta, 28) prohibió el trabajo nocturno de los niños menores de quince años y de las niñas menores de diecisiete años en los establecimientos en los que se empleran motores hidráulicos o de vapor. Posteriormente, la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores (Gaceta, 14), unifica la edad que prohibe los trabajos nocturnos a menores, de ambos sexos, con edades comprendidas entre los diez y los catorce años. Para los mayores de catorce y menores de dieciocho años establece una prohibición del trabajo nocturno limitada, a aquellas industrias que determinen las Juntas locales y provinciales.

Ley de 13 de marzo de 1900, que prohíbe el trabajo nocturno a los menores de catorce años a la Ley del Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 ([117]), que extiende la prohibición a los menores de dieciséis años, se llega al Decreto 1156, de 2 de junio de 1960 por el que se amplía la prohibición de trabajo noctuurno a los menores de dieciocho años ([118]), ámbito de aplicación subjetivo vigente ex art. 6.2 LET ([119]). Nuestro país había ratificado el 29 de septiembre de 1932 el Convenio núm 6 de la OIT sobre trabajo nocturno de los menores (industria) de 1919 con la prohibición del trabajo durante la noche de los menores de dieciocho años en las empresas industriales (art. 2.1. del citado Convenio). La ratificación del mismo dejaría sin efecto a partir de 1932 las previsiones contenidas en la Ley de 13 de junio de 1900 que prohibía el trabajo nocturno solamente a los menores de catorce años.

Otra de las notas que caracterizan esta regulación es la delimitación de las horas que configuran el período nocturno. Puesto que el Estatuto de los Trabajadores establece que, a los efectos de la misma, se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana, *ex* art. 36.1 LET, parece claro que ésta deberá ser la delimitación del trabajo nocturno aplicable a la prohibición ([120]). Sin embargo, conviene precisar que, conforme al Convenio OIT núm 90 ([121]), el término "noche" significa un período de doce

[117] El art. 172 LCT establecía que los mayores de catorce años y menores de dieciséis no podían ocuparse en trabajos nocturnos.

[118] Conviene advertir que el preámbulo de esta norma señalaba que aunque el límite de los dieciocho años se aplicaba de facto a los trabajo nocturnos, era conveniente establecer la obligación legal. Todo ello, en consonancia con lo establecido en el Convenio núm. 6 sobre trabajo nocturno de los menores (industria), 1919. Ratificado por España el 29 de septiembre de 1932.

[119] Este precepto reproduce casi literalmente su homónimo de la Ley 16/76, de 8 de abril, de Relaciones Laborales: "*Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos*".

[120] En este sentido *Vid*. RAMOS QUINTANA, M.I., "El trabajo de los menores. (En torno al artículo 6)" en El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, *REDT*, núm 100, 2000, pág. 304.

[121] Ratificado por España el 5 de mayo de 1971 (BOE, 22).

horas consecutivas, por los menos ([122]). Del mismo modo, y destacando otro elemento definidor de la regulación legal, nuestro ordenamiento configura la prohibición del trabajo nocturno a los menores como una prohibición de carácter absoluto que no admite ningún tipo de excepción. Pues bien, el art. 6.2 LET mejora en este punto sensiblemente el nível de protección alcanzado por la normativa internacional, aceptando la posibilidad otorgada a los Estados para establecer excepciones a la prohibición del trabajo nocturno a los menores contemplada tanto en la normativa de la OIT como en la Directiva 94/33.

C) Consecuencias del incumplimiento de la prohibición de trabajo nocturno a los menores: responsabilidad del empresario infractor y nulidad del contrato de trabajo

1. La prohibición del trabajo nocturno a los menores de dieciocho años tiene en nuestro ordenamiento jurídico una clara finalidad protectora o tuitiva del menor. Una norma de orden público laboral cuyo incumplimiento genera dos tipos de efectos jurídicos; la responsabilidad del empresario infractor y los efectos sobre la validez o no del contrato de trabajo ([123]).

Comenzando por el análisis de la responsabilidad empresarial, nuestro ordenamiento tipifica la transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral como infracción muy grave –art. 8.4 LISOS-. Las sanciones económicas por las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales pueden oscilar entre los 6.251 a 25.000 euros, en su grado mínimo; entre 25.001 a 10.0005 euros, en su grado medio; y en su grado máximo, entre los 100.006 euros a 187.515 euros –art. 40.1 c) LISOS ([124]).

[122] *Vid*. ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, Mª.E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003. pág. 143.

[123] Por todos, LÓPEZ CUMBRE, L., *El trabajo prohibido* ...op.cit., pp. 431-464.

[124] Las cuantías de las sanciones reguladas en este apartado primero, han sido actualizadas por el RD 306/07, de 2 de marzo

Asimismo, se tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las normas específicas en matera de protección de la seguridad y la salud de los menores –art. 13.2 LISOS-.

2. La transgresión de la prohibición del trabajo nocturno a los menores constituye una infracción muy grave en materia de relaciones laborales –art. 8.4- puesto que dicha prohibición está prevista en el art. 6.2 LET. Sin embargo, sería más acertado subsumir las transgresiones de la prohibición del trabajo nocturno a los menores en la sección de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, concretamente, en el art. 13.2 LISOS. Esto se justifica porque la organización del tiempo de trabajo constituye, sin lugar a dudas, una materia de seguridad y salud en el trabajo, a tenor de lo previsto en el art. 4.7 d) LPRL ([125]). Además, la finalidad de la prohibición del trabajo nocturno a los menores no es otra que la protección de su seguridad y su salud. Una materia que, si bien aparece regulada en la LET –art. 6.2-, constituye una medida de protección de los menores que debería considerarse incluida, al menos a efectos de su protección y, por ende, de su incumplimiento, en el art. 27 LPRL. De esta forma, el incumplimiento de la prohibición del trabajo nocturno a los menores podría tipificarse como una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales –art. 13.2 LISOS-, aplicándose las sanciones sensiblemente superiores contempladas en el art. 27 LPRL (entre 40.986 y los 819.780 euros).

En conclusión, y admitiendo que la normativa sancionadora califica como infracciones muy graves tanto los incumplimientos de la normativa laboral sobre menores como los incumplimientos de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de los menores, la cuantía económica de ambas infracciones difiere considerablemente, resultando superior la que

[125] *Vid*. GARCÍA BLASCO, J y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006, pág. 141.

sanciona el incumplimiento de la normativa en materia de protección de la seguridad y la salud de los menores.

3. Pero, además, el incumplimiento de normativa sobre trabajo de los menores tiene consecuencias sobre la validez del contrato de trabajo. De esta forma, procede analizar en este punto los efectos jurídicos que se producirían sobre el contrato de trabajo del menor si una de las cláusulas del mismo recogiera la prestación de servicios en horario nocturno.

Como es sabido, la prohibición del trabajo nocturno a los menores es una norma de derecho necesario y por lo tanto el trabajador, en aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, no puede disponer válidamente del mismo, antes o después de su adquisición –art. 3.5 LET- ([126]). Esto significa que la renuncia o disposición por parte del trabajador de este derecho necesario es nula. Sin embargo, y en aras de la estabilidad de la relación laboral, dicha renuncia no debería conllevar la nulidad del contrato de trabajo por cuanto la prohibición no afecta a la posibilidad de contratar sino a la realización de una prestación laboral concreta o en determinadas condiciones ([127]). Como señala la doctrina, la estabilidad tiene en nuestra disciplina una doble dimensión ([128]). Por una parte, establece la relación laboral cuando se basa en un contrato indefinido; por otra, esa estabilidad sólo se garantiza cuando existe una fuerte y eficaz protección frente al despido. Todo ello sin perjuicio de entender que sigue

[126] Por todos, LÓPEZ CUMBRE, L., "La remuneración del trabajo: el derecho de salario. Artículos 1 a 4 del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV, *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, CEF, 2005, pp.17-51.

[127] *"Sin embargo, respecto a la prohibición de realizar ciertos trabajos, o en ciertas condiciones, ésta no tiene su paralelismo en la prohibición de contratar los mismos. Es decir, no se prohíbe la prestación objeto del contrato, sino el trabajo como objeto de esa prestación. Por ello, salvo que la prestación resulte prohibida, en cuyo caso se predicará la nulidad de ese contrato por objeto contractual ilícito, en los demás supuestos, donde resulte lícito el objeto de la obligación contractual, estaremos ante supuestos de contratación válida en los que se impondrá cambio del objeto de la prestación"*, APILLUELO MARTÍN, M., *La relación de trabajo del menor de edad*, ,Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, pág. 91.

[128] Por todos, LÓPEZ CUMBRE, "El princpio de estabilidad en el empleo", en AAVV, *Los principios del ordenamiento laboral*, Madrid, CEF, 2003, pág. 288.

presenta la distinción cláisca entre estabilidad en el empleo, en la empresa y en el puesto de trabajo. La primera, obligación del Estado, permite prestar atención a todas las iniciativas que tienden a garantizar la empleabilidad del trabajador; la segunda, también como obligación del Estado, permite mantener la vinculación laboral, la continuidad en el trabajo en la más pura acepción admitida como estabilidad en la permanencia en la empresa; la última, con menos dimensión obligaciones, consiste en limitar el poder del empresario en materia de movilidad o modificación. Por tanto, la perdurabilidad del contrato de trabajo responde a una de las dimensiones clásicas -y actuales- de la estabilidad.

Hace más de medio siglo que la doctrna laboralista distingue entre las limitaciones para contratar -que afectan a la capacidad de obrar- y las limitaciones para trabajar, referidas éstas a la capacidad jurídica. Es el art. 7 LET el que define quién tiene capacidad para contratar al disponer quien puede contratar la prestación de "su" trabajo. Lo que no se define en este ni en ningún otro precepto del Estatuto son los trabajos considerados prohibidos ([129]). Pues bien, cuando se prohíbe admitir en el trabajo por cuenta ajena a los menores de 16 años cabe plantear si se trata de una falta de capacidad de obrar o si se trata de la ilicitud de la prestación a la que el menos se compromete derivada de la prohibición legal de realizarla. Ante esta doble hipótesis, conviene precisar con la doctrina que, si bien la incapacidad de obrar puede ser suplida a través de la patria potestad o la tutela o cualquier otro mecanismo que el Derecho disponga, lo que no cabe es autorizar un trabajo que la ley prohíbe ([130]). La posibilidad de exceptuar el trabajo de los menores en espectáculos públicos afianza tal prohibición.

[129] Por todos, LÓPEZ CUMBRE, "El trabajo prohibido", en AAVV, *El Trabajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011, pp. 430-463.

[130] *Ibidem*, pág. 440.

Eso no significa que la cláusula contraria al ordenamiento jurídico, esto es, la prestación de servicios en horario nocturno por el menor no deba ser sustituida por otra que se ajuste a las prescripciones legales, provocando necesariamente una modificación del horario del trabajador que pasará a ser diurno. Un supuesto de nulidad parcial del contrato de trabajo que se ajusta a lo establecido en el art. 9.1 LET previsto para que "si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a los dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley". Sólo si dicha modificación no fuera posible el contrato devendrá nulo, pudiendo exigir el trabajador por el trabajo prestado la remuneración pertinente y, por tanto, la misma que la de un contrato celebrado válidamente (art. 9.2 LET).

4. Particular atención merecen, como se expusiera, la prestación de trabajo de menores en espectáculos públicos nocturnos. Nuestro legislador ha establecido una prohibición absoluta para el trabajo de los menores en período nocturno. De esta forma, ningún menor de dieciocho años puede prestar servicios durante el horario nocturno, en ningún tipo de actividad, ni cuando se produzcan situaciones de fuerza mayor o exista alguna razón objetiva que justifique el trabajo nocturno del menor.

Una prohibición absoluta, que no admite en nuestro ordenamiento ningún tipo de excepción a la misma y que contrasta con la regulación internacional del trabajo nocturno de los menores, en la que sí se admite una prohibición en términos relativos, permitiendo este tipo de trabajos a los menores en supuestos determinados ([131]). Así ocurre, por ejemplo, en las actividades culturales,

[131] El Convenio núm. 6 sobre trabajo nocturno de los menores (industria), de 1919 permitía el trabajo nocturno de los mayores de dieciséis años en las industrias en las que, por razón de su naturaleza, debían prestarse servicios ininterrumpidamente (art. 2.2); así como en los supuestos de fuerza mayor (art. 4); y en los casos particularmente graves en los que lo exigiera el interés nacional (art. 7). Posteriormente, el Convenio núm. 90 (revisado) sobre el

artísticas, deportivas o publicitarias. De esta forma, el Convenio núm 79 sobre trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946, permite que la legislación nacional otorgue a una autoridad apropiada la facultad de conceder permisos indivuduales de carácter temporal para que los menores que no hayan cumplido los dieciocho años puedan figurar como artistas en funciones nocturnas de espectáculos públicos o participar por la noche, en calidad de actores, en la producción de películas cinematográficas (art. 5). Posteriormente, y tal y como se expusiera, la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, mantendrá esta excepción a la prohibición de trabajo nocturno de los menores, permitiendo que los Estados miembros autoricen, por vía legislativa o reglamentaria, el trabajo de adolescentes durante el período de prohibición de trabajo nocturno, en las actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. Deberán existir razones objetivas que justifiquen la realización del trabajo nocturn, se le concederá al adolescente un descanso compensatorio adecuado y siempre que no se obstaculicen los objetivos de las normas comunitarias.

5. Esta discrepancia entre la norma europea y la nacional ha permitido cuestionar a la doctrina si la prohibición del art. 6.2 LET alcanza al trabajo nocturno de los menores en espectáculo públicos o si, por el contrario, cabe en nuestro ordenamiento jurídico su autorización excepcional y por razones objetivas ([132]). En principio, la interpretación más ajustada pasa por entender que

---

trabajo nocturno de los menores (industria), 1948, permitía el trabajo nocturno de los menores durante la noche, a los efectos de aprendizaje y formación profesional, en las industrias que trabajasen ininterrumpidamente.

[132] *Vid.* APILLUELO MARTÍN, M., *La relación de trabajo del menor de edad…, op. cit.,* págs. 300-305. En la obra se señala que, haciendo una interpretación flexible, sí podría autorizarse en nuestro ordenamiento jurídico el trabajo nocturno de los menores en espectáculos públicos. De esta forma, sostiene que "*si el empresario informa a la autoridad laboral de la contratación de un joven de entre dieciséis y dieciocho años en período nocturno para intervenir en un espectáculo público o para grabar o ensayar, etc. Aduciendo la excepcionalidad del supuesto y la concurrencia de razones objetivas, para que podría llegarse al ententendimiento de que ese deber de información se convirtiera en una posibilidad de autorización si no hubiere oposición expresa. La autoridad laboral, por el cauce del art. 36.1 LET y teniendo conocimiento de esa contratación podría no oponerse –tácita o expresamente-*

los menores de dieciocho años no pueden participar en espectáculos públicos que se desarrollen en horario nocturno.

Las razones que justifican dicha opción son varias: por una parte, el art. 6.2 LET es una norma de derecho necesario absoluto, que no admite posibilidad de disposición; de otro lado, nuestro ordenamiento no ha establecido ninguna excepción a esta prohibición absoluta de trabajo nocturno a los menores como tampoco ha regulado la posibilidad, prevista internacionalmente, de autorizar, excepcionalmente, el trabajo nocturno de los menores en espectáculos públicos; por último, algunas normas nacionales –sirva de ejemplo el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por RD 2818/82, de 27 de agosto (BOE, 6) - establecen que la edad de admisión de los artistas o ejecutantes de ambos sexos, se fija, por razones de protección de la infancia y juventud, en los dieciséis años para trabajos diurnos y en los dieciocho para los nocturnos (art. 57.1).

6. En conclusión, cabe afirmar que, en nuestro ordenamiento jurídico, los menores no pueden participar en actividades culturales, artísticas, deportistas o publicitarias que se desarrollen durante el período nocturno. De esta forma, se opta por una aplicación rígida de la prohibición de trabajo nocturno que podrá incentivar, en algunos supuestos, el incumplimiento de la norma y el recurso a la economía sumergida de estos trabajadores menores, especialmente en aquellas actividades que –como las artísticas- tienen la nocturnidad como elemento consustancial de las mismas.

---

con fundamento en esa excepcionalidad del supuesto y por las razones objetivas concurrentes, al amparo de lo dispuesto en el art. 9 de la Directiva 94/33/CE y otras normas internacionales", op. cit. pág. 301. No obstante, la propia autora también indica que "*la aplicación del régimen de información-autorización a la autoridad laboral dispuesto en el art. 36.1 TRLET parece resultar forzado a la hora de justificar la posibilidad de contratación artística de jóvenes entre dieciséis y dieciocho años durante el período nocturno*", *op. cit.* pág. 304.

Una consecuencia que podría ser evitada si se optara por una técnica más próxima a la normativa internacional. Se establecería, así, un régimen de autorización del trabajo nocturno de los menores en actividades culturales, artísticas, deportivas o publicitarias. Este régimen de autorización debería someterse a una serie de requisitos para garantizar la protección del menor (razones objetivas que justifiquen la intervención del menor en dicha actividad, descanso compensatorio adecuado y la garantía de que su participación en la actividad nocturna no perjudica su seguridad, su salud o su desarrollo físico, psicológico, moral o social o pone en peligro su educación). En definitiva, se trata de garantizar que la participación del menor en la actividad nocturna, fiscalizando en todo momento que no se ponen en peligro los bienes jurídicos objeto de protección.

7. Un supuesto de especial interés es el de la intervención de menores de dieciséis años en espectáculos públicos. Y es que el último apartado del art. 6 LET regula la intervención de menores de dieciséis años en espectáculos públicos. La participación de los menores de dieciséis años en un espectáculo público supone una excepción a la regla general contenida en el art. 6.1 –se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años-. Por esta razón, nuestro ordenamiento jurídico somete dicha participación a un régimen de autorización adminstrativa ([133]) Intervención que se basa en que, por una parte, la autoridad laboral sólo deberá conceder la autorización en supuestos excepcionales; por otro lado, la participación del menor en el espectáculo público no deberá suponer un peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; y, finalmente, que el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.

[133] Desarrollado por el art. 2.1. RD 1.435/85, de 1 de agosto (BOE, 14), según el cual la autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede. Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato.

Se plantea, así, si los menores de dieciséis años autorizados para participar en un espectáculo público pueden prestar o no servicios artísticos durante el período nocturno, aplicándoseles la prohibición contenida en el art. 6.2 LET o si, por el contrario, la autoridad adminsitrativa podría autorizar la participación de estos menores en un espectáculo público nocturno. Cabría considerar que la prohibición general de realizar trabajos nocturnos a los menores de dieciocho años –art. 6.2 LET- no se aplica en los supuestos del art. 6.4 LET y, en consecuencia, la autoridad administrativa podrá autorizar la participación del menor en un espectáculo público que se desarrolle durante el período nocturno ([134]).

Por varias razones. En primer lugar, porque la Directiva 94/33/CE prohíbe que los niños presten servicios entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana en las actividades contempladas en las letras b) y c) del art. 4.2 (art. 9.1. a) de la Directiva)– esto es, los niños que trabajen en el marco de un régimen de formación en alternancia o de prácticas en empresas y los niños que efectúen trabajos ligeros-. Sin embargo, no prohíbe expresamente que los niños que ejerzan las actividades contempladas en el art. 5 –esto es, actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario- presten servicios entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana. Bien es cierto que la participación de los niños en este tipo de actividades está sometida a un régimen especial contemplado en el art. 5 de la Directiva. De esta forma, la contratación de estos niños se somete a un procedimiento de autorización previa expedido por la autoridad competente.

[134] "*Son numerosos los espectáculos públicos que, por su naturaleza, se desarrollan en horario nocturno. La solución más lógica parece ser aquella que se incline por considerar que ambas excepciones operan de forma autónoma y que, en consecuencia, corresponderá a la autoridad laboral determinar en cada supuesto concreto si concede o no la autorización exigida*", ALZAGA RUIZ, I., *Artículo 6. Trabajo de los menores…*, *op. cit*. pág. 75.

Serán, a tal fin, los Estados miembros los que determinen, por vía legislativa o reglamentaria, las condiciones de trabajo de los niños y las modalidades del procedimiento de autorización previa. Con limitaciones. Y, así, la participación del niño en estas actividades no puede perjudicar la salud, la seguridad o el desarrollo de los niños no podrá afectar a su asistencia escolar, a su participación en programas de orientación o de formación profesional o a sus aptitudes para que aprovechen la enseñanza que reciben. En conclusión, la Directiva 94/33/CE, al no prohibir expresamente el trabajo nocturno de los niños en este tipo de actividades, permite la participación del niño en este tipo de actividades en horario nocturno. Será la autoridad laboral competente la que deba valorar, en cada caso concreto, si dicha participación puede perjudicar su salud y seguridad o si puede afectar a su asistencia escolar o a sus aptitutes para el aprovechamiento de las enseñanzas que recibe el niño. Si esto fuera así, la autoridad debería denegar el permiso y, en consecuencia, el niño no podría participar en la actividad nocturna.

En segundo término, el Convenio núm. 79 de la OIT sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946, permite la participación de los menores de dieciocho años en funciones nocturnas de espectáculos públicos así como en películas cinematográficas, siempre y cuando la legislación nacional otorgue a una autoridad competente la facultad de conceder permisos individuales para la participación de estos menores en dichas actividades ([135]). Corresponde a la legislación nacional la determinación de la edad mínima de concesión de dichos permisos.

[135] Art. 5 del Convenio núm. 79 de la OIT.

3.3.2. La histórica prohibición del trabajo nocturno de las mujeres: una cuestión actual de género

1. La primera norma que establece la prohibición del trabajo nocturno de la mujer es la Ley de 11 de julio de 1912 (Gaceta del 12 de julio) ([136]). El proyecto de ley entró en las Cortes el 13 de octubre de 1910, resultando aprobada la ley casi dos años después –y seis desde que se aprobara el Convenio de Berna prohibiendo el trabajo nocturno a la mujer en la industria-. Estos antecedentes ponen de manifiesto que la cuestión de prohibir el trabajo nocturno a la mujer suscitaba una enorme controversia resultando afectados intereses económicos -en particular la recpercusión de la prohibición en el sector textil de Cataluña-[137]. Todo este avatar parlamentario trajo como resultado el texto aprobado finalmente en el que, primero, se prohíbe el trabajo nocturno de la mujer exclusivamente en la industria; además, el período nocturno durante el cual la mujer no puede trabajar quedará delimitado desde las nueve de la noche hasta las cinco de la mañana; se reconoce, asimismo, el derecho de la mujer a un descanso continuado de once horas entre jornadas –siete de ellas, necesariamente, habrán de estar comprendidas desde las diez de la noche a las cinco de la mañana-.

[136] Si bien las normas limitadoras de la jornada de trabajo tuvieron su origen en los movimientos huelguísticos, que se produjero a principios del siglo XX, la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres tiene su origen en una norma internacional, el Convenio de Berna de 26 sep.1906 que se oponía al trabajo nocturno de la mujer en la industria.

[137] Al respecto resulta muy ilustrativo el debate suscitado en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley. De un lado, los defensores del proyecto se muestran a favor del intervencionismo estatal en esta materia, incluso el senador Sanz y Escartín es partidario de intervenir también prohibiendo el trabajo nocturno del varón. En este sentido, argumenta que el trabajo industrial nocturno de la mujer está considerado con absoluta unanimidad por cuantas autoridades hay en la materia, como perjudicial y contrario al organismo de la mujer. Para apoyar este criterio cita los ordenamientos británico y suizo, en donde ya llevaban más de un cuarto de siglo prohibiendo este tipo de trabajo. De otra parte, senadores catalanes que representaban los intereses de la industria textil se oponían firmemente a la prohibición: el senador Rosell estimaba que la prohibición perjudicaba en mayor medida a las mujeres, puesto que si no podían trabajar de noche, el empresario dejaría de contratarlas; el senador Rahola señala que si las mujeres no trabajan de noche se producirá un alto desaprovechamiento de las fuerzas hidráulicas nocturnas, para cuya solución se evita siempre la referencia a la contratación de personal masculino, pues este tipo de trabajo, el textil, es más apropiado para la mujer, permitiendo que el esposo se dedique a la agricultura. GARCÍA NINET, J.I., *Elementos para el estudi….op. cit., págs.*. 26-38.

La norma establecerá, con todo, dos excepciones a la regla general, permitiendo el trabajo nocturno de la mujeres en caso de fuerza mayo y en aquellas industrias agrícolas o aquellas en las que se utilicen para el trabajo materias susceptibles de alteración, cuando no haya otro modo de evitar la pérdida de dichas materias. Por tanto, en las industrias que tienen un sistema de producción continuo –esto es, que están en funcionamiento las veinticuatro horas del día- debido a las características de los productos que manipulan, pueden trabajar mujeres durante el período nocturno.

La prohibición entraría en vigor el día 14 de enero de 1914 en todas las actividades industriales, con la única salvedad del sector textil. En dicho sector, se estableció un distinción entre mujeres casadas y viudas con hijos –a las que se aplicó la ley a partir del 14 de enero de 1914- y mujeres solteras y viudas sin hijos –en este caso se aplicaría la ley de forma gradual, de manera que desde 1914 hasta 1920 (fecha en la que entraría plenamente en vigor la prohibición) ,se reduciría cada año en un 6% el número de mujeres a las que se prohibiría el trabajo nocturno.

2. La aplicación de la Ley de 11 de julio de 1912 planteó varias dificultades derivadas de la nueva situación legal que se había producido por la implantación de la jornada de ocho horas. Como es sabido, el establecimiento de la jornada máxima de ocho horas tuvo enorme influencia en la implantación de los turnos de trabajo y ello por cuanto, al limitarse la jornada del trabajador a ocho horas diarias, el único sistema para mantener la producción por encima de ese límite legal, sería implantar un sistema de turnos. Como la Ley de 11 de julio de 1912 prohibía el trabajo de las mujeres en el período nocturno y establecía un descanso de once horas consecutivas entre jornadas, el día quedaba reducido a dieciséis horas hábiles –a las que había que añadir el tiempo requerido para el relevo de los equipos-. En consecuencia, las excepciones por las cuales la jornada

de ocho horas podía aumentarse dentro de ciertos límites no podían ser utilizadas en este sistema de trabajo ([138]).

Por lo demás, la Ley de 4 de julio de 1918 había establecido un descanso mínimo y continuo de doce horas entre jornadas para los dependientes de comercio en general. Por el régimen de la jornada mercantil y de la jornada de ocho horas aplicable a las camareras de hoteles, fondas, etc., estaba establecido que éstas tuvieran un descanso de doce horas, de las cuales ocho serían nocturnas. Así pues, resultaba cuanto menos anómalo que el descanso de las mujeres en los establecimientos mercantiles tuviera un duración de doce horas consecutivas, mientras que en la industria tenía una duración de once horas consecutivas, resultando además que es éste un trabajo más agotador que el del comercio. Se imponía, pues, la aprobación de una norma que acomodara la Ley de 1912 a la situación legal producida con posterioridad a esa fecha y que estableciera unas excepciones que la Ley no permitía pero que se estimaban absolutamente necesarias para que los preceptos legales tuvieran una efectividad práctica y sin generar perjuicio alguno a la industria.

Esa norma fue el Decreto-Ley de 15 de Agosto de 1927 sobre el trabajo nocturno de la mujer (Gaceta del 19 de agosto). Se ampliaba, así, el ámbito de aplicación funcional del trabajo nocturno de las mujeres, aplicándose a las mujeres empleadas en fábricas, talleres y demás explotaciones y establecimientos

[138] La Ley disponía que por el departamento ministerial competente se dictara el correspondiente reglamento de aplicación. No habiéndose hecho esto a finales de 1923, se encomendó la redacción del oportuno proyecto al Consejo de Trabajo. Para conocer las dificultades de aplicación práctica de la Ley en la industria textil catalana, se abrió una amplia información oral y escrita, a la que acudieron las representaciones más autorizadas de los elementos patronales y obreros de dicha industria. Como resultado de esta información, la Comisión permanente del Consejo de Trabajo formuló el proyecto de Reglamento en el que se proponía una excepción del precepto general de la Ley, no autorizada por ésta, para las empresas que tienen establecido el turno diario de dos equipos en los que trabajan obreras, y la concesión de un plazo de tres meses para que los directores de las fábricas de la industria textil instaladas en la alta montaña de Cataluña pudieran solicitar una moratoria por el tiempo indispensable para comenzar la aplicación del régimen legal.

industriales y mercantiles. Se incrementaba, a su vez, la duración del descanso que pasaría de once a doce horas mínimas e ininterrumpidas cada dos jornadas consecutivas de trabajo. Con una condición, que el descanso comprenda siempre las horas de la noche según la definición recogida en el art. 1 de la misma ("se entiende por noche o período nocturno, el intervalo de las nueve de la noche a las cinco de la madrugada siguiente").

3. Con todo, el especial interés de esta norma se halla en el régimen de excepciones que contempla y, en particular, en lo que al trabajo nocturno y a turnos de las mujeres supone. Una primera excepción se residencia en las industrias agrícolas y aquellas otras en que ordinariamente se utilicen para el trabajo materias susceptibles de rápida alteración. En estos supuestos las industrias afectadas podrán utilizar el empleo de mujeres durante la noche. No sin condiciones; a saber: a) que no exista otro medio de evitar la pérdida de las materias que se utilizan; y b) que se autorice por el Comité paritario o, en defecto de este organismo, por la Delegación local del Consejo de Trabajo. La autorización ha de concederse por el tiempo indispensable, en cada localidad, de manera uniforme, para todas las fábricas y talleres de una misma industria (art. 6 Decreto-Ley de 15 de Agosto de 1927).

La segunda excepción se refiere a las fábricas, talleres o explotaciones que tengan establecido o implanten en lo sucesivo el turno durante el día de dos equipos en que trabajen mujeres. En estos casos puede reducirse el período nocturno definido en el artículo 1 de la norma al intervalo de las nueve y media de la noche a las cuatro y media de la madrugada, o bien de las diez de la noche a las cinco de la mañana. Si bien, para que se pueda aplicar tal excepción se establecerá como condición la obligación de dispensar un descanso mínimo y continuado de treinta minutos para cada uno de los equipos. A tal fin, el art. 9 de la norma establece el régimen jurídico de este descanso de la mujer en las fábricas que trabajan a turnos. Y, así, el descanso deberá concederse a todas las

trabajadoras de cada equipo al mismo tiempo y de manera que ninguno de los períodos parciales de trabajo exceda de cinco horas. Un límite al período de disfrute de este descanso que impedirá que el mismo se disfrute ni al inicio ni al final de cada jornada, debiendo ser efectivamente un descanso reparador ([139]). Por lo demás, este descanso de treinta minutos será independiente del que la legislación establezca para las obreras que amamantan a sus hijos, disponiendo de plena libertad durante el mismo para abandonar el local en el que se realiza el trabajo. Esta posibilidad constituye una garantía para el disfrute efectivo del descanso, al no tener que seguir a pie de máquina ([140]).

Finalmente, la norma reconoce un supuesto especial de reducción del período nocturno en las fábricas, talleres o explotaciones con turnos de trabajo. Esto supone que, cuando, en aplicación de las disposiciones legales vigentes, se acuerde no trabajar en días festivos que no sean domingo y recuperar esas horas mediante una ampliación de jornada de cada equipo, podrá reducirse aún más el período nocturno, sin que pueda exceder de media hora sobre la ya autorizada.

4. Será la LET/80 la que incida sustantivamente en la regulación del trabajo nocturno de la mujer. Como es sabido, el Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927 (BOE del 19) establecía un descanso mínimo y continuo de doce horas entre cada dos jornadas consecutivas de trabajo para todas las mujeres ([141]), sin distinción de edad, empleadas en fábricas, talleres y demás establecimientos industriales y mercantiles. Este descanso debía comprender siempre las horas de

[139] *Vid*. GARCÍA NINET, J.I., *Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias…*, *op. cit.*, pág.174.

[140] *Ibidem,* pág. 174.

[141] Excepto las mujeres dedicadas al servicio doméstico, las que realizan trabajo a domicilio y las que trabajen en talleres de familia, que según el art. 2 del DL estaban excluidas de dicha prohibición.

la noche –la citada norma entendía por noche o período nocturno, el intervalo de las nueve de la noche a las cinco de la madrugada siguiente- ([142]).

Pues bien, el descanso nocturno obligatorio de las mujeres trabajadoras se mantuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico hasta la aprobación de la LET/80 ([143]). El art. 17 de la norma considerará nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los Convenios Colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de jornadas y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo ([144]). En consecuencia, en virtud de este artículo se establece la prohibición de la discriminación favorable a la mujer", provocando la derogación automática de toda norma antes considerada "protectora" de su trabajo ([145]). En definitiva, la aprobación de la LET/80 supondrá la implícita derogación del Decreto-Ley sobre descanso nocturno de la mujer en la que se contenía una discriminación favorable para las mujeres en sus condiciones de trabajo. Conviene, no obstante, subrayar, a estos efectos, que permanece vigente el Convenio 89 (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres) de 1948 ([146]) y que dicho Convenio fue denunciado por

---

[142] Las excepciones a este régimen de descanso nocturno obligatorio para las mujeres se encuentran en los arts. 5 y ss. DL de 15 de agosto de 1927.

[143] La DF 2ª LRL citaba el DL de 15 de agosto de 1927 como una de las normas cuyos preceptos debían refundirse para la elaboración de un texto que aglutinara todas las normas existentes sobre relaciones laborales.

[144] La CE es terminante en su prohibición general de toda "*discriminación… por razón…de sexo*" (arts. 14 y 9.2.) La LET "*opta decididamente, aprovechando la inspiración constitucional y ampliando su trazado, por el camino de la igualdad –frente al antiguo de la protección y del privilegio, según la excesiva expresión de TCo 81/1982.-, siendo ésta precisamente una de sus novedades más importantes, si no la más importante de todas"*. *Vid*. ALONSO OLEA, M. CASAS BAAMONDE, Mª.E., *Derecho del Trabajo, op. cit.*, pág. 135.

[145] *Ibídem,* pág.136.

[146] Este Convenio fue ratificado por España el 24 de junio de 1958. El art. 3 del mismo señalaba que las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia. A los efectos del presente Convenio, el término noche significa un período de once horas consecutivas, por lo menos, que contendrá un intervalo, fijado por la autoridad

España el 27 de febrero de 1992 por lo que se entiende de obligado cumplimiento para España, salvo, como procede, que se considere contrario al ordenamiento constitucional ([147]).

3.3.3. La prohibición del trabajo nocturno en los trabajadores contratados para la formación y aprendizaje. La apuesta de la formación sobre el empleo

A) Sobre el contrato para la formación y aprendizaje de los jóvenes

1. Como es sabido, la crisis económica que sufre nuestro país ha provocado una importante destrucción de empleo. Especialmente desfavorable resulta la situación de determinados colectivos, entre ellos los jóvenes, puesto que España tiene la tasa de desempleo juvenil (hasta 25 años) más alta de Europa, alcanzando un 46% de la población activa; además el 60% de los desempleados menores de 25 años no poseen siquiera el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria, y muchos de ellos, aún teniéndolo, no poseen ninguna cualificación profesional.

Esta realidad ha obligado al Gobierno a adoptar medidas para reducir la tasa de desempleo, entre las que se encuentra la aprobación del RD-Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE, 30). Pues bien, una de las medidas que contempla esta norma para promover el empleo de los jóvenes consiste en la configuración de un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje ([148]). Este contrato supera la

competente, de por lo menos siete horas consecutivas, comprendido entre las diez de la noche y las siete de la mañana (art. 2).

[147] La evolución y la actualidad de esta situación en CABRÉ PAIRET, M. y SALMÓN, F.; Sexo y género en medicina. Una introducción a los estudios de las mujeres y de género en ciencias de la salud, Santander, Universidad de Cantabria, 2013.

[148] Art. 1 del RD-L 10/11, de 26 de agosto ha reformado el art. 11.2. de la LET.

concepción tradicional del contrato para la formación, que queda derogado, y permitirá, por una parte dotar de una cualificación profesional acreditada a todos aquellos jóvenes que carezcan de ella; junto a ello, simultáneamente, la persona trabajadora realizará un trabajo efectivo en una empresa directamente relacionado con la formación que está recibiendo, lo que favorecerá una mayor relación entre ésta y el aprendizaje en el puesto de trabajo ([149]).

2. El nuevo contrato para la formación y el aprendizaje tiene por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo. En definitiva, nos encontramos ante una modalidad contractual que tiene naturaleza mixta o compleja, toda vez que para la obtención de la cualificación profesional, que es el objeto perseguido por el contrato, el trabajador ha de llevar a cabo una actividad retribuida en una empresa y una actividad formativa. Así pues, según la exposición de motivos, este nuevo contrato va a mejorar las oportunidades de empleo de los jóvenes, y ello es así porque el legislador parte de la premisa de que la mejora de las oportunidades de empleo está directamente relacionada con el nivel de cualificación de las personas ([150]).

Pues bien, para conseguir este objetivo, el RD-Ley 10/11, de 26 de agosto, ha configurado un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje, que

[149] Exposición de motivos del RD-L 10/11, de 26 de agosto.

[150] Algún autor pone en duda que la mejora de las oportunidades de empleo esté directamente relacionada con el nivel de cualificación de las personas y ello es debido, a que existe un elevado porcentaje de jóvenes con elevadada formación que no encuentran trabajo o, si lo encuentran, no lo hacen en la actividad para la que se han formado. En este sentido, se cuestiona que la mejora de las oportunidades de empleo pase por una nueva regulación del contrato formativo, que no aporta grandes novedades en realidad, "*sino que los consolida como lo que ya viene siendo desde hace años, y con escasísimo éxito*", un "*contrato de inserción ocupacional*". *Vid.* MOLINA NAVARRETE, C., "La Nueva Reforma laboral: rebajas, aplazamientos y prórrogas" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm, 343, 2011, pág.170.

presenta novedades significativas con respecto a la regulación anterior. Posteriormente, el RD-Ley 3/12, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral ha dado una nueva redacción al art. 11.2 LET. No obstante, se trata de modificaciones modestas en comparación con la reforma del mismo llevada a cabo en agosto de 2011 ([151]). Las novedades introducidas en el art.. 11.2 LET por las reformas de 2011 y 2012 afectan, fundamentalmente, a los siguientes aspectos del régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje: los requisitos subjetivos y la duración del contrato, los aspectos formativos del contrato, el tiempo de trabajo y la retribución de los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje, y por último, la protección social de dichos trabajadores. A continuación, vamos a referirnos sucintamente, a cada una de estas modificaciones, dejando para el final el análisis de las novedades que se han llevado a cabo en materia de tiempode trabajo, y más en concreto, nos referiremos a la nueva prohibición de realizar trabajos nocturnos introducida por el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto.

La primera, requisitos subjetivos y duración del contrato: como regla general el contrato sólo se podrá celebrar con trabajadores mayores de 16 y menores de 25 años que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas. En este sentido, hemos de señalar que se ha producido una flexibilización del requisito de edad en esta modalidad contractual toda vez que en la normativa anterior la edad máxima para celebrar este contrato se situaba en los 21 años. Además, se establece una excepción a esta regla general ya que hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15% podrán celebrarse contratos para la formación y

[151] "*Se percibe, sin dificultad, que únicamente trata de suavizar o eliminar las restricciones al uso del contrato presentes en las reglas del art. 11.2. LET en su versión de agosto de 2011; si se prefiere, se está ante una clara flexibilización de la regulación del contrato para facilitar y, con ello, fomentar su utilización*". GÁRATE CASTRO, J., "El nuevo régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje*"*, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2012, pág. 8.

el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años (DT 9ª del RD-L 3/12, de 10 feb.) ([152]).

Por lo que respecta a la duración del contrato, éste tendrá una duración mínima de un año y máxima de tres. No obstante, se permite que el convenio colectivo establezca distintas duraciones del contrato, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años.

La segunda, la actividad formativa: la formación teórica constituye un elemento fundamental de este contrato, sin embargo no puede decirse que el contenido formativo haya tenido una gran relevancia en la regulación que nuestro ordenamiento jurídico ha llevado a cabo de esta modalidad contractual ([153]). Por esta razón, las últimas reformas efectuadas en el art. 11.2 han introducido algunas innovaciones sobre esta materia. Innovaciones que permiten sostener la importancia que la formación teórica pasa a desempeñar en el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje.

De esta forma, se han establecido una serie de previsiones dirigidas a garantizar la calidad de la formación que debe recibir el trabajador. En primer

[152] Como ha puesto de manifiesto algún autor, la razón de ser de esta medida se encuentra en los negativos efectos que produjo la expansión del sector de la construcción. El desarrollo de éste, se caracterizó por una demanda de trabajo de baja cualificación, con predominio de trabajadores manuales (trabajadores no cualificados, operadores de instalación y trabajadores manuales cualificados), que representaban a casi el 90% del total. Ello supuso el abandono prematuro, en muchos casos, del sistema educativo, con el resultado de que, en la actualidad, muchos de estos trabajadores se encuentran sin empleo y sin cualificación. *Vid.* MERCADER UGUINA, J.R., "Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre", *Relaciones Labores*, núm. 2, 2012, pág. 6.

[153] Un análisis exhautivo sobre el papel de la formación teórica en el contrato de trabajo en BALLESTER PASTOR, Mª A., "La formación teórica en el contrato de aprendizaje", *Actualidad Laboral*, núm. 19, 1995, págs. 31-55.

lugar, el nuevo apartado d) del art. 11.2 señala que el trabajador debe recibir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, previamente reconocido para ello por el Sistema Nacional de Empleo. Además de en estos centros formativos, el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, ha previsto que también el trabajador pueda recibir dicha formación en la empresa. Ahora bien, la posibilidad de que el trabajador reciba la formación en la empresa en la que presta servicios, se limita a aquellos supuestos en los que la empresa dispone de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional. En segundo lugar, la actividad formativa realizada por el trabajador debe ser objeto de acreditación oficial, en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, y en su normativa de desarrollo.

La tercera, relativa al tiempo de trabajo, la reforma de 2011 establece que el tiempo de trabajo efectivo, no podrá ser superior al 75%, durante el primer año, o al 85%, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal. Además, el tiempo de trabajo efectivo ha de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas. Para garantizar la compatibilidad entre el tiempo de trabajo efectivo y las actividades formativas el legislador ha establecido una serie de prohibiciones que afectan al tiempo de trabajo de estos trabajadores. De esta forma, se prohibe con carácter general, la realización de horas extraordinarias. Esta regla general admite una excepción en los supuestos del art. 35.3 LET, esto es, las horas extraordinarias realizadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Por último, se prohibe a estos trabajadores la realización de trabajos nocturnos y a turnos.

La cuarta, respecto del salario, se ha de señalar que a partir de la reforma de 2011 la retribución del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo, luego el tiempo dedicado a las actividades formatias no se retribuye. Conviene advertir, que se ha producido un cambio siginificativo en esta materia, y ello puesto que ahora la retribución del trabajador durante toda la vigencia del contrato se fija en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Sin embargo, en la normativa anterior, la retribución del trabajador se fijaba en proporción al tiempo trabajado, únicamente durante el primer año de vigencia del contrato, mientras que en el segundo año de duración del trabajo, la retribución del trabajador era la misma que la fijada en el convenio colectivo para un trabajador de su misma categoría.

Y la quinta y última, se ha mejorado la protección social de estos trabajadores puesto que la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje comprende todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo ([154]).

B) Una apuesta de la formación sobre el empleo: la prohibición del trabajo nocturno en el nuevo contrato para la formación y el aprendizaje.

1. Como se apuntara, el contrato para la formación y el aprendizaje tiene una naturaleza mixta o compleja toda vez que el objeto del mismo es la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en la empresa y actividad formativa. La actividad formativa deberá desarrollarse en centros especializados, aunque también se

[154] La acción protectora de la Seguridad Social en el anterior contrato para la formación, comprendía, como contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, las derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales; la asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad; las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes y por maternidad; y las pensiones. Asismismo se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

prevé que la misma se desarrolle en la empresa, siempre y cuando ésta disponga de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de acreditación de la cualificación profesional del trabajador. Dejando al margen aquellos supustos en los que la empresa asume directamente la formación teórica del trabajador, el objeto de las obligaciones formativas que corresponden al empresario según lo establecido en el art. 11.2 LET, se encuentran tasadas por la norma. Y, así, deberá garantizar que la actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa esté relacionada con las actividades formativa y que el tiempo de trabajo efectivo sea compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas.

Obligaciones formativas "secundarias", de gran trascedencia para la consecución de la cualificación profesional del trabajador. Por esta razón, el legislador había contemplado siempre en la regulación de este contrato mecanismos destinados a compatibilizar el tiempo de trabajo efectivo con el tiempo dedicado a las actividades formativas. En este sentido, el art. 8.2 del derogado RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrollaba el art. 11 LET en materia de contratos formativos, establecía que el empresario debía conceder al trabajador los permisos necesarios para recibir dicha formación. Así pues, la determinación de la jornada aplicable, la selección de los turnos de trabajo o la fijación del horario correspondiente, son aspectos cuya determinación quedará condicionda por las exigencias que deriven del desarrollo de la formación teórica y los tiempos ([155]). Se trataba, en definitiva, de una obligación que debe entenderse en sentido amplio, como una obligación omnicomprensiva que hace referencia a toda actividad empresarial adicional que facilite el acceso del trabajador a la formación teórica extraempresarial. Así, debía considerase como obligación del empresario la adecuación de la jornada laboral a los horarios de la

[155] *Vid*. PRADOS DE REYES, F y CABRERA FERNÁNDEZ, J.A., "Contrato para la formación", AAVV, *Modalidades de contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 58.

entidad que prestaba la formación teórica a fin de facilitar la asistencia del aprendiz ([156]).

2. Pero la obligación empresarial de otorgamiento de permisos resultaba insuficiente para garantizar la asistencia del trabajador a la actividad formativa, sobre todo, en aquellas actividades que exigían la prestación de servicios en horario nocturno. Y esto era así porque, cuando el trabajador prestaba servicios en horario nocturno, bien fuera de manera permanente o bien de forma intermitente –en el caso de los turnos rotatorios-, el trabajador podía asistir a la formación puesto que lo más probable es que la misma se desarrollara en horario de mañana. Sin embargo, lo que no resultaba tan probable era que el trabajador se encontrara en las condiciones necesarias para poder obtener un rendimiento satisfactorio de la formación recibida, por el gravamen que el trabajo nocturno suponía para el trabajador en formación.

Ésta es la razón que conduce al legislador a prever un nuevo mecanismo para garantizar la compatibilidad entre tiempo de trabajo efectivo y actividad formativa: prohibir el trabajo nocturno a los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje. Una prohibición bien recibida puesto que la misma permitirá al trabajador nocturno no sólo sólo asistir a la actividad formativa y cumplir con el objeto de su contratación sino desempeñar su trabajo en condiciones óptimas para el aprovechamiento del mismo ([157]).

---

[156] *Vid.* BALLESTER PASTOR, Mª A., *La formación teórica en el contrato..., op. cit.* pág. 5.

[157] Se ha propuesto modular el alcance de la prohibición de que estos trabajadores realicen horas extraordinarias, trabajo nocturno o trabajo a turnos, exigiendo únicamente que en caso de que, la prestación se lleve a cabo de este modo, ello no obstaculice o dificulte el proceso formativo. Sin embargo, el colectivo hacia el que va dirigido este contrato, trabajadores jóvenes sin cualificar, y el hecho de que la finalidad del mismo es esencialmente formativa, es evidente que no resulta compatible con esta finalidad permitir que estos trabajadores estén sometidos a condiciones de jornada que perturben, dificulten o desincentiven la realización de las actividades formativas, *vid.* MERCADER UGUINA, J., *Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto..., op. cit., pág. 10*.

CAPÍTULO II. LA VINCULACIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO CON EL TRABAJO A TURNOS

I. DEFINICIÓN LEGAL DEL TRABAJO A TURNOS

1. Prestación de servicios en horario dispar. La necesidad productiva atípica cada vez más frecuente

1. El art. 36.3 LET ofrece, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico ([158]), una definición legal del trabajo a turnos. Se considera como tal toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, con un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas.

Una definición que, por lo demás, ni puede tildarse de original ni resulta realmente novedosa puesto que se trata de la transcripción casi literal de la definición de trabajo a turnos contenida en la Directiva 2003/88, concretamente en su artículo 2.5. En virtud de dicho precepto, la ocupación sucesiva de los mismos puestos de trabajo deberá hacerse según un ritmo determinado, incluido el rotatorio, ya de forma continua o discontinua.

2. La Directiva, a diferencia del Estatuto de los Trabajadores, hace referencia a la rotación como uno de los ritmos posibles para organizar los equipos de

[158] En el derogado art. 36.2 del LET/80 no se contemplaba una definición del trabajo sino la excepción al régimen que acerca del horario flexible disponía el artículo 36.1. De ahí que, del artículo 36.2 del ET/80, solo indirectamente, y con resultado final no muy completo, podían deducirse los caracteres del trabajo a turnos: un trabajo en equipo o de grupo que requiere la presencia "*a horas fijas de todos sus miembros*"…, dicho de otro modo, de la lectura conjunta de ambos párrafos primeros del art. 36 del LET/80, se desprendía que el horario flexible instaurado de acuerdo con lo señalado en el art. 36.1 LET/80 podía ser suprimido si el empresario optaba por un régimen de trabajo a turnos en la medida en que esta organización del trabajo lleva consigo generalmente el establecimiento de jornadas contiunuadas, y de forma ineludible, el sistema de horarios rígidos ("horas fijas"). *Vid.* MURCIA CLAVERÍA, A., "Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo…", *op. cit,*. pág 307.

trabajo. Con esta referencia expresa al ritmo rotatorio, se está admitiendo que pueden existir también equipos de trabajo que ocupen sucesivamente los mismos puestos de trabajo según un ritmo no rotatorio, esto es, fijo ([159]). Esta referencia a la rotación como una modalidad de organización de los equipos de trabajo tiene, previsiblemente, una finalidad clarificadora y reiterativa. Efectivamente, el empresario podrá organizar los equipos de acuerdo al ritmo que estime oportuno, pudiendo decantarse por turnos fijos o cerrados –en los que no existe rotación- o bien por turnos abiertos en los que sí existe rotación.

Dos modalidades, por tanto, de organización de equipos de trabajo, según si existe o no rotación. Ahora bien, siendo esto así, únicamente la modalidad de turnos abiertos o rotatoria tiene cabida dentro de la definición legal, y ello es así, porque solamente la rotación permite que los trabajadores realicen la prestación de servicios en distintas horas a lo largo de un período de días o semanas. En conclusión, la utilización del adjetivo "rotatorio" en el art. 2.5 de la Directiva 2003/88 no añade ningún contenido significativo en la definición del trabajo a turnos, resultando innecesaria por reiterativa.

Pero, además de omitir el adjetivo "rotatorio" de la definición legal de trabajo a turnos, el legislador español ha eludido transponer a nuestro ordenamiento jurídico el concepto de trabajador a turnos contenido en el art. 2.6 de la Directiva. Según este artículo es trabajador por turnos todo trabajador cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos. De este modo, a diferencia de lo que ocurre con el binomio trabajo nocturno/trabajador nocturno, que configura dos conceptos distintos, no equiparables, en el binomio trabajo a turnos/trabajador a turnos la trasposición subjetiva no ha requerido especificaciones o notas complementarias; trabajadores a turnos son, sin más,

[159] En este sentido la doctrina ha considerado que interpretado este precepto a la luz de su homónimo comunitario –art. 2.5 D 93/104 UE- el ritmo continuo o discontinuo puede ser fijo o rotatorio. *Vid.* MONTOYA MELGAR, A., "Trabajo a turnos", AAVV, *Diccionario Espasa Jurídico*, Madrid, Espasa, 2001, pág. 1381.

quienes participan en el régimen a turnos ([160]). Comoquiera que será considerado trabajador a turnos todo aquel trabajador cuyo horario se ajuste a un régimen de trabajo a turnos, no resultaba necesaria la transposición al ordenamiento jurídico de dicha definición, debiendo concluirse que el legislador actúa correctamente al no transponer directamente la noción de trabajador a turnos ([161])

3. Conviene precisar asimismo que, en la Directiva 2003/88, el legislador comunitario considera el tiempo de trabajo como una condición de trabajo que repercute en la seguridad y salud de los trabajadores. Siendo esto así, resulta obvio que existe una estrecha conexión entre trabajo a turnos y seguridad y salud de los trabajores. Conexión o vinculación que se intensifica en los sistemas de trabajo a trunos semicontinuo y continuo, que como se comprobará, incluyen prestación de servicios durante la noche. Así pues, turnicidad y nocturnidad se consideran condiciones de trabajo que repercuten especialmente y de forma más gravosa sobre la salud de los trabajadores.

Pues bien, puesto que el fundamento de la regulación específica del trabajo a turnos no es otro que la seguridad y salud del trabajador, resulta necesario identificar qué modalidad del mismo, provoca o tiene repercusiones sobre la seguridad y salud de los trabajadores, para seguidamente atribuir a los trabajadores que presten servicios en dicha modalidad una protección especializada. De ahí que la definición legal precise aquellas modalidades que requieren de una especial protección por parte del legislador por considerarlas más perjudiciales para su salud. En consecuencia, pueden existir muchas otras formas de organización del trabajo a turnos, pero si no cumplen los requisitos exigidos por el legislador en la definición legal, desde la perspectiva jurídica no se podrá aplicar la protección dispensada para el trabajo a turnos (también el

[160] MARTÍN VALVERDE, A., "Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo…", op. cit., pág. 84.

[161] RABANAL CARBAJO, P., *La Directiva 93/1994/…*, *op. cit.* pág. 11

nocturno) que cuando se aluda, sin precisión técnica, a la asignación al "turno" de mañana al de tarde o al de noche ([162]).

2. La organización del trabajo en equipos en una actividad productiva o en una prestación de servicios que supera los límites de la jornada ordinaria

1. La definición legal de trabajo a turnos contenida en el art. 36.3 LET está integrada por tres elementos distintos. El primero, la forma de organización del trabajo en equipo.

El trabajo a turnos es una modalidad de organización del trabajo que se utiliza cuando la actividad productiva o la prestación de servicios se desarrolla superando los límites de la jornada ordinaria de los trabajadores. Esto hace que se requieran equipos de trabajadores, que ocuparan los mismos puestos de trabajo, eso sí, en franjas horarias distintas. Por tanto, el equipo de trabajadores, estará compuesto por aquellos trabajadores que prestan servicios en el mismo horario ([163]). Esta forma de organización del trabajo en equipos plantea, con todo, dos cuestiones de interés: el número de equipos y el número de trabajadores que componen cada uno de los equipos.

2. Por lo que se refiere al número de equipos, parece obvio que, como mínimo deben existir tantos equipos de trabajadores, como turnos de trabajo, de

---

[162] MURCIA CLAVERÍA, A., *Trabajo nocturno, a turnos y ritmos de trabajo…*, *op. cit.*, pág 309.

[163] En este sentido, conviene referirse a la distinción entre turno de trabajo como tiempo de trabajo y equipo de trabajadores. Se considera "*turnos de trabajo*" desde el momento en que una jornada de trabajo comporta varios *turnos* asegurados sucesivamente por trabajadores diferentes. Un turno es la jornada laboral que realiza cada trabajador o grupo en un día determinado; es la porción de tiempo que va entre dos sustituciones consecutivas, desde la hora de entrada hasta la hora de salida, en que cada trabajador realiza sus prestaciones. Pero también se entiende que la plantilla de un grupo que trabaja a turnos constituye un "turno"…ello conduce a veces a la expresión impropia de hablar de sistema de trabajo a cuatro o cinco turnos, queriendo decir que son cuatro o cinco los turnos (equipos) con que se cuenta para cubrir los turnos (períodos diarios que existen). *Vid.* GARCÍA GOMBAU, J., *El trabajo a turno*, Bilbao, Ediciones Deusto, 1991, pág. 19.

lo contrario habría equipos que tendrían que cubrir más de un turno al día ([164]). Ahora bien, en los trabajos a turnos continuos –que no admiten interrupción- puede ocurrir que el número de equipos sea superior al número de turnos. Estos equipos adicionales sirven para cubrir los descansos semanales de los trabajadores, toda vez que, en esta modalidad de trabajo a turnos, la actividad productiva no se interrumpe.

En cuanto al número de trabajadores que componen cada uno de los equipos, éstos han de contar, como mínimo, con el mismo número de trabajadores que puestos de trabajo a cubrir. No obstante, el equipo puede estar formado por un número superior de trabajadores, de esta forma, se cubren las ausencias de los trabajadores, que tantos problemas acarrean en esta modalidad de organización del trabajo. Por último, procede aludir a aquellos equipos compuestos por un único trabajador y considerar si se trataría de un "equipo" a efectos legales. Algún sector doctrinal apunta tal posibilidad por entender viable un trabajo por turnos en el que dos o tres trabajadores se alternen en la ocupación del mismo puesto de trabajo ([165]). Sin embargo, el planteamiento del legislador se percibe más amplio y, en principio, se trataría de un régimen jurídico previsto para una decisión que afecta no a un único trabajador sino a un colectivo de trabajadores.

[164] *Ibídem.* pág. 20

[165] En opinión de este autor, varios datos gramaticales del art. 36.3 LET apuntan en esta dirección: la referencia a que el trabajo a turnos es una "*forma de organización del trabajo en equipo*", y la utilización seguramente deliberada del plurar para referirse tanto a los "trabajadores" participantes en la rotación de horarios como a los "puestos de trabajo" ocupados por los mismos. *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A., *Trabajo nocturno, trabajo a turnos*…, op. cit., pág. 85.

3. La ocupación sucesiva de los mismos puestos de trabajo por distintos trabajadores, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo

1. La ampliación del tiempo de actividad de la empresa por encima de los límites de la jornada de los trabajadores exige la presencia de equipos de trabajadores. Dichos equipos de trabajadores han de ocupar sucesivamente los mismos puestos de trabajo, o lo que es lo mismo, en el trabajo a turnos un mismo puesto de trabajo, es ocupado por varios trabajadores a lo largo del día.

2. La organización de los turnos de trabajo dependerá de cuáles sean las necesidades de la empresa, pudiendo establecerse, en función de dichas necesidades, tres modalidades o sistemas de trabajo a turnos: a) Sistemas de turnos discontinuos: se utilizará cuando se pretenda ampliar al máximo el tiempo de actividad durante el día y evitar el trabajo nocturno ([166]). Se trata de la modalidad que menos trastornos causa en la vida familiar y el desarrollo personal del trabajador y la menos perjudicial para su salud en comparación con otros sistemas que conllevan prestación de servicios nocturna; b) Sistemas de turnos semicontinuos: en este caso la empresa funciona veinticuatro horas al día sin interrupción, salvo los fines de semana y días festivos ([167]); c) Sistemas de turnos

[166] Según la Comisión de Industria Químicas de la OIT, las características principales de esta modalidad son: a) Prolongación diaria. El trabajo se prolonga de forma continuada más allá de la jornada ordinaria, pero no alcanza las veinticuatro horas; b) Ajuste cuasi-semanal. La actividad se desarrolla, solamente durante los días laborables, aunque de una manera más prolongada, respetándose el descanso nocturno y el fin de semana y eventualemente festivos intersemanales. Cada equipo acude a trabajar los mismos días que si de jornada normal se tratara, sólo que a horarios diferentes y normalmente con alternancia semanal de mañanas/tardes; c) No actividad nocturna y de fin de semana. Cuestión ésta primordial, por cuanto al no exigirse el trabajo en tales momentos, la problemática de la turnicidad resulta casi irrelevante, no obstante poderse hablar de un sistema a turnos; d) Dos turnos, como mínimo, que realizarán rotativamente o, lo que es menos habitual, de forma fija las jornadas de mañana y tarde, GARCÍA GOMBAU, J., *El trabajo a turno…*, *op. cit.*, pág. 49.

[167] Se trata en general de la ejecución de procesos que técnicamente son discontinuos, pero cuya duración es difícil de encajar con los límites rígidos de una jornada laboral y conviene, por tanto, espaciar adecuadamente los períodos de inactividad; a veces se trata simplemente de alcanzar la rentabilidad óptima de las instalaciones, o de atender a las necesidades de producción, GARCÍA GOMBAU, J., *El trabajo a turno…*, *op. cit.*, pág. 48.

continuos: sistema que permite a la empresa funcionar veinticuatro horas al día durante los siete días de la semana, incluidos domingos y días festivos.

Pues bien, aceptando que el sustantivo "ritmo" alude a las formas de organización de los turnos de trabajo, el precepto señala que la misma puede ser continua o discontinua. De esta forma, se incluyen dentro de la definición legal las tres modalidades habituales de trabajo a turnos expuestas ([168]).

4. Prestación de servicios en horario distinto durante un período determinado de días y/o semanas

1. Los elementos de la definición legal aluden a cuestiones organizativas de la empresa, esto es, constituyen requisitos objetivos exigidos por el legislador que se incardinan en el ámbito de organización de la empresa, incluyéndose por tanto, dentro del porder de organización del empresario. A los dos expuestos (equipos de trabajo y ocupación sucesiva), el art. 36.3 LET añade uno más, el que los trabajadores que presten servicios en un sistema de trabajo a turnos deban prestar los mismos en horas diferentes en un período determindao de días o semanas. Se establece, así, un requisito subjetivo, exigiendo que el trabajador que presta servicicios en un trabajo a turnos –y que por tanto tendrá la considerarción legal de trabajador a turnos- tenga horarios diferentes. En consecuencia, esta suerte de movilidad horaria forma parte del objeto de la prestación laboral de un trabajador a turnos ([169]).

[168] *Vid*. MARTÍN VALVERDE, A., *Tratado práctico del Derecho del Trabajo…*, *op. cit.* pág. 1590. Otros autores consideran que no debe aplicarse la protección de los trabajadores a turnos en los supuestos de turnos discontinuos en los que no se producen los perjuicios de índole fisiológica y sociológica que se dan en los turnos continuo y semicontinuo.

[169] MURCIA CLAVERÍA, A., *Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo…*, *op. cit*. pág 309.

De esta exigencia se deduce también el requerimiento de cumplir un elemento objetivo, no declarado expresamente por el legislador. Se trata de la necesidad de introducir la "rotación" como elemento integrante de la organización de un sistema de trabajo a turnos ([170]). Y es que díficilmente pueden prestar servicios los trabajadores en horarios diferentes en un sistema de trabajo a turnos fijos.

2. No basta, con todo, con cumplir este requisito sino que el art. 36.3 LET incluye una garantía para estos trabajadores. La prestación de servicios en horas diferentes deberá efecturarse en un período determinado de días o semanas, expresión no exenta de dificultades aplicativas.

Como es sabido, únicamente el sistema de turnos rotatorios permite que se produzca esta movilidad horaria que tipifica al trabajador por turnos. Razón que permite defender que el sistema de rotación representa un ritmo, reúne unas cadencias que se repiten regularmente y que tienen siempre la misma duración, es decir, se suceden indefinidamente de forma cíclica ([171]). De esta manera, los cambios de turno o de horario de trabajo pueden producirse cada dos, tres o cuatro días (en estos supuestos se califica como rotación corta o frecuencia rápida); o por el contrario, pueden realizarse semanalmente (atendiendo a un rotación larga o frecuencia lenta). Por lo demás, el empleo del "determinado" (período determinado de días o semanas) supone implícitamente que el

[170] La rotación consiste en el paso sucesivo y alternativo de los distintos equipos y trabajadores por los distintos horarios y puestos. La rotación está incardinada en el propio sentido de la alternancia de horarios; dentro del trabajo a turnos cada *turno* (equipo) realiza el mismo turno o período, por ejemplo el de mañana, durante uno o varios días, después disfruta de descanso o asume otro distinto, y así sucesivamente realizando todos los turnos y descansos que el sistema comprende. *Vid*. GARCÍA GOMBAU, J., *El trabajo a turnos…*, *op*. *cit.* pág. 36.

[171] GARCÍA GOMBAU, J., *El trabajo a turnos…*, *op*. *cit.* pág. 37.

trabajador tiene conocimiento de los cambios de turno de forma anticipada a la realización de su trabajo ([172]).

Se plantea asimismo si podría admitirse un período más amplio que el indicado por el precepto, por ejemplo, el mensual. La respuesta a esta cuestión ha de ser negativa cuando el sistema de trabajo a turnos incluya el trabajo nocturno. No otra puede ser la solución porque, de conformidad con lo dispuesto en el art. 36.4 LET, ningún trabajador puede estar en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria. Si esto es así, no cabe si no concluir que, en los sistemas de trabajo a turnos que incluyen trabajo nocturno, esto es, el trabajo a turnos semicontinuo y continuo, la rotación en el mismo se ha de producir necesariamente cada dos semanas ([173]).

5. La ampliación fáctica de la consideración de trabajo a turnos

A tenor de algunos pronunciamientos judiciales, existen determinados servicios calificados como trabajo a turnos por su propia naturaleza. Algunos de ellos se exponen a continuación, a título ejemplificativo para el análisis que se efectúa.

---

[172] MURCIA CLAVERÍA, A., *Trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo…*, *op.cit.*, pág. 310. Según esta autora, con base en este argumento han de considerarse abusivas o ilícitas determinadas cláusulas contractuales, según las cuales la determinación del horario concreto del trabajador o la periodicidad de sus cambios de turnos se atribuye de forma unilateral al empresario, según las necesidades del servicio.

[173] "*No existe inconveniente para admitir la rotación mensual, salvo que el régimen de trabajo a turnos incluya el turno de noche*", dado que, salvo adscripción voluntaria, nadie puede estar más de dos semanas seguidas en el mismo, *vid*. RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo…*, op. cit., pág. 257. En sentido contrario, MARTÍN VALVERDE A., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo…*, op. cit., pág. 1591, considera que "*si bien la Ley indica que la variación de horarios ha de hacerse en ciclos de días y semanas, nada parece impedir que en convenio o pacto individual se pacten ciclos de cambio superiores, por ejemplo, de carácter mensual*".

5.1. Médicos de los equipos de atención primaria: prestación de servicios durante la atención continuada con trabajo a turnos

1. Ante la petición de una cuestión prejudicial al Tribunal de Jusiticia de la Unión Europea efectuada por la Sala de lo Social del Tribunal Superio de Justicia de la Comunidad Valenciana se dicta la La STJCE de 3 de octubre de 2000. Se cuestiona en la misma la interpretación de las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, respectiamente. Se trata de conocer, en concreto, si el trabajo realizado por los médicos de Equipos de Atención Primaria durante el tiempo dedicado a atención continuada constituye un trabajo por turnos, siendo dichos médicos trabajadores por turnos en el sentido del art. 2 apartados 5 y 6 de la Directiva 93/104/CEE.

El litigio se origina al plantearse un conflicto colectivo contra la Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana por parte del Sindicato de Médicos de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) solicitando el reconocimiento de trabajadores nocturnos y por turnos. Los médicos de los Equipos de Atención Primaria prestan servicios en horario de 8 a 15 horas, realizando atención continuada desde la finalización de la jornada hasta las 8 horas del día siguiente cada once días, salvo imprevistos extraordinarios (sustitución de compañeros, enfermos, por ejemplo).

La STJCE de 3 de octubre de 2000 considera que el tiempo de trabajo correspondiente tanto a la atención continuada en régimen de presencia física de los Equipos de Atención Primaria en los centros sanitarios como a la prestación efectiva de servicios de atención primaria durante la atención continuada en régimen de localización cumple todos los requisitos del concepto de trabajo a

turnos en el sentido del art. 2.5 de la Directiva. Entiende, en este sentido, que los servicios de los médicos de Equipos de Atención Primaria se efectúan según un método de organización del trabajo por el cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo rotatorio, que implica para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo a distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas. Por lo que se refiere, en particular, a este último requisito, a pesar de que la prestación de atención continuada se realiza cíclicamente, los médicos de que se trata han de efectuar su trabajo a distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas.

2. Teniendo como precedente esta cuestión prejudicial, la STS de 1 de abril de 2002, Ar. 6002, aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta, extiende la calificación de trabajadores a turnos a los médicos de los Equipos de Atención Especializada. Entiende, en este caso concreto, que la "práctica de empresa" frente a la que se reclamaba en el litigio de los médicos de los Equipos de Atención Primaria es muy similar a la que se produce en el supuesto de los médicos de Equipos de Atención Especializada. No en vano, el horario fijo de los facultativos practicado en los centros de trabajo es de 8 a 15 horas, de lunes a viernes, más un sábado cada tres; el mínimo obligatorio de guardias realizado por los facultativos es de tres al mes; la cadencia ordinaria de guardias "no es regular sino que depende de las necesidades del servicio"; la duración de las guardias de presencia física es de diecisiete horas, las desarrolladas en días laborables, y de veinticuatro horas, las atendidas en domingos y días festivos.

5.2. Trabajadores adscritos a un sistema de guardias de localización y disponibilidad. Turnicidad y/o disponibilidad

1. Diferentes Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre si los trabajadores adscritos a un sitema de guardias de localización y disponibilidad

pueden ser considerados como trabajadores a turnos o no ([174]). Uno de los conflictos más recurrentes es el de los trabajadores , técnicos de operaciones y mantenimiento, que prestan servicios para una empresa dedicada a la telefonía móvil. En virtud de las cláusulas contenidas en sus contratos, la empresa organiza a estos trabajadores adscribiéndoles a un sistema de trabajo en régimen de turnos o a un sistema de trabajo de guardias ([175]). Tras alcanzar un acuerdo colectivo en el que se define y dota de contenido al concepto de "disponibilidad", deja de efecturse el turno de tarde pues, cuando se efectúan guardias de disponibilidad, que son de las 22 a las 7 horas y sábados, domingos y festivos, por descanso obligado, se trabaja de tarde. Los trabajadores, por regla general, prestan sus servicios para la empresa en turnos de mañana de 7 a 15 horas, pero durante la semana que tienen asignado el servicio de guardia -de disposición y localización entre las 22 y las 7 horas y fin de semana- se les asigna el servicio de tarde durante toda la semana.

---

[174] *Vid*., entre otras, SSTSJ de Castilla y León , Burgos, de 28 de junio de 2004 y 29 de noviembre de 2008, Ar. 207790 y 704; SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 15 de mayo de 2006, 12 de junio de 06 y 13 de julio de 07, Ar. 1714, Ar. 3874 y 307305; SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 25 de enero de 2005, 5, 19 y 26 de junio de 2007, Ar. 509, 259588, 3083 y 342959; STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de noviembre de 2005, Ar. 3659; SSTSJ de Andalucía, Granada, de 14 de febrero de 2007 y 23 de mayo de 2008, Ar. 3291 y 25891; STSJ Andalucía, Sevilla, de 14 de abril de 2009, Ar. 258842; STSJ de Islas Baleares, de 15 de junio de 2008, Ar. 185235; STSJ de Extremadura, de 2 de febrero de 2005, Ar. 84; STSJ de la Comunidad Foral de Navarra, de 9 de marzo de 2005, Ar. 119796; STSJ de las Islas Canarias, de 28 de marzo de 2005, Ar. 103147; STSJ Aragón, de 28 de junio de 2006, Ar. 348; STSJ del Principado de Asturias, de 21 de noviembre de 2009, Ar. 133016; SSTSJ de la Rioja de 11 de octubre de 2005 y 23 de octubre de 2006, Ar.2988 y Ar.3201; STSJ de Galicia, de 13 de abril de 2010, Ar. 204084.

[175] La cláusula primera del Anexo del contrato de trabajo titulada "*Pacto de Localización y Disposición*" señala que el empleado se compromete, a estar localizable y a disposición de atender requerimientos que haga la empresa, durante el descanso semanal y según se especifique en el centro de trabajo al que esté adscrito. Esto significa que no podrá alejarse a más de 50 km de su centro de trabajo. En compensación por "localización-disposición se establece la cuantía de 30.000 ptas. brutas por semana en que deba encontrarse en dicha situación. Si el empleado pasara a ocupar un puesto en el que no fuera requisito la localización dejará de percibir dicha compensación. La cláusula segunda del mismo Anexo se dedica al "*Trabajo a Turnos*", e indica que el trabajo se podrá realizar en régimen de turnos, pudiendo ser adscrito el empleado al turno de mañana, tarde o noche o rotando en todos ellos. Si el empleado fuera adscrito a un puesto de trabajo en el que se realizara el trabajo en régimen de turnos, percibirá por ese hecho una compensación que equivaldría al 15% del salario bruto anual fijado en la cláusula tercera A. En caso de que el empleado dejara de prestar sus servicios en régimen de turnos, no percibirá la citada compensación.

2. De forma casi unánime ([176]), la doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia ha considerado que el trabajo prestado en un sistema de guardias de localización y disponibilidad cumple los requisitos exigidos por el art. 36.3 para considerar esta modalidad de prestación de servicios como trabajo a turnos. Y ello es así, porque a juicio de estos Tribunales, el concepto de turnicidad debe ser entendido de forma flexible ([177]). Deberá entenderse incluido en dicho concepto toda forma de trabajo en la que se alternen diferentes horarios, ya sea de forma continua o discontinua, con rotación o sin ella. Esta interpretación deberá atender a la finalidad de la mayor retribución de este sistema de trabajo, como compensación de una forma no "habitual" o

[176] La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria estima que estos trabajadores están adscritos habitualmente a un turno fijo, en concreto el turno de mañana, y aunque el trabajo realizado en las guardias de noche diarias y de 24 horas, los fines de semana, pueda implicar la alteración ocasional del turno de trabajo, para respetar los descansos entre jornadas, ello no es identificable con el trabajo a turnos. La distinción entre el trabajo a turnos y la posibilidad de realización de guardias de localización y disponibilidad que también implican cambio de horario, está en la organización empresarial que para la cobertura de un mismo puesto de trabajo de 24 horas, puede establecer tres turnos de trabajo: mañana, tarde y noche, con obligación de trabajo efectivo y presencia física en el centro de trabajo, rotando distintos trabajadores en el mismo puesto de trabajo, o, adscribiendo de forma permanente los trabajadores a cada horario; o cubriendo la empresa, como de forma efectiva sucede en la presente litis, las 24 horas del servicio, mediante guardias de localización y disponibilidad que no implican necesariamente trabajo efectivo, por la que reciben la correspondiente retribución extra que acreditan las nóminas del actor, que no retribuye exceso de jornada, sino la posibilidad del cambio horario y disponibilidad en el trabajo que habitualmente realiza (SSTSJ de Cantabria, de 31 de octubre de 2004, Ar. 3445, 17 de enero de 2006, Ar. 2842 y 3 de octubre de 2008, A, Ar. 1687).

[177] Esta conclusión se obtiene siguiendo la doctrina sentada por la STS de 25 de octubre de 2002, Ar. 3234 en la que se determina el concepto de trabajo a turnos. Entiende el TS que de la literaliad del art. 36.3 se deduce que esta modalidad de trabajo presupone la ocupación sucesiva de los mismos puestos de trabajo por distintos trabajadores, con la obligación de éstos de rotar o cambiar de horario en carencia de días o semanas. Conjugando estas notas extraídas de la literalidad de la norma con el significado del vocablo turnar, como equivalente a alternar con una o más personas en el repartimiento de una cosa o en el servicio de algún cargo, cabe concluir afirmando que el sentido de las normas citadas permite subsumir en el supuesto que contemplan, tanto el sistema de trabajo a turnos consistente en la ocupación de manera sucesiva en los mismos puestos de trabajo por distintos trabajadores, como el caso de que se adscriban de manera permanente a los trabajadores de cada uno de los turnos que se puedan haber establecido, sin la obligación de rotar. El entendimiento de los preceptos aludidos con esta amplitud de miras, responde más justamente a la finalidad que persiguen" (FJ, 2).

"irregular" y en cierto modo "gravosa" de trabajar, en cuanto a horarios se refiere, que supone la diversidad de horarios en los distintos días o semanas ([178]).

3. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña, de 21 de julio de 2008, Ar. 2595 considera que el art. 36.3 LET establece un concepto amplio de trabajo a turnos que no tiene necesariamente que ser de forma continua y obligatoria de mañana, tarde y noche, pues lo importante es rotar y cambiar de horario cada cierto tiempo y eso es lo que vienen haciendo los trabajadores que semanalmente, y siguiendo las instrucciónes de la empresa, cambian del turno de mañana al de tarde, sustituyéndose entre sí, independientemente de que no realicen turno de noche, sino que para el horario de 22 a 7 horas permanezcan en régimen de disponibilidad y localización.

Y es que "el fundamento de la turnicidad no es otro que la necesidad de la empresa de prestar un servicio durante las veinticuatro horas del día –resulta imprescindible el arreglo de cualquier avería que pueda producirse en la red a cualquier hora del día o de la noche-, constituyendo una elección de la empresa que la turnicidad sólo se aplique de mañana y tarde, habiendo preferido para el turno de noche aplicar el sistema de disponibilidad" (FJ 2).

6. Supuestos excluidos de la definición legal de trabajo a turnos: organización en equipos, sucesión en la prestación y horarios diferentes como elementos de aplicación conjunta

1. Como se expusiera, el art. 36.3 LET contiene una definición legal de trabajo a turnos que procede directamente de la Directiva 93/104/CEE. De esta definición legal pueden extraerse los tres elementos o notas que caracterizan el trabajo a turnos: forma de organización del trabajo en equipo, sucesión de

[178] SSTSJ de Andalucía, Sevilla de 14 de abril de 2009, Ar. 258842 y STSJ de Galicia, de 13 de abril de 2010, Ar. 204084.

trabajadores en los mismo puestos de trabajo y prestación de servicios en horarios diferentes. Requisitos que, como es sabido, han de presentarse conjuntamente pues, de lo contrario, no procederá la aplicación del régimen jurídico previsto para el trabajo a turnos, excluyendo a estos trabajadores de su protección legal ([179]).

2. Partiendo de esta premisa, los tribunales del orden social consideran excluidos de la definición legal de trabajo a turnos algunos supuestos. Así, cuando en la empresa existen tres clases de horarios (de mañana, tarde y noche) pero en los mismos no se suceden o relevan equipos o grupos de trabajadores en el desempeño de una actividad sino que en cada uno de los horarios concurren producciones, funciones y tareas distintas, no ocupando los trabajadores de un horario iguales puestos de trabajo que los trabajadores de otros horarios (STSJ de Murcia, de 10 de enero de 2000, Ar. 14).

Tampoco se consideraría incluido el supuesto en el que existen diferentes horarios de entrada y salida al trabajo en los que se van turnando los distintos trabajadores pero entre los que sólo existe una variación de una hora (STSJ de Cataluña, de 14 de junio de 1995, Ar. 2394). A juicio del Tribunal, ni se produce la ocupación sucesiva de los puestos de trabajo, ni puede afirmarse que se vean sustancialmente afectados por períodos de trabajo diferentes cada semana, ya que la variación de la hora de inicio y fin de la jornada diaria no supera una hora. La existencia de rotación en tales horarios no implica un sistema de turnos pues es éste un concepto ligado al ritmo necesario impuesto por la actividad de suerte que ésta no se interrumpa pese al cambio de los trabajadores; no se da aquí tal característica dado que el servicio que llevan a cabo los trabajadores afectados se concreta en un determinado horario de atención al público que, "a fin de ser cubierto en su totalidad y por exceder de la jornada máxima diaria, se cubre por

[179] MARTÍN VALVERDE, A., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo…, op. cit.,* pág 1592.

la vía de establecer distintos horarios para los trabajadores con un sistema igualitario entre ellos que evita las diferencias a través de la rotación en las horas de entrada, interrupción diaria y salida" (FJ Único).

Finalmente, se excluyen asimismo aquellos supuestos en los que, en la empresa, existen varios horarios de trabajo (mañana y tarde o mañana, tarde y noche, por ejemplo) estando adscritos los trabajadores a uno de ellos de manera fija o permanente. En tal caso, si bien existe una sucesión de trabajadores en los mismos puestos de trabajo, dicha sucesión no implica para el trabajador la prestación de servicios en horas diferentes y ello puesto que no se existe rotación o alternancia en las franjas horarias de prestación de servicios, estando el trabajador adscrito de manera permanente al mismo horario o turno de trabajo. De esta forma, los Tribunales consideran que no hay implantado un sistema de trabajo a turnos, al no darse la "rotación" o alternancia" en las franjas horarias de prestación del trabajo, para el desempeño sucesivo de un mismo puesto de trabajo por distintos trabajadores, condición esencial en el sistema de trabajo a turnos (SSTSJ de Murcia, de 10 de enero y 21 de febrero de 2000, Ar. 14 y 291, respectivamente) ([180]).

[180] De acuerdo con estos pronunciamientos, la rotación o alternancia en las franjas horarias de prestación de servicios o del trabajo, para el desempeño sucesivo de un mismo puesto de trabajo por distintos trabajadores, es así condición esencial en el sistema de trabajo a turnos y además se corresponde con la definición que del verbo turnar se recoge en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua donde, como primera acepción del referido vocablo se reproduce la siguiente: alernar con una o más personas en el repartimiento de una cosa o en el servicio de algún cargo, guardando orden sucesivo entre todos.

II. ESPECIALIDADES DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL TRABAJADOR NOCTURNO A TURNOS

1. La prohibición de permanencia en el turno de noche. Una regulación tuitiva de la salud del trabajador

1.1. Consideraciones generales en torno a la rotación de los trabajadores en el turno de noche

1. El art. 36.3.2 LET establece que en las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria. Conviene advertir, que a diferencia del concepto de trabajo a turnos –que se incorpora por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, como se expusiera, tras la reforma operada por la Ley 11/1994- el contenido de este párrafo permanece inalterado desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980. Se trata, pues, de una regulación que ofrece un criterio para la organización de los turnos de trabajo y establece límites al poder de organización del empresario en esta materia.

Por lo que se refiere al supuesto de hecho, conviene subrayar cómo, del tenor literal del precepto, se deduce fácilmente que afecta a dos modalidades o tipos de trabajo a turnos, al sistema de trabajo a turnos semicontinuo y continuo –en ambas la prestación de servicios incluye las veinticuatro horas del día- resultando, por tanto excluido el sistema de trabajo discontinuo –éste se prolonga más allá de la jornada diaria pero sin alcanzar las veinticuatro horas del día-. Siendo esto así, la exclusión de los trabajos a turnos discontinuos por parte del legislador fue criticada por la doctrina, llegando a ser considerada por algún autor como "absurda" ([181]) toda vez que se entendía que la misma finalidad protectora

[181] *Vid.* ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 142.

de la vida personal y social del trabajador que preside a la rotación de turnos durante el día completo inspira a la rotación cuando los turnos no se extienden durante las veinticuatro horas del día ([182]).

Así pues, atendiendo a una interpretación literal del precepto, deben excluirse del mismo los sitemas de trabajo discontinuo. En consecuencia, el legislador únicamente muestra su inclinación por la rotación en trabajos semicontinuos y continuos. Ahora bien, al introducirse con la reforma de 1994 una definición legal de trabajo a turnos que incluye expresamente el trabajo discontinuo, algunos autores han estimado que también los trabajos discontinuos deben considerarse integrados en el supuesto de hecho normativo ([183]). No faltan opiniones contrarias por entender que, si bien es cierto que el trabajo discontinuo puede ser considerado trabajo a turnos –siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el legislador- no se les aplicará la previsión de rotatividad y limitación del trabajo nocturno ([184]).

---

[182] *Vid*. MONTOYA MELGAR, A., *Jornada en régimen de turnos…*, *op. cit.*, pág. 145.

[183] Algunos autores sostienen que, conforme a la vigente definición legal de trabajo a turnos, las prescripciones previstas resultan aplicables a cualquiera de los sistemas de trabajo a turnos: continuo, semicontinuo o discontinuo. *Vid.* RODRÍGUEZ PASTOR, G., El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo…, op. cit., pág. 258; Otras posiciones doctrinales consideran que los límites fijados en el art. 36.3, párrafo 2º ahora son incorrectos. En primer lugar, y por lo que se refiere al derecho del trabajador a no estar de forma indefinida en un mismo turno, manifiestan que tal hipótesis no puede darse: el ritmo de trabajo a turnos implica para el trabajador prestar servicios "*en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas*", MURCIA CLAVERÍA, A., *Trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo*…, *op. cit.*, pág 311. En el mismo sentido, se ha puesto de manifiesto que antes de 1994 el trabajo a turnos no implicaba trabajar con diferentes horarios, y esta disposición se interpretaba como una admonición al empresario para no asignar turnos fijos, con la prohibición de hacerlo en el caso del trabajo nocturno; no obstante, con mantenerse la finalidad de la norma, la misma resulta hoy técnicamente incorrecta –salvo en lo relativo al turno nocturno- porque el turno fijo queda excluido del art. 36.3, MONTOYA MELGAR, A., "Trabajo a turnos"…, *op.cit.*, pág 1381.

[184] *Vid*. FALGUERA i BARÓ, M.A., "Reflexiones jurídicas sobre la turnicidad", *Revista de Derecho Sindical*, núm. 1, 1998, pág. 113; CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática…, op. cit., pág. 64.* Para el autor si el legislador hubiera querido extender la protección a supuestos diferentes de los procesos productivos de 24 horas, lo habría hecho en la reforma, por lo que, ante la no modificación, hay que pensar que la especial protección sólo se producirá en el supuesto de hecho de la norma. No obstante, sería deseable que el legislador diera una nueva redacción al precepto, de tal modo que incluyera todos los supuestos de trabajo a turnos en los que se incluya el turno nocturno.

2. Por otra parte, el art. 36.3.2 LET señala que, en las empresas con procesos productivos continuos, se tendrá en cuenta la rotación de los mismos. La rotación de los trabajadores en los distintos turnos es un criterio de organización de los turnos de trabajo que tiene como finalidad procurar una distribución equitativa de sacrificios entre los trabajadores afectados por el régimen de turnos ([185]).

La fórmula utilizada por el legislador "se tendrá en cuenta" resulta confusa, lo que ha provocado opiniones doctrinales de sumo interés. La doctrina científica ha considerado mayoritariamente que se trata de una regla potestativa que no contiene un mandato expreso que imponga la rotación de los turnos de trabajo ([186]). Ahora bien, algún autor ha advertido que la expresión "se tendrá en cuenta" es lo suficientemente laxa para permitir que haya trabajadores que mantengan indefinidamente un "turno fijo" y lo suficientemente imperativa como para amparar el derecho de un trabajador a exigir el cambio de turno cuando se le mantenga el mismo indefinidamente en contra de su voluntad ([187]). Por tanto, el legislador permite la posibilidad de que los trabajadores sean adscritos a turnos fijos o rotatorios. Se trata de una decisión –la de organización de los turnos- que se inserta dentro del poder de organización del empresario. En el proceso de adopción de la misma deberá considerar la rotación como criterio organizativo,

---

[185] El criterio de rotación procura que todos los trabajadores estén en condiciones de evitar la adscripción forzosa permanente no sólo al turno de noche, para el que rige la regla de prohibición ya expuesta, sino a los turnos en horarios de trabajo menos habituales que puedan resultar inconvenientes o indeseables para amplios grupos de trabajadores. *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A., *Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo…, op. cit.*

[186] Aunque una primera lectura del precepto pueda dar la impresión de que el legislador desea que la afectación de un trabajador a un turno no sea definitiva, sino que prefiere su rotación a lo largo de los distintos turnos existentes, lo cierto es que no hay en la norma un mandato expreso que imponga tal rotación -y, de hecho, la negociación colectiva contempla la existencia de turnos tanto fijos como rotatorios-. No dice el precepto, con ánimo prescriptivo, que el trabajador deberá rotar de turno, sino que se limita a señalar eludiendo precisiones más comprometedoras, MONTOYA MELGAR, A., "Jornada en régimen de turnos"… *op. cit.*, pág 145.

[187] RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo…, op. cit.,* pág 259; ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo, op. cit.,* pág. 141.

de lo que se deduce que existen otros factores que también pueden "contar" (condicionamientos técnicos u organizativos, prácticas laborales ya acreditadas en el sector, preferencias individuales expresadas por los trabajadores de la empresa, etc) ([188]).

No han faltado pronunciamientos judiciales a considerar en este punto. Y, así, los Tribunales Superiores de Justicia, siguiendo la doctrina establecida, en su día, por el Tribunal Central de Trabajo ([189]) consideran que, de la lectura del art. 36.3 LET se colige que, si bien "prohíbe" que ningún trabajador esté en el turno más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria, sin embargo no obliga a la empresa a establecer un turno rotatorio sino que simplemente "advierte" a la misma que deberá tener en cuenta dicha rotación a la hora de fijar los correspondientes turnos de trabajo ([190]).

3. Finalmente, procede señalar que, si bien es cierto que la rotación no se configura por el legislador como un derecho necesario de los trabajadores, no lo es menos que el Convenio Colectivo o el contrato de trabajo pueden establecer la obligatoriedad de la rotación en la organización de los turnos de trabajo, en cuyo caso, se trataría de un derecho exigible por el trabajador.

---

[188] Multitud de sentencias han reconocido entre esos factores el respeto al derecho adquirido por los trabajadores de mayor antigüedad en la empresa a desempeñar con carácter fijo el turno horario más cómodo (SSTSJ Galicia de 13 de noviembre de 1997, Ar. 3804 y La Rioja de 5 de mayo de 1994, ar. 1895, MARTÍN VALVERDE, A., *Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo…*, *op. cit.*, pág 87.

[189] SSTCT, de 15 de marzo de 1983, Ar. 2721; 18 de enero de 1984, Ar. 330; 1 de octubre de 1987, Ar. 20253 y 21 de octubre de 1987, Ar. 23668. Estas sentencias, señalan que el art. 36.3, ya citado, no prohíbe de manera absoluta el establecimiento de un sistema de turnos fijos, cuando se trate de procesos productivos continuos, como se deduce de la expresión "*se tendrá en cuenta*" que el precepto utiliza para referirse a la rotación de los turnos. En otras palabras, el Estatuto de los Trabajadores advierte sobre la conveniencia de que roten los distintos turnos, pero no impone esta solución como imperativo de obligada observancia en todo caso, expresión de un derecho necesario e indisponible de los trabajadores, por lo que no cabe imponer a las empresas la alternativa absoluta en los turnos de trabajo.

[190] SSTSJ, La Rioja, de 5 de mayo de 1994, Ar. 1895 y Andalucía, Málaga, de 23 de febrero de 2006, Ar. 2169.

En efecto la única limitación legal que contiene nuestro ordenamiento al poder de organización del empresario en la materia que nos ocupa, es la prohibición de que ningún trabajador permanezca en el turno de noche más de dos semanas consecutivas. Se trata de una medida tuitiva del trabajador que impone una limitación legal en el tiempo de trabajo de los trabajadores que prestan servicios en empresas con procesos productivos durante las veinticuatro horas del día. Ahora bien, dicha prohibición no está formulada por el legislador en términos absolutos sino que admite una excepción que no es otra que la adscripción voluntaria del trabajador al turno de noche ([191])

1.2. La prohibición de permanencia en el turno nocturno como regla general. El término de referencia de dos semanas continuadas

1. En relación a la prohibición de trabajar más de dos semanas en el turno nocturno, procede analizar tres cuestiones de interés: la configuración jurídica de esta prohibición, la delimitación de lo que deba entenderse por "turno de noche" y, por último, las consecuencias que pueden atribuirse a la misma.

La prohibición de permanencia en el turno de noche se configura por parte del legislador como un derecho necesario que persigue garantizar o proteger la salud de los trabajadores que prestan servicios en empresas que mantienen la producción durante las veinticuatro horas. De esta forma, el legislador establece un límite legal en la ordenación del tiempo de trabajo, a sabiendas de que la prestación de servicios durante el turno de noche tiene enormes repercusiones

[191] "*Sorprende que esa restricción no se plantee de forma absoluta, al permitirse la adscripción al turno de noche más de dos semanas consecutivas cuando la adscripción se realice por voluntad del trabajador. Dado que, como señalan CARTER y CORLETT* "la gente no siempre es consciente sobre la voluntad del trabajor, quizá hubiera resultado lo más conveniente impedir en todo caso esa adscripción consecutiva al turno de noche, o cuando menos, aquella que viniera haciendo de forma habitual de las consecuencias a largo plazo para su salud", *y puesto que la tentación de obtener unos ingresos extra pueden influir en gran medida*", FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo…, op. cit.,* pág 99.

sobre la salud ([192]). Así lo consideró, en su día y con gran acierto, el Tribunal Central de Trabajo al referirse a la prohibición de permanencia en el turno nocturno como una garantía de los trabajadores, teniendo el empresario la obligación de proporcionar un sustituto cada tres semanas a los trabajadores no adscritos voluntariamente al turno de noche, que son los únicos a quienes alcanza este derecho necesario ([193]). En consecuencia, se trataría de un derecho necesario relativo, disponible por los trabajadores, pero nunca por la negociación colectiva.

2. Procede asimismo interpretar qué ha de entenderse por turno nocturno a los efectos de aplicar la limitación legal que contiene el art. 36.3 párrafo segundo LET. La definición legal del art. 36.1 LET considerando como trabajo nocturnoo el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana condiciona la misma. Podría entenderse, pues, que el turno nocturno es aquel que se realiza entre las diez y las seis de la mañana. Ahora bien, esta interpretación resulta excesivamente rígida toda vez que no se aplicaría la limitación legal cuando el turno de noche no comprenda los límites cronológicos establecidos por la ley ([194]). Pues bien, para resolver esta cuestión, el art. 36.1 párrafo tercero ofrece una aclaración sobre trabajador nocturno, entendiéndose que, cuando estemos ante un trabajador nocturno tal como se define en el precepto, será de aplicación la regla

[192] La existencia de relaciones entre el trabajo nocturno y la salud, puede comprobarse al analizar los ritmos biológicos, humanos, las funciones vitales esenciales del sueño y la nutrición y la vida laboral, familiar y social(…), si bien la diversidad de reacciones y de situaciones es grande, parece haber quedado demostrado que el trabajo nocturno es nocivo para la salud de la gran mayoría de los trabajadores e inconveniente para su vida familiar y social. *Vid.* CARPENTIER, J y CAZAMIAN, P., *El trabajo nocturno. Sus efectos sobre la salud y bienestar del trabajador*, Oficina Internacional del Trabajo, 1977, pág 7 y 8.

[193] SSTCT 15 de marzo de 1983, Ar. 2721 y 1 de octubre de 1987, Ar. 20253.

[194] En el mismo sentido, se ha puesto de manifiesto que, si existen reglas de carácter sectorial, dichas reglas pueden aplicarse para la interpretación de lo que se entiende como turno de noche a los efectos de que ningún trabajador estará en el mismo más de dos semanas consecutivas. De no existir dichas reglas, se estima que debe estarse a los supuestos indicados para determinar las horas de turno de noche al contrato entre partes o los usos y costumbres locales y profesionales, en base al art. 3, c) y d) del Estatuto, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., "El trabajo a turnos", AAVV, *Comentarios a las Leyes Laborales*, Granda, Bomarzo, 1999, pág 276 y 277.

sobre trabajo a turnos ([195]). Sin embargo, se trata de una interpretación aún más restrictiva que la anterior y ello por cuanto la limitación legal sólo se aplicaría a los trabajadores nocturnos.

Como se puso de manifiesto, la prohibición de permanencia en el turno de noche constituye un límite al poder de organización del empresario en empresas que prestan servicios las veinticuatro horas del día. Así pues, en estas empresas el horario del turno de noche dependerá de cómo tenga organizados la empresa los distintos turnos de trabajo ya que cada empresa puede tener horarios del turno de noche diferentes. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la limitación legal son las empresas que prestan servicios las veinticuatro horas. Y, en estas empresas, necesariamente existirá un equipo de trabajadores que presten servicios durante el turno nocturno. El horario de dicho turno nocturno será establecido por la empresa y podrá o no concidir con los límites cronológicos establecidos por el legislador para definir el trabajo nocturno, resultando dicha coincidencia irrelevante a los efectos de aplicación de la limitación legal.

3. Finalmente, conviene examinar qué consecuencias puede tener esta prohibición de permanencia en el turno nocturno sobre la organización de los turnos de trabajo y más en concreto sobre el poder de organización del empresario. A estos efectos, procede recordar que nuestro legislador no impone al empresario la rotación como criterio de organización de los turnos de trabajo, simplemente utiliza la expresión "se tendrá en cuenta" la rotación de los mismos. Sin embargo, en este mismo precepto el legislador prescribe la rotación del turno nocuturno, toda vez que establece que ningún trabajador estará en el turno de noche más de dos semanas consecutivas. Siendo esto así, el empresario sigue disponiendo de la facultad de organizar los turnos de forma fija o rotatoria. Con restricciones. Por cuanto esta decisión queda limitada, en cierta forma, por la

[195] *Vid*. RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución del tiempo de trabajo…*, *op.cit.*, pág 261.

rotación nocturna y ello puesto que la implantación de un sistema de turnos fijos exige que el empresario cuente con un equipo de trabajadores que renuncie a la rotación nocturna, permaneciendo de manera fija en el turno nocturno.

Por consiguiente, si bien es cierto que nuestro legislador no obliga explícitamente a estas empresas a organizar los turnos de forma rotativa, sí establece una suerte de rotación necesaria, sobre todo en las empresas con plantillas grandes. Y esto es así, porque si estas empresas tuvieran un sistema de turnos fijos o cerrados, necesitarían contar con un equipo de trabajadores que renunciara a la rotación nocturna, permaneciendo de manera fija en el turno de noche ([196]).

1.3. Una excepción a la regla general: la adscripción voluntaria del trabajador al turno de noche

1. La prohibición de permanencia en el turno de noche se ha configurado por el legislador como un derecho necesario relativo toda vez que el trabajador puede disponer de su derecho a la rotación nocturna, adscribiéndose voluntariamente al turno de noche. Esta adscripción voluntaria, permitida por el legislador, no ha resultado pacífica, como se comprobará a continuación.

En primer lugar, es necesario advertir que se considera "adscripción voluntaria" tanto la petición del trabajador de trabajar de forma permanente en el turno nocturno como su aceptación de una propuesta empresarial en este sentido.

[196] *Vid*. En el mismo sentido se ha sostenido que si se analizan en conjunto las dos reglas incluidas en el párrafo 2º del art. 36.3 (tener en cuenta la rotación y limitación de permanencia en el turno de noche), se podría argumentar que la rotación en los turnos, a pesar de no ser obligatoria para el empresario, le puede ser impuesta por la misma norma que le permite no implantarla. En definitiva, si en una empresa no hay trabajadores que voluntariamente ocupen la totalidad de los puestos de trabajo en horario nocturno, éstos deberán ser ocupados por personal que rote, y en este supuesto la rotación se impone necesarimente, CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática…, op. cit.*, pág. 67.

De esta forma, se estima que existe adscripción voluntaria cuando la relación laboral es contratada desde el principio para prestar servicios en el turno de noche ([197]). No obstante, el empresario no está obligado a aceptar la petición de un trabajador de adscribirse al turno nocturno y ello por cuanto no existe un derecho a trabajar de forma permanente en el turno nocturno sino una limitación legal del tiempo de trabajo a la cual puede renunciar el trabajador. La adscripción nacerá pues de un acuerdo entre el empresario y el trabajador, que se puede celebrar por escrito o de palabra, habiéndose admitido que el consentimiento del trabajador se exteriorice a través de un acto explícito o que se derive de un comportamiento concluyente consistente en la prestación de trabajo en el turno de noche sin expresar su disconformidad ([198]). Por lo demás, la decisión de quedar adscrito de forma permanente al turno nocturno se configura por el legislador de forma individual, en consecuencia, sólo le corresponde al trabajador, por lo que no parece que pueda imponerse a través de la negociación colectiva ([199]).

Siendo la adscripción voluntaria un acuerdo entre partes, existen dos supuestos en los que la voluntad del trabajador resulta limitada, no pudiendo en estos casos adscribirse al turno nocturno. En primer lugar, cuando el Convenio Colectivo imponga la rotación como criterio de organización de los turnos. Parece claro, que en estos casos, el Convenio Colectivo prevalece sobre la autonomia de la voluntad pues, como señala la STC 105/92, "*de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un Convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la*

[197] STSJ Madrid, 24 de enero de 1991, Ar. 867.

[198] *Vid.* MONTOYA MELGAR, A., *Jornada en régimen de turnos…, op. cit.,* pág. 147; RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo…, op. cit,.* pág 262.

[199] En el mismo sentido se considera que los representantes de los trabajadores no pueden negociar la adscripción permanente de los trabajadores al turno de noche, puesto que lo que está en juego es el derecho a la salud del trabajador singular, ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo…, op. cit,* pág 142; MARTÍN VALVERDE, A., *Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo…, op. cit.,* pág 87.

representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los Convenios colectivos, prevista en el art. 37.1 de la CE" (FJ 6) ([200]). En segundo término, cuando la permanencia del trabajador en el turno de noche sea perjudicial para su salud, puesto que en estos casos la adscripción voluntaria supondría una renuncia al derecho a la salud reconocido constitucionalmente (arts. 15, 40.2 y 43.1) ([201]).

2. Mayores problemas interpretativos se han planteado respecto a la duración de la adscripción voluntaria al turno nocturno y si el consentimiento del trabajador era o no revocable.

La doctrina judicial considera que la adscripción voluntaria al turno nocturno no puede entenderse lógica y racionalmente como una vinculación forzosa e indefinida a trabajar para siempre en el turno nocturno, máxime cuando no se pacta expresa y específicamente mediante el correspondiente contrato de trabajo en que así se estipule. De hecho, deberá interpretarse el significado de la referida expresión en el sentido de que la adscripción voluntaria al turno de noche solamente será tal mientras persista la voluntad o conformidad el trabajador y desaparecerá tan pronto como éste muestre o manifieste su intención o deseo de no continuar trabajando en el período nocturno continuadamente.

---

[200] Así, la STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 3 de diciembre de 1996, Ar. 4023 reconoce el derecho de un trabajador, que desde el inicio se su relación laboral presta servicios en una gasolinera como expendedor de noche, a que se le adscriba a un turno rotativo, toda vez que el art. 15 del Convenio Colectivo Estatal de Estaciones de Servicio prescribía el establecimiento de turnos rotativos.

[201] *Vid*. MONTOYA MELGAR, A., *Jornada en régimen de turnos…, op. cit*. pág 147. El problema puede derivar de la dificultad de apreciar en qué medida esa adscripción voluntaria continuada al trabajo nocturno está mermando la salud física y psíquica del trabajador. *Vid*. FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo…, op. cit,*. pág 100.

Acorde con tal sentido ha de reputarse que el supuesto de excepción es una posibilidad que la ley concede al trabajador, y no a la empresa, de poder renunciar, si así lo quiere, a la garantía que el precepto impone a la empresa en beneficio del trabajador, con la finalidad de limitar la continuidad de aquellos turnos que por su naturaleza nocturna implican una sobredosis de esfuerzo y una mayor fatiga ([202]). Por su parte, la doctrina científica entiende que la adscripción voluntaria debe ser considerada como una opción del trabajador que tiene carácter revocable, aunque parece lógico requerir del trabajador plazos o períodos de preaviso razonables para el abandono de dicha opción ([203]).

3. Así pues, considerado el consentimiento del trabajador como revocable, los problemas se han planteado cuando la adscripción voluntaria del trabajador al turno nocturno se hubiera efectuado en el contrato de trabajo. En estos supuestos, la doctrina judicial se muestra contradictoria, existiendo pronunciamientos que reconocen el carácter indefinido de la adscripción voluntaria cuando ésta se pacta en un contrato de trabajo ([204]).

Ante estas discrepancias, procede considerar la adscripción voluntaria al turno de noche como revocable en todo caso, independientemente de que se haya pactado o no en el contrato de trabajo. Y ello es así porque, en primer lugar, la adscripción voluntaria constituye una renuncia a una limitación legal –la

---

[202] STCT de 1 de octubre de 1987, Ar. 20253; STSJ de Madrid de 28 de abril de 1991, Ar. 2662 y STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2000, Ar. 1064.

[203] *Vid*. MARTÍN VALVERDE, A., *Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmos de trabajo…*, *op. cit.*, pág 87.

[204] STSJ de Andalucía, Granada, de 24 de abril de 1996, Ar. 1393 y STSJ de Madrid de 24 de enero de 1991, Ar. 867. Esta sentencia declara que debe entenderse que existe voluntariedad de adscribirse al turno nocturno cuando desde un inicio se contrató la relación laboral para prestar servicios en el mismo, no pudiéndose desconocer tal circunstancia, ya que de otro modo se estaría admitiendo que un trabajador pudiera ir válidamente contra sus propios actos. En el mismo sentido considera que el trabajador puede adoptar en cualquier momento la decisión de no mantenerse de modo continuo en el turno de noche, salvo que hubiera pactado con el empresario expresamente su permanencia en dicho turno, MONTOYA MELGAR, A., *Jornada en régimen de turnos… , op. cit.*, pág 147.

prohibición de permanencia en el turno de noche- que tiene como finalidad garantizar la salud de los trabajadores; y, en segundo término, porque el derecho a la salud es un derecho constitucional reconocido en los arts. 15, 40.2 y 43.1 de la CE y, en consecuencia, admitir que la adscripción voluntaria al turno de noche no es revocable, si está pactada en el contrato de trabajo, es tanto como aceptar que el trabajador puede renunciar a sus derechos constitucionales. En consecuencia, sólo puede entenderse que la renuncia a su derecho de rotación nocturna supone una renuncia temporal, pudiendo en cualquier momento el trabajador revocar su consentimiento y a que se le reconozca su derecho a la rotación nocturna.

2. Equipos de trabajo: organización grupal como elemento delimitador del trabajo a turnos continuo

1. En virtud del art. 36.3 párrafo 3º LET, las empresas que, por la naturaleza de su actividad, realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos domingos y festivos, podrán efectuar el trabajo a turnos por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos durante uno o más días a la semana. Se trata, por tanto, de regular la modalidad de trabajo a turnos continua, extendida a lo largo de todos los día se la semana sin interrupción.

Reproduce este precepto el contenido del párrafo 1º del art. 36.4 LET de 1980 ([205]) habiendo sido calificada por la doctrina como una norma "neutra"

[205] El párrafo 2º del art. 36.4 señalaba que respecto de los trabajadores contratados por uno o más días cada semana conforme al párrafo anterior, sin comprender la semana completa, las empresas incluirán a los efectos de cotización para la Seguridad Social tan sólo las retribuciones correspondientes a dichos días. Tales trabajadores conservarán, respecto de los demás días, los beneficios, si los hubiere, de la contingencia de desempleo en el sistema de la Seguridad Social. Este párrafo quedó suprimido a partir de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE del 23). El art. 4.3 de dicha Ley modificaba el sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, estableciendo que la base de cotización a la Seguridad Social y demás aportaciones que se

([206]), de contenido superfluo ([207]) e innecesaria ([208]). No falta quienes consideran, sin embargo, que se trata de una regla permisiva ([209]) que permite a la empresa optar por organizar los turnos "por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas", o bien "contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana". En todo caso, la cuestión no está exenta de matices por cuanto podría plantearse su supresión.

2. Como puede advertirse fácilmente, la modalidad de trabajo a turnos continua tiene implicaciones sobre el régimen de descanso semanal de los trabajadores toda vez que la actividad se desarrolla ininterrumpidamente incluyendo, por tanto, domingos y festivos. Así pues, para un mejor entendimiento y resolución de la cuestión planteada resulta necesario que examinemos la evolución del régimen de descanso semanal en nuestro ordenamiento jurídico.

Sabido es que, hasta 1983 permanece vigente la Ley de Descanso Dominical (LDD), de 13 de julio de 1940 (BOE del 18) así como el Decreto de 25 de enero de 1941 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Descanso Dominical (BOE del 5 de marzo) ([210]). Según el art. 1 LDD quedaba prohibido,

---

recauden conjuntamente con aquélla estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas.

[206] En ella se autoriza a efectuar algo que ya era perfectamente posible: contratar trabajadores a tiempo parcial por varios días a la semana para cubrir turnos en las empresas de actividad diaria continua (incluyendo domingos y festivos) *Vid.* ALARCÓN CARACUAEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo…*, *op. cit.*, pág. 142.

[207] *Vid.* MURCIA CLAVERÍA, A., *Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo…*, *op. cit.*, pág. 311.

[208] *Vid.* PÉREZ AMORÓS, F., *Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo…*, *op. cit.*, pág. 779.

[209] *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A., *Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo…*, *op. cit.*, pag 87.

[210] La DT 2ª LET/80 mantenía la vigencia con rango reglamentario de las disposiciones legislativas y reglamentarias preconstitucionales sobre descanso dominical, hasta el posterior

en domingo y en las fiestas oficiales de carácter religioso, todo trabajo material e intelectual por cuenta ajena, sin más excepciones que las expresadas en la Ley. A su vez, el art. 5.1 exceptuaba de la prohibición establecida a los trabajos que no fueran suscetibles de interrupción, por la índole de las necesidades o servicios públicos que satisfacen, por motivos de carácter técnico o por razones que determinen grave perjuicio de interés general a la misma industria. Por su parte, la LRL de 1976 prescribía en su art. 25.1 el derecho del trabajador a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo, salvo disposición legal expresa o autorización del Ministerio de Trabajo. Finalmente, cuando se aprueba el Estatuto de los Trabajadores en 1980, el art. 37 opta por mantener el régimen común del descanso semanal establecido en su norma predecesora (LRL) ([211]). Con una novedad. La apuesta por la negociación colectiva por cuanto, por Convenio Colectivo o contrato individual podrá establecerse otro régimen de descanso para actividades concretas.

Cuando se aprueba el Estatuto de los Trabajadores en 1980 existe, por tanto, un régimen común de descanso semanal caracterizado por su duración –día y medio ininterrumpido- y por el momento de su disfrute –tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo-. No obstante, se admiten excepciones a este régimen común para actividades concretas, excepciones que vendrán establecidas por disposición legal, Convenio Colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad laboral.

---

desarrollo reglamentario del ET que se produjo en 1983 con la aprobación del RD 2001/83, de desarrollo reglamentario de los descansos laborales. Este RD derogó expresamente la Ley de descanso dominical y su Reglamento de desarrollo.

[211] Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido que, como regal general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. Todo ello sin perjuicio de que por disposición legal, convenio colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad laboral competente se regule otro régimen de descanso laboral para actividades concretas.

3. Una de esas actividades exceptuadas por el legislador del régimen común es precisamente la que, por naturaleza, requiera el trabajo a turnos continuo. En estos supuestos, la ley autoriza al empresario a organizar los equipos de trabajo de dos formas. Por un lado, puede establecer un régimen de trabajo a turnos por semanas completas. En este caso, los trabajadores prestarán servicios durante los siete días de la semana y, en consecuencia, su descanso semanal se desplazará a días laborables. Por otro lado, el empresario podrá contratar personal para completar los equipos durante uno o más días a la semana. De esta forma, los trabajadores del equipo descansarán en domingo o festivo, puesto que se contratará para cubrir esos días de descanso a trabajadores a tiempo parcial ([212]).

En consecuencia, el art. 36.4 del Estatuto de los Trabajadores primigenio ya constituye una excepción legal al régimen común de descanso semanal previsto en el art. 37.1 de la misma norma por cuanto, en estos supuestos de trabajo a turno continuo exigido por la naturaleza de la actividad de la empresa, el empresario estará autorizado para organizar los equipos de trabajadores por semanas completas, implicando para los trabajadores la alteración del momento de disfrute de su descanso semanal ya que éste no podrá llevarse a cabo la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo.

Con posterioridad, la reforma de 1994 introduciría modificaciones en el citado art. 37 LET prescribiendo que los trabajadores tengan derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. Se

[212] *Vid*, sobre las dificultades, LÓPEZ CUMBRE, L., "Jornada parcial", en AAVV, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, ACARL, 1991, pp. 159-200.

aumenta así la "elasticidad" de la ordenación del descanso semanal, no aludiendo el precepto a qué fuentes de regulación pueden fijar dicho descanso semanal ([213]).

4. Llegados a este punto se plantea la duda sobre la potestad empresarial para disponer del momento del disfrute del descanso semanal. Para resolver adecuadamente esta cuestión procede diferenciar dos aspectos presentes en la ordenación legal del descanso; de un lado, la duración del descanso semanal, configurado legalmente como derecho mínimo de carácter necesario indisponible para las partes; de otro, su régimen de disfrute, que se puede ordenar flexiblemente, resultando en consecuencia disponible para las partes. Siendo esto así, debemos concluir que la regla general del art. 37 que prevé el domingo como día de descanso, es una pauta meramente indicativa, debido a la posibilidad de alterar los días de disfrute del descanso en virtud de pactos colectivos o individuales ([214]).

En conclusión, y considerando el momento de disfrute del descanso como disponible por acuerdo colectivo o pacto individual, no cabe si no aceptar que el art. 36.3 LET que nos ocupa constituye una regla permisiva que autoriza al empresario a alterar el momento de disfrute del descanso semanal de los trabajadores, sin necesidad de que exista pacto colectivo o individual. Así pues, en estos supuestos de trabajo a turnos continuo por naturaleza de la actividad de la empresa se produce deliberadamente una flexibilización en la ordenación del régimen jurídico del descanso, justificada por las particularidades de la actividad

[213] Las nuevas reglas de ordenación flexible del descanso han incidido directamente sobre el carácter necesario del descanso. En este sentido, se puede apreciar como al margen de la duración del descanso, que siempre ha tenido el carácter de derecho mínimo, indisponible e inderogable para la voluntad colectiva e individual de las partes, las nuevas posibilidades de ordenación irregular del descanso permiten la disposición de los límites inherentes a la distribución de la interrupción semanal del trabajo, LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2004, pág 108.

[214] *Ibídem, op. cit.* pág. 114. En el mismo sentido, se ha apuntado que la utilización de los días citados lo es como regla general, lo que quiere decir que admite excepciones, bien vía reglamentaria, bien por convenio colectivo o pacto entre las partes. *Vid*. GARCÍA NINET, J.I., *Ordenación del tiempo de trabajo, op. cit,*. pág. 98.

productiva ([215]). Con una consecuencia más importante como es que el poder de organización del empresario se erija en tal caso como única fuente de ordenación del descanso. Esto supone que el trabajador deba disfrutar de su descanso semanal en cualquier día de la semana, sin recibir ninguna compensación económica, toda vez que se suprime el pacto colectivo como fuente de ordenación del descanso.

III. EL RÉGIMEN DE DESCANSOS DEL TRABAJADOR NOCTURNO A TURNOS: UN DERECHO DEL TRABAJADOR CON IMPLICACIONES ORGANIZATIVAS EMPRESARIALES

1. La necesidad de establecer normas excepcionales sobre la regla general. Dificultades aplicativas del descanso diario y semanal en el trabajo a turnos y en el trabajo nocturno

1. La aplicación de la normativa general sobre el descanso diario y semanal en las empresas que organizan su actividad por equipos de trabajadores en régimen de turnos plantea, como se anticipara, no pocos problemas de aplicación práctica, especialmente en las modalidades de trabajo a turnos semicontinuo y continuo. Como es sabido, las exigencias de continuidad de la actividad productiva o de la prestación de servicios –bien las veinticuatro horas del día o bien las veinticuatro horas del días incluidos domingos y festivos, esto es, toda la semana- inciden en el derecho al descanso de los trabajadores que prestan servicios a turnos. En su organización se plantean cuestiones tales como los problemas en el relevo de los equipos de trabajadores, los cambios de turno de trabajo que podrá limitar o anular el derecho al descanso interjornadas previsto en el art. 34.3 LET o el descanso semanal si la continuidad de la

[215] Salvo que exista un límite expreso a la capacidad de contratar del empleador o un trato discriminatorio hacia otros trabajadores. Por todos, LÓPEZ CUMBRE, L., "Libertad de contratación y principio de igualdad de trato en el ámbito empresarial", en AAVV, *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2008, pág. 23.

actividad empresarial (incluidos los domingos y festivos), incide en el régimen de descanso semanal de estos trabajadores ([216]).

Exige la organización del trabajo a turnos una adaptación de la norma general sobre descansos, aplicable a cualquier trabajador como derecho indisponible. Se trata de conciliar derecho al descanso de los trabajadores con las específicas necesidades de esta modalidad de organización productiva. Para conseguirlo se opta por la previsión de un régimen especial de descansos para el trabajo a turnos. De esta forma, el régimen especial de descansos previsto para el trabajo a turnos se erige como un instrumento de flexibilización que persigue dar satisfacción a las necesidades organizativas de la empresa respetando el derecho de los trabajadores al descanso.

2. La regulación de este régimen especial se encuentra en el art. 19 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre (BOE del 26), sobre jornadas especiales de trabajo (RDJE) ([217]). Ahora bien, habiéndose aprobado este Reglamento sobre jornadas especiales con posterioridad a la Ley 11/1994 –que como es sabido incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la definición de trabajo a turnos contenida en la Directiva- conviene replantear cuál es el ámbito de aplicación del

[216] Para evitar estos problemas se aprobó ya en 1976 el RD 860/76, de 23 de abril (BOE, 29), por el que se regula la aplicación de los artículos 23 y 25 de la Ley 16/76, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, en las empresas con sistema de trabajo a turno y en el comercio. El artículo 1 establecía que en la empresas en las que se realice actividad laboral por equipos de trabajadores en régimen de turnos, y cuando así lo requiera la organización del trabajo, se podrán computar por períodos de hasta cuatro semanas los descansos de doce horas entre jornadas, y de día y medio semanal, a que se refieren los artículos veintitrés y veinticuatro de la LRL. Posteriormente, el RD 2001/83, de 28 de julio (BOE, 29), sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, preveía en su art. 6 una regulación idéntica a la establecida en el RD 860/76.

[217] Los preceptos que habilitan específicamente al Gobierno para dictar este Reglamento son el art. 34.7 y 37.1 LET. El art. 34.7 autoriza al Gobierno para establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación o duración de la jornada de trabajo y de los descansos para aquellos sectores de trabajo que por sus peculiaridades así lo requieran. Por su parte, el art. 37.1 prescribe que será de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 34 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos, para actividades concretas.

régimen especial de descansos previsto en el art. 19 del RD 1561/1995 por cuanto cabe dudar si este régimen especial deberá resultar de aplicación únicamente a las empresas organizadas con turnos abiertos o rotatorios o, por el contrario, se aplicará a cualquier empresa que tenga instaurado un régimen a turnos.

Mayoritariamente, la doctrina entiende que sólo pueden acogerse al régimen especial de descansos del art. 19 las empresas en las que se realicen actividades por equipos de trabajadores en régimen de turnos rotatorios ([218]). En consecuencia, el régimen especial de descansos aludido tendrá como ámbito subjetivo de aplicación únicamente a los trabajadores que presten servicios en un régimen a turnos rotatorios.

En efecto, la Directiva 2003/88/CE ofrece una definición de trabajo a turnos, definición que, como se advirtiera, comprende el trabajo a turnos abierto o rotatorio, esto es, aquel que implica para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas de lo largo de un período de días o semanas. La Ley 11/1994, en su transposición de la norma comunitaria, reproduce la definición europea sobre el trabajo a turnos. Por tanto, cuando el Reglamento de jornadas especiales se refiere a empresas en que se realicen actividades laborales por equipos de trabajadores en régimen de turnos, únicamente está aludiendo a aquellas con turnos rotatorios por cuanto los turnos fijos resultan exluidos de la definición legal de trabajo a turnos. Por lo demás, la aplicación del régimen

[218] La doctrina ha interpretado que por equipos de trabajadores a turnos hay que entender que se trata de turnos en el sentido del art. 36.3 LET, es decir, que se trata de lo que se conoce coloquialmente como turnos rotatorios, exigiéndose en consecuencia, que el trabajador ocupe sucesivamente el mismo puesto de trabajo en diferentes horarios a lo largo de un período de días o semanas. Queda excluida la aplicación de este régimen especial de descanso en lo que se conoce como turnos fijos, que propiamente no consisten en trabajo a turnos, ya que aunque el mismo puesto de trabajo se ocupa sucesivamente por varios trabajadores, éstos lo ocupan siempre en las mismas horas (turno fijo de mañana, de tarde) no cambiando, por tanto, de horario, *vid.* ALFONSO MELLADO, C.A. y PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 71; LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo…, op. cit.*, pág 175.

especial de descansos en el trabajo a turnos sólo tendrá lugar cuando así lo requiera la organización del trabajo. Así pues, teniendo en cuenta que la organización del trabajo en turnos rotatorios resulta más compleja que la organización en turnos fijos –es precisamente, la rotación de los horarios y los descansos la que implica que en ocasiones el trabajador no pueda disfrutar del régimen de descansos ordinario- es fácil deducir que las complicaciones organizativas se producirán en pocas ocasiones en un régimen de trabajo a turnos fijo ([219]).

3. Conviene plantear, con todo, dos cuestiones adicionales. La primera, si el régimen especial de descansos previsto en el art. 19 RDJE constituye una excepción al régimen común previsto en el Estatuto de los Trabajadores, excepción que supone una flexibilización en el régimen de disfrute de los descansos. La segunda, que la Directiva 2003/88/CE establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo y del trabajo nocturno y a turnos. En consecuencia, la Directiva no contempla el trabajo a turnos en su dimensión objetiva, como una forma de organización del trabajo en la empresa, sino en su dimensión subjetiva, otorgando una protección especial a los trabajadores a turnos rotatorios y ello por cuanto esta modalidad de trabajo tiene graves consecuencias perjudiciales en la salud de los trabajadores ([220]).

[219] Entre los argumentos a favor de la aplicación de la definición legal, con base en la excepcionalidad misma de la regulación contenida en el art. 19 RDJE frente al régimen general de descansos, se ha indicado que, al afectar a la salud de los trabajadores, hay que aplicarla con carácter restrictivo, de tal forma que no se puedan beneficiar de este régimen especial aquellos supuestos a los que no se les aplicaría el resto de las normas proteccionistas referidas al concepto legal de trabajo a turnos, CARCELÉN GARCÍA. J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática…, op. cit.,* pág 297.

[220] El artículo 12 de la Directiva prescribe que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias par que: a) los trabajadores nocturnos y los trabajadores por turnos disfruten de un nivel de protección en materia de seguridad y de salud adaptado a la naturaleza de su trabajo; b) los servicios o medios apropiados de protección y de prevención en materia de seguridad y de salud de los trabajadores nocturnos y de los trabajadores por turnos sean equivalentes a los aplicables a los demás trabajadores y estén disponibles en todo momento.

Pues bien, la interpretación según la cual el régimen especial de descansos se aplica únicamente en los supuestos de turnos de trabajo rotatorios tiene una consecuencia perversa. Y es que los trabajadores a turnos fijos disfrutarían del régimen ordinario de descansos previsto en la norma laboral mientras que a los trabajadores a turnos rotatorios –cuya salud sufre en mayor medida los efectos de la turnicidad- se les aplicaría un régimen excepcional de descansos. Pero, atendiendo a la finalidad de cada una de estas normas, la diferencia es ostensible.

Y, así, la definición objetiva de trabajo a turnos recogida en el art. 2.5 de la Directiva sirve para delimitar subjetivamente el concepto de trabajador a turnos, otorgándole unas medidas especiales en materia de protección de su seguridad y salud. Es por ello que al legislador comunitario le interesa únicamente aquella modalidad de trabajo a turnos que produce más perjuicios sobre la salud de los trabajadores, considerando que merece una especial protección el trabajador que presta servicios en la modalidad de trabajo a turnos rotativos. Sin embargo, la finalidad perseguida por el RDJE es otra bien distinta: la adaptación del marco legal general a las circunstancias particulares de ciertas actividades productivas, flexibilizando el régimen de disfrute de los descansos ([221]). En consecuencia, el art. 19 RDJE ha de aplicarse a todas las empresas que realicen actividades laborales por equipos de trabajadores en régimen de turnos, independientemente de cuál sea la modalidad de trabajo a turnos bajo la que desarrolle su actividad. Y ello es así porque la organización del trabajo a turnos presenta una problemática especial, tanto si se trata de turnos fijos o rotatorios.

Sirva de ejemplo, para finalizar este apartado, las dificultades organizativas que se plantean cuando se produce la falta de asistencia al trabajo del trabajador que tiene que relevar al que finaliza su turno provoca problemas en

[221] *Vid.* MARTÍN VALVERDE, A., "El Reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995". Propósito, contenido general, novedades", *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1995.

el relevo de los turnos, tanto si existen turnos fijos como rotatorios. En atención a lo expuesto, una posible solución a estos problemas de relevo en el trabajo a turnos sería que el trabajador que finaliza su turno continúe prestandos servicios, produciéndose un doblaje de turnos. Solución que sólo se considerará viable si se permite la reducción del descanso diario del trabajador, tal y como contempla art. 19.2 RDJE. Siendo esto así y, admitiéndose el grave transtorno organizativo que supone el relevo tanto en los turnos fijos como en los rotatorios, resulta carente de todo fundamento que una empresa con turnos rotatorios pueda aplicar el régimen especial de descanso entre jornadas mientras que dicha posibilidad resulte vedada a las empresas con turnos fiijos.

2. Los problemas organizativos que plantea la disposición del descanso semanal del trabajador nocturno a turnos

1. El citado art. 19.1 RDJE dispone que en las empresas en las que se realicen actividades por equipos de trabajadores en régimen de turnos, y cuando así lo requiera la organización del trabajo, se podrá acumular por períodos de hasta cuatro semanas el medio día del descanso semanal previsto en el art. 37.1 LET o separarlo del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana. Se trata, pues, de un precepto con un régimen especial de descanso semanal si aplicado a los trabajadores a turnos y en referencia a las empresas en las que se realicen actividades laborales por equipos de trabajadores en régimen de turnos.

Conviene precisar, por una parte, que el régimen especial de descanso semanal diseñado en el art. 19.1 RDJE constituye una excepción al régimen general del descanso semanal previsto en el art. 37.1. Se trata de un descanso mínimo de carácter necesario, de día y medio ininterrrumpido, que puede computarse semanal o bisemanalmente. Por otra parte, destaca el carácter ininterrumpido del descanso semanal que prevé el art. 37.1 LET resulta

disponible para las empresas que trabajen a turnos. Esta disponibilidad puede llevarse a cabo a través de dos mecanismos: acumulando por períodos de hasta cuatro semanas el medio día del descanso semanal previsto en el art. 37.1 LET o permitiendo la separación de ese medio día del descanso semanal del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana. Finalmente, se trata de un régimen especial que sólo podrá ser aplicado cuando así lo requiera la organización del trabajo. Constituye éste un factor "material" que justifica la adopción de un sistema excepcional ([222]). Para ello se excluye una utilización arbitraria del mismo por parte del empresario toda vez que la exigencia de una causa organizativa serviría para introducir un elemento de control judicial de las decisiones adoptadas por el empresario en esta materia. Con todo, los trabajadores podrán reclamar por inexistencia de la causa en que se ampare el empresario para introducir el régimen especial de descanso ([223])

2. Se plantean, además, dos cuestiones de enorme interés jurídico. Por un lado, la naturaleza de la norma en cuestión ya que puede tratarse de una norma imperativa o, bien al contrario, disponible por el Convenio Colectivo. De otro, se impone considerar si el régimen especial del descanso semanal para estos trabajadores dispuesto por el legislador nacional contradice la normativa euroepa contenida, básicamente, en la Directiva 2003/88/CE.

Respecto a la primera cuestión, prima la consideración de la norma como imperativa, no disponible por Convenio Colectivo. La propia naturaleza jurídica y finalidad que se atribuye al descanso semanal –proporcionar al trabajador un período semanal de descanso- obliga a alcanzar esta solución. Ello no empece que el desarrollo reglamentario dispuesto por el art. 19 RDJE se entienda

[222] *Vid.* LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo…, op. cit.* pag 175. Además, indica este autor que al ser esta causa organizativa un concepto jurídico indeterminado, deberá ser interpretado en cada caso por los órganos jurisdiccionales sociales.

[223] *Vid.* ALFONSO MELLADO, C.A, PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal…., op. cit.,* pág. 71 y 72.

contrario a la ley. En virtud del mismo, las empresas que tengan instaurado un sitema de trabajo a turnos, podrán superar el límite de catorce días para la acumulación del medio día de descanso semanal, quedando fijado este límite en cuatro semanas, límite que tiene carácter imperativo, puesto que de lo contrario se truncaría la finalidad del derecho ([224]).

Por lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, esto es, si existe una inadaptación de la legislación nacional a la comunitaria, la doctrina ha considerado que lo previsto en el art. 19.1 RDJE no contradice lo establecido en la Directiva 2003/88/CE puesto que esta última posibilita establecer excepciones en relación con el descanso semanal en su art. 17, figurando entre las excepciones posibles la relativa a los trabajadores a turnos ([225]).

En efecto, el art. 17 de la Directiva regula las excepciones al régimen general del descanso semanal previsto en el art. 5. Según este precepto los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, a las que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el art. 3. Además el art. 16 a) establece

---

[224] Aunque referido al art. 6 del RD 2001/83, de 28 jul. –que permitía computar por períodos de hasta cuatro semanas los descansos entre jornada y semanal, en las empresas que trabajasen a turnos- MONTOYA MELGAR subraya la imperatividad de la norma, criticando la doctrina judicial que ha sostenido que se trata de una "*imperatividad relativa*", como la STJ de Cantabria de 12 de junio de 1989. Esta sentencia estima legímita la "*distribución de los descansos semanales y festivos en períodos superiores al de las cuatro semanas*". Esta argumentación tiene por soporte lógico la idea del Convenio Colectivo como "*un todo orgánico e indivisible, formando un entramado unitario que no permite su fragmentación*", idea que se proyecta sobre el caso examinado en la medida en que "*la distribución de la jornada a turnos encuentra en los propios convenios que la regulan específicas contrapartidas económicas(…) cuyo aprovechamiento ha de afirmarse inseparable del íntegro régimen que retribuyen*". En su opinión, nos encontramos ante una manifestación más de la invasión por el Convenio Colectivo de ámbitos tradicionalmente reservados a la ley. *Vid*. MONTOYA MELAGAL, A., "Jornada en régimen de turnos…", *op. cit.*, pág. 155 y 156.

[225] *Vid*. ALFONSO MELLADO, C.A. y PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal…, op. cit.*, pág. 69; LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo…, op. cit.*, pág. 175.

que los Estados miembros podrán establecer para la aplicación del artículo 5 , un período de referencia que no exceda de catorce días. Siendo esto así, se impone concluir que el art. 19.1 no contradice lo establecido en la Direciva toda vez que la posibilidad de acumular el medio día de descanso en períodos de hasta cuatro semanas, se ajusta plenamente al régimen general del descanso semanal previsto en la Directiva al considerar que la aplicación del citado régimen especial contenido en el art. 19.1 RDJE garantiza a los trabajadores un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas en un período de referencia que no exceda de catorce días ([226]). No constituye, pues, este último precepto una excepción al régimen general del descanso semanal previsto en la Directiva, sino que se estima su aprobación como una necesidad para ajustar nuestro régimen especial del descanso semanal en el trabajo a turnos a lo establecido en la Directiva ([227]).

3. Por último, el análisis de este régimen especial del descanso semanal del trabajador a turnos exige precisar que la acumulación o separación del medio día de descanso semanal no podrá solaparse con el descanso entre jornadas de doce horas ([228]). De esta forma, la doctrina judicial ha interpretado que no puede computarse como medio día de descanso aquél en que se haya trabajado la jornada normal correspondiente. La calificación como medio día de descanso requiere que realmente se haya producido en dicho día una reducción de la

[226] La derogación del régimen especial de descansos en el trabajo a turnos prevista en el art. 6 del RD 1983/01 y su sustitución por el art. 19 del RDJE ha obedecido a la necesidad de transponer la Directiva 2003/88/CE a nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la posibilidad de acumular los descansos entre jornadas y semanal por períodos de hasta cuatro semanas en las empresas con trabajo a turnos impedía el disfrute de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas cada 14 días.

[227] Una parte de la doctrina considera que el actual régimen especial del descanso diario y semanal del sistema de trabajo a turnos supone, respecto de la tutela de la salud de los trabajadores, una mejora frente a aquél que se contenía en el RD 2001/83, en el que también se permitía el cómputo de estos tiempos de descanso por períodos de hasta cuatro semanas. *Vid*. FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo…, op. cit.,* pág. 102.

[228] En el mismo sentido, considera que si el trabajador disfruta separadamente el medio día de descanso semanal tendrá derecho a un reposo mínimo por un número de veinticuatro horas que garantice el disfrute conjunto del medio día del asueto semanal y el descanso diario, LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo…, op.cit.* pág. 177.

jornada que pueda entenderse como descanso del trabajador superior al normal que existe entre dos jornadas normales de trabajo ([229]).

3. El descanso interjornadas: una dificultad añadida para el trabajo a turnos nocturno

1. El art. 19.2 RDJE dispone que en las empresas en que se realicen actividades laborales por equipos de trabajadores en régimen de turnos, cuando, al cambiar el trabajador de turno de trabajo, no pueda disfrutar del descanso mínimo entre jornadas establecido en el art. 34.3 LET, se podrá reducir el mismo, en el día en que así ocurra, hasta un mínimo de siete horas, compensándose la diferencia hasta las doce horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente posteriores.

Se trata, pues, de una excepción al descanso mínimo entre jornadas previsto en el art. 34.3 LET –según este precepto entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas-. Dicha excepción constituye una transposición del art. 17.4 a) de la Directiva 2003/88/CE –en virtud de esta disposición, las actividades que requieran un trabajo por turnos, pueden establecer excepciones al descanso diario y semanal previsto en los arts. 3 y 5, cuando el trabajador cambie de equipo y no pueda disfrutar de dichos períodos de descanso entre el final de un equipo y el comienzo del siguiente-.

2. Por lo demás, la aplicación de este régimen especial del descanso entre jornadas sólo podrá llevarse a cabo cuando, al cambiar de turno, el trabajador no pueda disfrutar del descanso mínimo entre jornadas. Al igual que en el régimen especial del descanso semanal, el legislador consigna una auténtica "causa

[229] SSTSJ de Andalucía, Granada, de 27 de julio de 1990, Ar. 5738. *Vid.* ALFONSO MELLADO, C.A y PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal…*pág 70.

material" para su aplicación, que excluye una utilización arbitraria por parte del empresario. Eso sí, más restrictiva por cuanto se limita a los supuestos de cambio de turno del trabajador, mientras que para la aplicación del régimen especial del descanso semanal bastaba con que lo requiriera la organización productiva de la empresa.

Esto permitirá, entre otras consecuencias, que el empresario utilice este régimen especial del descanso diario cuando se produzca la falta de asistencia al trabajo del trabajador relevista ([230]). Esta ausencia del trabajador relevista provoca problemas en el relevo, tal y como se anticipara, que, ahora, podrán solventarse de dos formas distintas; bien a través de personal contratado expresamente para cubrir las ausencias de los trabajadores o bien o permaneciendo el trabajador que tenía que ser relevado en su puesto de trabajo.

Debe precisarse asimismo la interpretación sobre el "cambio de turno" a los efectos de la aplicación del régimen especial del descanso entre jornadas. No cabe si no admitir que se impone una interpretación restrictiva pues se trata de una excepción al régimen general del descanso entre jornadas que, como es sabido, tiene por finalidad última la recuperación física del trabajador ([231]). No es

[230] El art. 19 RDJE está pensado para los supuestos en los que el fallo en los relevos implique que un trabajador tenga que doblar el turno, el trabajador tendría que trabajar el turno siguiente, y por lo tanto un total de dieciséis horas. En estos supuestos la prolongación de la jornada diaria conlleva no poder disfrutar de las doce horas de descanso diario, por lo que dicho descanso se tiene que reducir. *Vid*. CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática…, op. cit.,* pág. 301.

[231]En el mismo sentido, se ha indicado que el art. 19.2 se limita a establecer un único supuesto que puede dar lugar a la reducción excepcional del descanso diario, cuyo restrictivo uso además ha de ir seguido de una inmediata compensación. Se trata de los supuestos en los que en virtud de un cambio de turno no se pueda disfrutar de las doce horas de descanso que prescribe el art. 34.3 LET. En tales casos, y sólo en el día que así ocurra, podrá reducirse el descanso mínimo entre jornadas hasta un mínimo de siete horas. De tan estricta regulación se deduce la imposibilidad de recurrir asiduamente a tales restricciones, y menos aun afectando sucesivamente a los mismos trabajadores *Vid*. MORÓN PRIETO, R., Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1997, págs. 9-10; LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo…, op. cit.,* pág. 50. Según este autor "*debemos interpretar esta excepción al descanso diario de manera restrictiva*,

ésta, sin embargo, la interpretación que ha prevalecido en nuestros tribunales, más proclives a utilizar una interpretación amplia del precepto al admitir que las empresas puedan organizar los turnos de trabajo y realizar la adscripción de los trabajadores a los mismos, aplicando el régimen especial del descanso diario entre jornadas ([232]).

3. Finalmente, la excepción al régimen general del descanso entre jornadas se articula a través de una reducción del mismo de cinco horas como máximo. De esta forma, se garantiza que el trabajador disfrute de un descanso entre jornadas

---

ya que su aplicación se entiende para los cambios de turno…el precepto por remisión al art. 19.1, se está refiriendo a aquellas circunstancias excepcionales que impiden la normal continuidad de los diferentes turnos de trabajo. Estamos, pues, ante supuestos de hecho puntuales y, por ende, no es un supuesto discrecional para el poder de dirección del empresario, sino que se deberá fundar en poderosas razones organizativas". También la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 16 de octubre de 2006, Ar. 2619 declara en su FºJº4º que "*si el establecimiento de un régimen de producción a turnos es el establecimiento de una organización productiva que impide el descanso mínimo legalmente establecido, aquella organización o régimen de la producción es entonces antinormativa. Antinormatividad esa cuyo fundamento material reside en la siguiente y sencilla reflexión: que la localización horaria o en el tiempo de las exigencias que surgen de la relación de especial sujeción que dimana del contrato de trabajo no puede quedar al albur de lo que en cada momento pueda decidir una de las partes del contrato, puesto que aquella localización horaria del trabajo está indefectiblemente ligada a aspectos o dimensiones de la individualidad del trabajador que constituyen núcleos esenciales de derechos fundamentales de la persona constitucionalmente consagrados (las relaciones familiares, grupales o sociales, el disfrute del descanso y del ocio, la ejecución de actividades laborales complementarias, etc.)"*

[232] En este sentido SSTSJ de la Rioja, de 23 de octubre de 1997, Ar. 3485 y STSJ de la Comunidad de Madrid, de 9 de octubre de 2009, Ar. 2922. La primera de éstas declara la validez del calendario laboral establecido por la empresa, en el que se establecen cuatro días de refuerzo de turno de mañana, debiendo realizarse estos turnos de refuerzo tras haber prestado servicios el día anterior en turno de tarde. Por su parte la STSJ de Madrid de 9 de octubre de 2009, Ar. 2922, declara la validez de la práctica empresarial consistente en asignar a los trabajadores de turno de mañana una guardia por festivo o fin de semana, sin que medie el descanso mínimo de doce horas entre jornadas. En esta ocasión argumenta el Tribunal que el trabajo en fines de semana constituye un turno independiente y que la organización de los turnos de trabajo por la empresa en el ejercicio de su libertad y poder de dirección de la actividad productiva, atendidendo a la necesidad justificada y fundada de una mejor atención personalizada a determinados clientes estratégicos durante los 365 días del año las 24 horas del día, tiene perfecta cabida en el art. 19.2 del Real Decreto, pues si bien quienes de manera rotativa y dentro de los límites temporales son asignados al turno de fin de semana no disfrutan ocasionalmente del descanso de doce horas entre jornada y jornada, aunque sí del mínimo de las siete horas, es lo cierto que compensan las diferencias, según ha acreditado suficientemente la demandada son los cuadrantes aportados, en los días sucesivos de manera automática, pues en la empresa concreta el descanso entre jornadas laborales dentro de un mismo turno es superior a las doce horas, y en definitiva, se compensa con un mayor descanso los días posteriores al cambio de turno.

de como mínimo siete horas de duración. Ahora bien, dicha reducción debe ser compensada mediante un descanso alternativo no inferior a la reducción experimentada. El disfrute de este descanso alternativo ha de realizarse, con carácter general, en los días inmediatamente siguientes. Así pues, el período de referencia establecido para compensar la reducción del descanso diario son los días inmediatamente siguientes, actuando este límite temporal como una garantía a fin de compensar el descanso ([233]). Una interpretación que plantea no pocos problemas aplicativos en las actividades recogidas en el Capítulo II del RDJE en las que se prevén, por circunstancias propias de la actividad, que contemplan descansos diarios mínimos de diez horas ([234]).

4. La posibilidad de disfrutar descansos alternativos en el trabajo a turnos nocturno. Acumulación de descansos con intervención de la negociación colectiva

1. El art. 2 del RDJE establece un régimen general de los descansos alternativos, debiendo resaltarse dos aspectos importantes del mismo. Por un lado, existe la posibilidad de que el Convenio Colectivo autorice el disfrute de los descansos alternativos, de forma acumulada a las vacaciones. También se pueden acumular las compensaciones contempladas para el medio día del descanso semanal. De esta forma, se produce una ampliación del período de referencia, no superior a doce meses, puesto que el período de cómputo de las vacaciones es anual. No obstante, esta acumulación del descanso alternativo a las vacaciones, está sometida a dos limitaciones; una, porque aunque lo autorice el Convenio Colectivo, se exige el acuerdo entre el trabajador y el empresario; otra, porque en los supuestos en los que se autoriza un descanso entre jornadas de

[233] *Vid.* LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo…*, ,*op. cit.* pág. 51.

[234] Veáse los arts. 3.2. (empleados de fincas urbanas); 4.2. (guardas y vigilantes no ferroviarios); 7.2. (actividades de temporada en hostelería); 5.3. (trabajo en el campo) y 9 (transportes), todos ellos del RDJE.

duración inferior a diez horas, la acumulación se limita a las horas que resten tras garantizar el disfrute de un descanso mínimo de diez horas ([235]).

2. Se prohíbe, por otra parte, la compensación económica de los descansos compensatorios. Esta prohibición general admite dos excepciones: la primera, en los supuestos de finalización de la relación laboral por causas distintas a las derivadas de la duración del contrato; la segunda, en el caso previsto en el art. 18 apartado c) ([236]).

Con todo, la prohibición de compensación económica de los descansos alternativos refuerza en términos generales la garantía de un descanso efectivo y tiene una especial relevancia respecto de los trabajadores sujetos a contratación temporal o de duración determinada ([237]). En estos supuestos, la aplicación del régimen especial del descanso semanal y entre jornadas en el trabajo a turnos estará condicionada a la posibilidad de disfrutar los descansos compensatorios en sus períodos de referencia, en todo caso antes de la finalización del contrato.

[235] El descanso alternativo contemplado en el art. 19.2 RDJE es un supuesto restrictivo de descanso compensatorio que no admitiría la posibilidad de acumulación de las mermas de reposo a las vacaciones laborales, ya que ello desvirtuaría la finalidad de recuperación diaria inherente al descanso. *Vid.* LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos semanales y tiempo de trabajo…*, *op. cit.* pág., 51.

[236] Este precepto regula el descanso semanal del trabajo en el mar, señalando que siempre que se garantice el disfrute de un día de descanso semanal en los términos previstos en los apartados anteriores, si así se acordara en convenio colectivo, los interesados podrán optar por la compensación en metálico, como horas extraordinarias, de hasta un máximo de la mitad de los restantes días de descanso no disfrutados.

[237] *Vid*. MORÓN PRIETO, R., "Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo…" *op. cit.*, pág. 4.

CAPÍTULO III. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO. PROBLEMAS APLICATIVOS SOBRE RETRIBUCIÓN Y DESCANSO

I. CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO NOCTURNO

1. Como es sabido, el trabajo nocturno debe tener una retribución específica que ha de determinarse en la negociación colectiva (art. 36.2 LET). Este precepto plantea varios problemas interpretativos que suscitan la necesidad de establecer las siguientes consideraciones en orden a clarificar los mismos.

2. A partir de la reforma de 1994 desaparece de la LET el incremento legal mínimo del 25% del salario base -que establecía el anterior art. 34.6 de la LET de 1980- para retribuir las horas trabajadas durante el período nocturno-. De esta forma, nos encontramos ante un supuesto que ha sido calificado por la doctrina científica como de "deslegalización amplia con efectos desreguladores"([238]). Y es que la desregulación es absoluta porque, en efecto, no se prevé en la LET un incremento mínimo para el caso de que el Convenio Colectivo no establezca nada al respecto. Sin duda, se trata de una medida flexibilizadora que pretende facilitar la prestación de servicios en horario nocturno([239])

3. Una vez que el legislador ha establecido que la retribución del trabajo nocturno debe establecerse en la negociación colectiva, cabría plantearse si se trata de la negociación colectiva en sentido amplio y, por lo tanto, se incluye a los Convenios Colectivos extraestatutarios y acuerdos de empresa, o si por el contrario, les resulta vedado a estos instrumentos colectivos la fijación de la

---

[238] *Vid*. ALFONSO MELLADO, C.A. y GARCÍA ORTEGA, *Jornada y Ordenación del tiempo de trabajo, op.cit.*, pág. 68. En el mismo sentido se ha indicado que *"la ley reconoce el derecho en abstracto, pero no entra en su regulación, dejando una suerte de vacío legal que habrá que completar o integrar necesariamente para que tal derecho resulte aplicable, pues la desregulación es absoluta*" *Vid.* GARCÍA NINET, J. I., Ordenación del tiempo de trabajo…, *op. cit*., pág. 83.

[239] ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Artículo 35", AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Granda, Comares, 1998, *op. cit.* pág 65.

retribución del trabajo nocturno. La doctrina científica ha considerado que esta retribución puede establecerse no sólo en el Convenio Colectivo estatutario, sino también, en el extraestatutario y en los acuerdos de empresa([240]).

4. También se ha de analizar analizar el papel que tiene el contrato de trabajo en la determinación de la retribución del trabajo nocturno. En este sentido, parece claro, que si el Convenio Colectivo regula la retribución del trabajo nocturno, se podría pactar en el contrato de trabajo una retribución superior a la establecida en el mismo. Ahora bien, la cuestión que se nos plantea, a continuación, es si puede el contrato de trabajo fijar esta retribución en el supuesto de que el Convenio Colectivo no establezca nada al respecto. La respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa por las varIAS razones: de un lado, porque en virtud de lo dispuesto en el art. 3.1 c) LET cuando se producen lagunas en la regulación, éstas pueden colmarse con el contrato de trabajo; de otro lado, porque como es sabido, la estructura del salario debe determinarse en la negociación colectiva o, en su defecto, en el contrato de trabajo (art. 26.3 LET) ([241]).

5. A continuación, ha de examinarse a qué se refiere el legislador cuando establece que el trabajo nocturno debe tener una retribución específica. Puesto que ha desaparecido de la LET el incremento mínimo legal del 25% del salario base, cabe preguntarse cómo debemos interpretar el término "retribución específica". En definitiva, se trata de determinar si alude a una retribución distinta a la del trabajo en horario diurno y, por consiguiente, puede ser inferior a ésta o si, por el contrario, se trata de una retribución adicional y, por tanto, debe

---

[240] GARCÍA NINET, J.I., "Ordenación de la jornada de trabajo…", *op. cit.*, pág. 84. También en estos términos se pronuncia ODRIOZOLA LANDERAS, A., La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos..., Universidad del País Vasco, *op. cit "se pueden dar como válidos todos aquellos pactos que sean producto de la negociación colectiva: acuerdos de empresa y covenios colectivos, tanto estatutarios como extratutarios, ya que si la propia norma no los excluye, no habría de hacerlo el interesado"*

[241] Vid. GARCÍA NINET, J.I, *"Ordenación de la jornada de trabajo…", op. cit.,.pág. 86;* ODRIOZOLA LANDERAS, A., *" La protección de la salud del trabajador a turnos y su problemática*…", pág. 112.

ser superior. Ha de entenderse que la interpretación más correcta es la mantenida mayoritariamente por la doctrina científica, en el sentido, de que la retribución del trabajo nocturno debe ser "adicional" o "superior" a la del trabajo prestado en horario diurno([242]). Y ello porque, al ser la finalidad del precepto compensar al trabajador los mayores perjuicios que le provoca la prestación de servicios en horario nocturno, resulta evidente que si la retribución del trabajo nocturno fuera inferior a la del trabajo diurno, no se estaría cumpliendo la finalidad que persigue el legislador al establecer esta retribución específica([243]).

6. Por último, conviene plantear una cuestión de extraordinaria importancia en la aplicación práctica de esta materia. Se trata de determinar qué sucedería si la negociación colectiva no cumpliera con el mandato legal de establecer una retribución específica para el trabajo nocturno. De una muestra amplia de Convenios examinada cabe deducir que, en numerosas ocasiones, los Convenios Colectivos no establecen ninguna cláusula que regule la retribución del trabajo efectuado en período nocturno([244]). En estos supuestos, en los que el

---

[242] *Vid*. entre otros , ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Tiempo de trabajo en la reforma laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 17-18, 1994.

[243] ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Duración del contrato, jornada…", *op. cit*, pág. 176.

[244] CC de sector Servicio de Ayuda a Domicilio (BO Comunidad Madrid 15-8-15);CC de la Residencia "Nuestra Señora de la Paz" (BOCM 9-5-15); CC de la empresa Unión de Centros Farmaceúticos, S.A-Unicefar (Centro de Trabajo Basauri) BO Bizcaia 24-2-15); IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE 30-1-14); CC del Sector "Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba, Empresas Estibadoras y Trabajadores Portuarios (BO Cantabria 5-2-02); CC del Sector Portuario del Puerto de Santander (2012-2018) (BOC 26-12-12); CC de las Empresas Consignatarias de Buques de Santa Cruz de Tenerife para el año 2015 (BO Tenerife 3-7-15) CC de Transmediterránea, S.A (personal de flota) (BOE 11-3-15);CC de la empresa Gascies, S.L (BO Pontevedra 10-10-14);CC de la sociedad de Estiba y Desestiba del puerto de Santa Cruz de Tenerife (BO Tenerife 11-11-11);CC de la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Algeciras-La Línea (BO Cádiz 10-2-09); CC de la empresa "G y J Publicaciones Internacionales, S.L" (BO Com. De Madrid 7-9-13); CC de Agfa Graphics NV (BOE 14-8-14); CC de la empresa Editorial Cantabria, SA (BOC 23-3-15); CC de Casino de la Toja, S.A (BO Pontevedra 10-2-14); CC de la empresa "Casinos Comar Madrid, SAU) (BO Comunidad de Madrid 16-8-14); CC de Gran Casino Costa Meloneras, S.A (BO Las Palmas 18-2-11); CC de la empresa Gran Casino del Sardinero, S.A (BOC 17-9-07); CC del Sector de Juego de Bingo de Valencia (BO Valencia 28-1-13); CC del sector de Comercio del Metal de Madrid (BO Com de Madrid 23-4-14); CC de la empresa Ferroatlántica S.A (BO Com de Madrid 7-2-14); I CC marco de supermercados y autoservicios de alimentación de Cataluña (DO Generalitat de Catalunya 7-3-12); CC del sector "Comercio

Convenio Colectivo no establece una retribución específica para el trabajo nocturno, cabría plantearse si puede mantenerse la existencia de un derecho del trabajador a devengar el plus de noctunidad si prestara servicios en horario nocturno. Pues bien, las respuestas ofrecidas por la doctrina científica pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) De forma casi unánime, la doctrina estima

---

del Metal de Cantabria" (BOC 9-2-10); CC de la empresa Cooperativa Farmaceútica Vascongada SCL (BO País Vasco 13-2-14); Pescados Barandica, S.A (BOC 29-5-12); CC de la empresa Mercasantander, S.A (BOC 24-12-13); CC de la empresa Ibermutuamur (BOE 28-11-08)-CC del hospital de Basurto (BO Bizkaia 17-11-08); CC de la Clínica Madrid, S.A (BOE 8-9-12); I CC de los buques del ISM (BOE 10-4-09)-CC del Grupo Pastificio (BOE 15-7-15); II CC del Grupo Rodilla (BOE 8-3-13); CC de la empresa "Renault Retail Group, S.A" (BO Com Madrid 8-11-14); CC de TTT Ejes Zumárraga (BO Gipuzkoa 14-10-14); CC del sector de automoción de Málaga (BO Málaga 26-8-14);CC de las industrias de Conservas y Salazones de pescados de Huelva (BO Huelva 4-4-14);CC de conservas y salazones de Bizkaia (BO Bizkaia 17-3-03); CC Endesa Ingeniería S.L (BOE 31-10-14); CC de la empreda Resiblock, S.L (BO Córdoba 22-7-15)-CC de la empresa Solid Block, S.L (BO Córdoba 21-7-15); CC de Urbaser S.A (BOC 23-12-08); CC de la empresa Initial Facilities Services, S.A (BOE 13-8-13);CC de la empresa fomento de construcciones y contratas (centro de trabajo de Laredo) (BOC 25-9-14); II CC sectorial de limpieza de edificios y locales (BOE 23-5-13); CC para el sector de las Industrias de Fabricación, Venta y Distribución de Pan para el período entre 1-1-2013 y el 31-12-2015 (BOC 11-12-2013); CC provincial para las industria y trabajadores de panaderías sus expendedurías e industrias de este ramo que además se dedican a la bollería (BO Guadalajara 18-3-15); CC para la actividad de Industrias de Panadería de la Comunidad Autónoma de la Rioja para los años 2007, 2008, 2009 y 2010 (BO La Rioja 20-3-08); CC de panaderías de Bizkaia (BO Bizkaia 11-2-14); CC del sector de Panadería del Principado de Asturias (BO Principado de Asturias 13-3-14); CC de la industria de panadería de Burgos (BO Burgos 19-5-00); CC de la empresa Celulosa de Asturias, S.A (BO Principado de Asturias 26-8-14); CC para la flota pesquera de la pesca de bajura de la región de Murcia (BO Región de Murcia 1-4-02); CC de pesca marítima de arrastre al fresco de Pontevendra (BO Pontevedra 3-10-97); CC de pesca marítima de arrastre el fresco de A Coruña (BO A Coruña 29-6-98); CC de pesca marítima de arrastre al fresco de Cádiz (BO Cádiz 30-7-90)-CC del Sector de Pesca de Arrastre al fresco de Bizkaia (BO Bizkaia 20-2-13);CC de la Cofradía de pescadores de Fisterra (DO Galicia 13-12-05);CC de la empresa Auxiliar Conservera, S.A (BO Pontevedra 31-10-12); CC de la empresa Servimedia, S.A (BOCM 4-1-14);CC de la empresa Prensa Diaria Aragonesa, S.A (BO Zaragoza 8-4-14); CC de Gestión de Publicaciones y Publicidad, S.L (BOE 6-8-12); CC del grupo 20 Minutos, S.L (BOE 23-04-14)-CC nacional de prensa no diaria (BOE 23-12-13); CC de la empresa Asociación de la Prensa de Madrid (BOCM 16-7-09); CC de la empresa Veripack embalajes, SLU para los años 2014-2015 (BO Barcelona 26-8-14); CC de la empresa Repsol Exploración, S.A (BOCM 1-11-14); CC de la empresa Fuchs Lubricantes, SAU para los años 2013-2014 (BO Barcelona 2-4-14); CC de la empresa Lignotech Ibérica, SA para el año 2013 (BOC 22-6-15); CC para la industria Jabonera Lina, S.A (BO Región de Murcia 9-5-12); CC de la empresa Pfizer Consumer Healthcare (BOE 12-4-07); CC de la empresa Derivados del Flúor, S.A (BOC 8-8-13); CC de la empresa Cepsa Comercial Petróleo, S.A (BOE 7-2-14); CC de la empresa "Cepsa Química, S.A" (BOCM 15-8-14)-CC de la empresa Badrinas, S.A (BO Barcelona 9-9-15); CC de la empresa Bunge Ibérica, S.A (BO Barcelona 24-11-14); CC de la empresa Abrasivos Manhattan, S.A (BO Territorio Histórico de Alava 8-4-15); CC de la empresa Aspla Plásticos Españoles, S.A para el período comprendido entre el 1-3-14 y el 28-2-17 (BOC 30-7-14); CC de la empresa Radio Coruña, S.L (BO A Coruña 1-10-14); CC de la empresa Canpre, S.A para el período 2015-2017.

que si el Convenio Colectivo no cumple con el mandato legal, existiría una laguna legal, y por tanto, no se podría exigir ningún tipo de complemento o retribución por nocturnidad. El art. 36.2 es una norma sin contenido regulador real que no garantiza nada, remitiendo en todo caso a lo que se pueda pactar y si nada se pacta, nada concede al trabajador([245]); b) No obstante,algunos autores se pronuncian en contra de esta tesis y consideran que "el art. 36.2 es una norma mínima o inderogable in peius y en consecuencia la relación que establece con los instrumentos que pueden desarrollarlo es de suplementariedad". De esta forma, entienden, que si no se estableciera una retribución específica en el Convenio Colectivo, el trabajador afectado podría plantear un conflicto que podría dirimirse en el seno del correspondiente órgano de composición autónoma de controversia, mediante un posible procedimiento de negociación, o incluso ante los tribunales ([246]).

II. DEVENGO DEL PLUS DE NOCTURNIDAD

1. Del derecho necesario imperativo al derecho dispositivo

1. En atención a lo expuesto en anteriores epígrafes de este estudio, con anterioridad a la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994, las horas trabajadas durante el período comprendido entre las 22:00 y las 6:00 horas debían abonarse, con una retribución específica incrementada, como mínimo, en un 25% del salario base (art. 34.6 de la LET de 1980). Se trataba, en definitiva, de retribuir con un mayor incremento salarial la prestación de servicios en

[245] Por todos, ALFONSO MELLADO, C.L., "Salarios y negociación colectiva", AAVV, *Estudios sobre el salario*, Albacete, Bomarzo, 2004, pág. 17; GARCIA NINET, J.I "Ordenación de la jornada de trabajo…", *op. cit*., pág. 84; ALARCÓN CARACUEL, M. R., "Tiempo de trabajo…", *op. cit*., pág. 22. Este último autor sostiene que ni siquiera está seguro de que pudiera prosperar una acción de impugnación del Convenio Colectivo por conculcar la legalidad vigente pese a que, en su opinión, sería un caso evidente de tal conculcación.

[246] LLOMPART BENNÁSSAR, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, Madrid, La Ley, 2007, pág 413; ODRIOZOLA LANDERAS, A., *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos…*, *op. cit*., pág. 112.

horario nocturno, toda vez que este tipo de trabajos comportaba una serie de perjuicios para quienes lo realizaban. De esta forma, el derecho a percibir o devengar este incremento salarial, habitualmente denominado complemento o plus de nocturnidad, constituía un mínimo de derecho necesario, indisponible para la negociación colectiva, tanto en lo relativo a la determinación de la cuantía del complemento de nocturnidad como respecto a los requisitos establecidos para tener derecho al devengo del citado plus, que no eran otros que prestar servicios durante las horas comprendidas entre las 22:00 y las 6:00 horas.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, la regulación del complemento de nocturnidad ha pasado de ser una norma de derecho necesario relativo a una materia de derecho dispositivo, de tal forma que el art. 36.2 encomienda a la negociación colectiva la fijación de una retribución específica para el trabajo nocturno. Suprimido el incremento retributivo obligatorio de al menos el 25% del salario base para las horas trabajadas entre las diez y las seis de la mañana (antiguo art. 34.6 de la LET de 1980), las partes negociadoras del Convenio Colectivo tienen libertad para determinar no sólo la cuantía del plus de nocturnidad sino también el régimen retributivo del trabajo nocturno que consideren oportuno.

2. Pues bien, centrándonos en el devengo del plus de nocturnidad, cabe plantearse si la definición de trabajo nocturno ofrecida por la LET –se considera trabajo nocturno el realizado entre las 22:00 y las 6:00 horas (art. 36.1 LET)- constituye una norma de derecho necesario relativo o una norma de derecho dispositivo a los efectos del devengo del plus de nocturnidad, o dicho en otros términos, la cuestión a dilucidar es si las partes negociadoras del Convenio Colectivo pueden reducir o modificar los límites cronológicos de la nocturnidad laboral a la hora de regular el abono del citado plus. Pues bien, dicho esto, conviene aclarar o diferenciar dos aspectos o cuestiones distintas dentro del concepto de nocturnidad laboral: de un lado, la duración de la nocturnidad y de

otro, los límites cronológicos de la misma. En este sentido, respecto a la duración de la nocturnidad, el concepto de trabajo nocturno ofrecido por el legislador se configuraría como una norma de derecho dispositivo relativo. De esta forma, los Convenios Colectivos podrían ampliar la duración del período nocturno, pero nunca reducirlo. Sin embargo, los límites cronológicos de la nocturnidad serían indisponibles para las partes al configurarse como una regla de derecho necesario absoluto([247])

Tal y como ha señalado la doctrina ([248]), el período de nocturnidad presenta una doble naturaleza, que se corresponde con el contenido igualmente dual de la definición del trabajo nocturno. De esta forma, respecto a la duración de la nocturnidad, se configura como una norma de derecho necesario relativo. En consecuencia, el Convenio Colectivo o el contrato de trabajo podrían ampliar la duración del período nocturno, pero nunca reducirlo ([249]). Sin embargo, la

[247] En este sentido, *vid*. VALDÉS DAL-RÉ, F., "Jornada laboral y horarios de trabajo…", op. cit, pág. 233.

[248] Ibídem, pág. 234

[249] De 22:00 a 7:00: Art. 41 del VI CC Marco Estatal de Servicios de Atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 18-5-12) ; Art. 23 del CC de la Fundación Carmen Arias (BO. Ciudad Real 21-4-14); Art. 22 del CC de la empresa mixta Mercados Centrales de Abastecimientos de Madrid, S.A (BO. Comunidad de Madrid 10-3-12); Art. 19 de la empresa Laboratorios Rayt (BO. Barcelona 9-9-15); Art. 36 del CC de la empresa "Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A (BO Comunidad de Madrid 21-12-13); Art. 20 del II CC de la Corporación RTVE (BOE 30-1-14); Art. 8 del II CC de la empresa Euskaltel, S.A (BO. País Vasco 13-5-11); De 22:00 a 8:00 el art. 14 del CC de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (BOE 13-9-14); art. 15 del CC de Eulen Sociosanitarios, S.A (BO. Gipuzkoa 14-3-14); Art. 22 de Residencias de personas mayores de Guipuzkoa (BO Gipuzkoa 17-3-11); Art.18 del CC de la Residencia Nuestra Señora de la Merced de Soraluce (BO Gipuzkoa 2-10-15;CC de la empresa pública de Emergencias Sanitarias (BO. Junta de Andalucía 26-12-07); CC del grupo hospitalario Quirón S.A y Grupo Hospitalario Servicios S.L (BO. Gipuzkoa 13-1-15); Art. 16 del CC de la entidad hospitalaria Nuestra Señora de la Caridad de Tafalla (BO. Navarra 16-2-15); Art. 30 del CC de Hostelería y Similares del Principado de Asturias (BO Principado de Asturias 11-2-09); De 20:00 a 8:00 Art. 10 del CC del sector de "Estibadores Portuarios del Puerto de Ibiza" (BO. Illes Balears 13-9-05); Art. 25 del CC de Limpieza Pública Viaria de Gipuzkoa para 2012-2015 (BO Gipuzkoa 26-7-13); Art. 24.5 de la empresa Clece (Centro del Hospital Príncipe de Asturias) (BO. Comunidad de Madrid 4-10-14): De 21:00 a 6:00 el art. 20 del CC del Servicio de recogida de basuras, limpieza viaria y eliminación de las mismas del Ayuntamiento de Bilbao (BO. Bizkaia 28-3-14).

delimitación de los límites cronológicos de la nocturnidad (de diez de la noche a seis de la mañana) se configura como una regla de derecho necesario absoluto. En consecuencia, le resulta vedado al Convenio Colectivo y al contrato individual el traslado de los límites cronólogicos de la nocturnidad, aunque se respete la duración del período nocturno. Por lo que, de ser así, cabría plantear la dudosa legalidad de numerosas cláusulas convencionales que modifican la franja horaria de nocturnidad ([250]).

3. Parece evidente, que una vez que el legisaldor ha suprimido el incremento legal mínimo para la retribución del trabajo nocturno, las partes negociadoras del Convenio Colectivo tienen libertad para determinar esta cuantía. Ahora bien, admitida la disponibilidad del Convenio Colectivo para determinar la cuantía del plus de nocturnidad, conviene cuestionar si el Convenio Colectivo también puede establecer condiciones o requisitos para devengar o tener derecho a percibir el plus, esto es, si pueden las partes negociadoras exigir que se realice un determinado número de horas nocturnas para tener derecho a percibir el complemento. De forma casi unánime, la doctrina científica entiende que cabe dudar de la legalidad de estas cláusulas que excluyen la percepción del plus si no se trabaja un determinado número de horas en período nocturno ([251]).

[250] Convenios Colectivos que modifican la franja horaria del período nocturno a efectos retributivos: De 24:00 horas a la hora de cierre el Art. 25 del CC de la empresa de Bingos y juegos de Valencia, S.A (BO Valencia 7-6-12); De 23:00 a 7:00 horas el art. 12 del CC de la empresa Sporting Club Casino de A Coruña (BO A Coruña 22-8-13); De 22:00 a 5:00 horas el CC estatal de estaciones de servicio 2010-2015 (BOE 3-10-13(Llompart pág. 419. Gárate Castro " En torno a la configuración jurisprudencial del plus de nocturnidad", en REDT, núm 7, 1981, págs.. 387 y 388. En sentido contrario Costa Reyes, A "La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva" Relaciones Laborales nº 7, 1999, pág, 423.); De 22:00 a 5:00 horas el CC de la empresa "Grupo Hostelero Diversia, S.L" (BO. Comunidad de Madrid 25-4-15); De 24:00 a 6:00 el art. 20 del CC de KFC Restaurants Spain, S.L (BOE 6-6-14); De 24:00 a 8:00 el art. 29 de la empresa McDonald´s (BO. Comunidad de Madrid 22-3-14) y el art. 18 del CC del sector de Hospedaje de la Comunidad de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 22-3-14); A partir de las 24:00 horas el art. 22 del CC de Hostelería de Las Palmas (BO. Las Palmas 1-2-13); De 23:00 a 6:00 el CC de la empresa Multicanal Iberia, SLU para los años 2011-2014 (BO. Barcelona 22-2-13).

[251] LLOMPART BENNÁSSAR, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía.., op. cit.*, pág. 419. GÁRATE CASTRO, F.J., "En torno a la configuración jurisprudencial del plus de nocturnidad", *REDT*, núm. 7, 1981, págs. 387-388. En sentido contrario, COSTA REYES, A.,

No obstante, algún autor considera que " no existe problema para que la negociación colectiva exija un cierto número de horas para poder obtener el plus de nocturnidad, pues si el legislador ha remitido a la negociación colectiva todo lo relativo a esta partida, aquélla podrá o no fijar y establecer condiciones, requisitos, excepciones, etc., para su percepción como de hecho ocurre" ([252]).

Este tipo de cláusulas parecen ser la reproducción de una confusa interpretación del art 36.1 que establece que: "se considerará trabajador nocturno a aquél que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual". Este precepto fue interpretado en el sentido de que no debía abonarse el plus de nocturnidad a aquéllos trabajadores que no trabajasen de forma habitual de noche más de tres horas o un tercio de su jornada.

Pues bien, la cuestión quedó resuelta por la doctrina unificada del Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 1 de diciembre de 1997, Ar. 8921, estableció claramente la distinción entre el período nocturno y trabajador nocturno: "Y es que una cosa es el trabajo nocturno y su retribución y otra la calificación del

---

"La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, núm. 7, 1999, pág. 46.

[252] Procede destacar que, entre la muestra de Convenios Colectivos, únicamente se recurría a este tipo de cláusulas en seis de ellos: el art. 34 del V CC de Residencias Privadas de la Tercera Edad de Castilla-La Mancha (BO. Castilla-La Mancha 10-8-06): este precepto considera trabajo nocturno todo aquel no inferior a cuatro horas que se realicen en el período comprendido entre las 22 y las 8; el art. 15 del CC de la empresa Gráficas de Prensa Diaria, SAU para el período 18-4-13 a 17-4-15 (BO. Barcelona 7-3-14): se establece un plus de nocturnidad que sólo percibirá el personal que realice su jornada mayoritariamente en período nocturno; art. 26 del CC de la empresa "Diario AS, S.L" (BO. Comunidad de Madrid 6-12-14): percibirá el complemento de nocturnidad el personal que realice normalmente una parte no inferior a 3 horas de forma continua durante el horario comprendido entre las 22:00 y las 6:00; Anexo VI del CC de la empresa "Columbian Carbón Spain, S.L" (BO. Cantabria 4-2-13): en caso de trabajo desde las 22:00 a las 6:00 horas el trabajador percibirá el plus de nocturnidad si trabaja más de cuatro horas de trabajo efectivo entre dichas horas.

trabajador como nocturno, calificación que se hace, como de la literalidad del párrafo tercero del artículo 36-1 del Estatuto de los Trabajadores se deriva, a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, esto es a los solos efectos de determinar la jornada laboral máxima de los trabajadores nocturnos y de prohibir que estos trabajadores puedan realizar horas extras.

La retribución especial del trabajo nocturno, motivada por su mayor penosidad, se regula en el art. 36.2 LET, donde la retribución no se condiciona al hecho de ser trabajador nocturno, sino a la circunstancia de trabajar en horas nocturnas, sin que esa retribución se pueda excluir por razones distintas a las que el precepto contempla, esto es que exista descanso compensatorio o que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, lo que supone que su retribución ya contempla la mayor penosidad del trabajo nocturno" (FJ 2). En definitiva, la ley señala de forma nítida que el trabajo realizado durante el período nocturno tendrá una retribución específica, siendo incorrecta la interpretación que conduce a excluir el abono del plus a todos aquellos trabajadores que, a pesar de prestar servicios en horas calificadas como nocturnas, no son trabajadores nocturnos.

En idéntica medida, los Tribunales Superiores de Justicia se han planteado si el Convenio Colectivo puede establecer quién reúne las condiciones para cobrar el plus de nocturnidad y quién no, resolviendo que la contestación necesariamente ha de ser negativa: "El Estatuto de los Trabajadores precisa en su artículo 3 que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan, en primer lugar, por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, y después por los Convenios Colectivos, que también deben respetar las leyes, según el artículo 85 de la propia Ley Estatutaria, y ese orden jerárquico ha de ser respetado, sin que tal conclusión suponga el desconocimiento del derecho a la negociación colectiva laboral, así como de la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos, garantizados por la Constitución en su artículo 37.1,

porque cada una de estas fuentes tiene su propio campo de actuación. La fuerza vinculante que para la empresa o empresario y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia tienen los Convenios Colectivos (artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores) se extiende a todos aquellos aspectos de la relación laboral en que existe "disponibilidad" de derechos de los trabajadores y no afectan, por tanto, a normas imperativas o coercitivas de prohibida renuncia (STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 27 de noviembre de 1998, Ar. 4752, FJ 3).

No faltan, sin embargo, pronunciamientos contrarios, en el sentido de entender que "la supresión de la obligación legal –establecida en el anterior art. 34.6- de mínimo necesario, es lo que permite a los convenios colectivos, negociados con posterioridad a la reforma, regular con toda libertad el trabajo nocturno a los efectos de posible devengo de complemento salarial por tal causa, y ello tanto a qué considerar trabajo nocturno (u horas que comprende), como a la cuantía de la retribución, que no exige incremento alguno" (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de abril de 1998, Ar. 4321, FJ 1).

4. Pese a todo, el análisis efectuado sobre una amplia muestra de Convenios Colectivos revela que buena parte de ellos introducen cláusulas que excluyen el percibo del plus de nocturnidad si no se cumplen determinados requisitos. En este sentido encontramos Convenios Colectivos que excluyen el abono del plus cuando no se realiza más de una hora nocturna ([253]). Asimismo, Convenios Colectivos que no abonan el plus de nocturnidad a grupos específicos

[253] En este sentido, art. 21 del CC de la empresa Editorial Prensa Asturiana (BO Principado de Asturias 11-8-14); art. 20 del CC de Metalocaucho (BO Gipuzkoa 13-2-15); art. 20 del CC de Diario de Cádiz, S.L y Diario de Jerez, S.A (BO. Cádiz 30-4-15); Art. 18 del CC de la empresa Diario El Correo, S.A.U para los años 2015-2017 (BO. País Vasco 13-5-15) y art. 19 del CC de la "Voz de Galicia, S.A" (BOE 12-3-12).

de trabajadores como el personal de vigilancia y conserje de noche ([254]). También Convenios Colectivos que no abonan el plus de nocturnidad a aquellos trabajadores contratados para trabajar de noche ([255]). Y una serie de cláusulas que excluyen la percepción del plus de nocturnidad por diferentes motivos ([256]).

[254] Art. 28 del CC del Sector de Hostelería de Navarra (BO Navarra 8-4-14). Este precepto establece que el plus de nocturnidad no será aplicable a los puestos de trabajo del conserje de noche o vigilante nocturno, dado que su salario se ha establecido atendiendo a la naturaleza nocturna del puesto de trabajo fijándose un complemento mensual de nocturnidad, que será para el conserje de noche de 75 euros y para el vigilante de 64; Art. 20 del CC de la empresa Metalocaucho (BO Gipuzkoa 13-2-15): queda exceptuado del cobro de la bonificación por trabajo nocturno, el personal vigilante de noche, porteros, y sereno, que hubieran sido contratados para realizar su función durante el período nocturno expresamente.

[255]Art. 23 del CC Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017 (BOE 3-7-15) señala que "*no se devenga el complemento funcional de nocturnidad en los supuestos de contrataciones específicas para esta modalidad de tipo de trabajo nocturno, que se regirá por las condiciones específicas pactadas con el propio trabajador, incluyendo su retribución y esta incluya, como mínimo, la compensación recogida en el complemento de nocturnidad o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos. Los trabajadores que presten servicios en este horario nocturno tendrán asignado un complemento de nocturnidad, salvo que su salario se haya establecido atendiendo a que su trabajo sea nocturno e incluya, como mínimo, la compensación recogida en este artículo*". Art. 23 del CC del Sector de Geriátricos Privados (BO Principado de Asturias 26-2-05): exclusión del pago del plus de nocturnidad cuando la categoría profesional que se ostente implique, para la realización de sus funciones, trabajo exclusivamente nocturno. Art. 44 del CC básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (BOE 26-12-14) que excluye de la percepción de este plus los trabajadores que hayan sido contratados expresamente para trabajos nocturnos. En el mismo sentido, art. 17 CC de la entidad Ultracongelados Virto S.A de Funes (BO Navarra 11-4-13); Art. 5 del CC de la empresa International Contract Molding España, SL (BO Navarra 11-5-15): Los trabajadores que presten servicios en período nocturno, salvo aquellos que hubieran sido contratados específicamente para tal fin, percibirán un complemento por cada hora nocturna equivalente al 25% del precio hora del salario base.

[256] Así, el Convenio Colectivo de Oficinas de Farmacia de Gipuzkoa (BO. Gipuzkoa 9-8-00) establece en su artículo 10 que la retribución del trabajo atendiendo a la naturaleza e intensidad, será la misma que la establecida para el trabajo diurno. A continuación señala que la retribución de las horas realizadas durante los servicios de urgencia (desde las 22 y las 9) puede ser acordada por las dos partes y de común acuerdo en cada centro de trabajo. Por su parte, el Convenio Colectivo de Artes Gráficas, Manipulados de papel, Manipulados de cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 15-7-15) en cuyo art. 7.3 recoge un complemento de nocturnidad del 25% del salario base, para los trabajadores que, de modo continuo o periódicamente, presten servicios en turnos comprendidos entre las 22 y las 6 horas; este complemento no se abonará en aquellas actividades en que únicamente se trabaje en período nocturnos. En el mismo sentido CC de Artes Gráficas-Papel y Cartón para los años 2013-2015 (BO Gipuzkoa 26-9-14). En el mismo sentido, art. 38 del CC de la empresa "Tetra Pak Envases, S.A (BO. Comunidad de Madrid 25-4-15) indicando que los trabajadores que de modo continuo o periódicamente presten sus servicios en turnos comprendidos entre las 22 y las 6 horas tendrán derecho a percibir el 50% sobre el salario base establecido en este CC; Art. 20 CC de Diario de Cádiz, S.L y Diario de Jerez, S.A (BO. Cádiz 30-4-15); Art. 29 del CC de la empresa La Vanguardia Ediciones, SLU (BOE 4-7-12). O el art. 7 del Convenio Colectivo de la empresa Imerys Diatomita Alicante, S.A (BOE 19-8-15) y art. 15 del CC de la entidad Grupo

5. Por otro lado, lo que no plantea ninguna duda es que los Convenios Colectivos pueden establecer cláusulas por las que el trabajador tiene derecho de percibir el plus como si hubiese trabajado toda la jornada en período nocturno, cuando se trabajan tres, cuatro o más horas en el período comprendido entre las diez y las seis de la mañana ([257]).

2. Sobre la naturaleza jurídica y el carácter no consolidable del plus de nocturnidad

2.1. Razones que impiden la consolidación del plus de nocturnidad ante el cambio de puesto de trabajo

1. La finalidad o *ratio legis* del plus de nocturnidad es compensar económicamente al trabajador las molestias y trastornos de tipo personal y familiar, así como en el ámbito de sus relaciones sociales, al tener que trabajar en horas intempestivas como son las nocturnas. La doctrina judicial viene reiterando que la mayor retribución del trabajo nocturno fue establecidada y tiene su razón

---

Fromageries Bel España, S.L (BO Navarra 10-8-14) que retribuye con el plus de nocturnidad únicamente a los trabajadores que prestan servicios en el turno de noche.

[257] I CC de trabajo de los hospitales de agudos, centros de atención primaria, centros sociosanitarios y centros de salud mental, concertados con el Servicio Catalán de la Salud (DO Generalitat de Catalunya 29-7-15). Art. 30: el personal adscrito al turno de noche que realice más de la mitad de su jornada en horario nocturno percibirá el plus de nocturnidad por la totalidad de las horas trabajadas desde el inicio hasta la finalización de su turno; CC del Sector de Hospedaje de la Comunidad de Madrid (BO Com Madrid 22-3-14). Art. 18: En caso de que un trabajador preste sus servicios cinco o más horas en el período comprendido entre las 22 y las 8 del día ss, se considerará toda la jornada nocturna a efectos de percibir el complemento de nocturnidad; CC del sector de Hostelería y Actividades Turísticas de Madrid (BOCM 3-3-12). Art. 29: en caso de que un trabajador preste sus servicios 5 o más horas en el período comprendido entre las 22 y las 8, se considerará toda la jornada nocturna a efectos de percibir el PN; CC del sector de limpieza de edificios y locales de Cataluña (DO Generalitat de Catalunya 22-2-12) Art.70: Si las horas trabajadas durante el período nocturno son cuatro o más se abonará el complemento como si de la totalidad de la jornada se hubiera realizado en período nocturno; CC de sector de limpieza de edificios y locales de Tarragona (DO Generalitat de Calalunya 25-8-04). Art. 31. Si las horas fueran más de 4, hasta un máximo de 8, se percibirá el plus íntegramente, como si se hubiese trabajado toda la jornada nocturna; CC de la empresa La Vanguardia Ediciones, S.L.U (BOE 4-7-12). Art. 29: Si el tiempo trabajado en período nocturno fuera superior a tres horas, se abonará el PN como si hubiera trabajado la jornada completa. Si fuera inferior a tres horas, se abonará la cantidad que corresponda proporcionalmente al tiempo trabajado.

de ser, en la mayor penosidad que objetivamente tiene este tipo de trabajo. Su finalidad no es otra que la de compensar al trabajador de los trastornos e incomodidades que le ocasionan el trabajo nocturno (STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2002, Ar.4241, FJ 5).

Y, así, el plus de nocturnidad tendrá como principal finalidad la de resarcir el desgaste físico, las molestias familiares y sociales que la vigilia laboral comportan, esto es, trabajar en todo o en parte entre las 22 horas y las 6 horas (STSJ Andalucía, Málaga, 31 de octubre de 2002, Ar. 1040 FJ 2). Esta mayor penosidad motivaría, como se expusiera, el surgimiento histórico de la legislación laboral para la protección de mujeres y menores.

2. Constituye el plus de nocturnidad un complemento salarial de puesto de trabajo y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto de trabajo asignado, dada su índole funcional y su carácter no consolidable (STS 15 de septiembre de 1995, Ar. 6778, FJ 3). "El que trabaje dentro de las horas comprendidas en el período de nocturnidad, percibirá el complemento por las horas que trabaje. Porque una cosa es el período nocturno y otra distinta el número de horas que se trabaje durante ese período. El plus de nocturnidad –complemento funcional, de puesto de trabajo y no consolidable- no retribuye una jornada nocturna, sino las horas trabajadas durante el período legalmente calificado como nocturno. Y eso era así en el artículo 23 LRL de 8 de abril de 1976, en el artículo 34.6 LET de 1980 y en el artículo 36.1 del propio Estatuto reformado por la Ley 11/1994, pues en ellos se decía que se pagaba el plus por "las horas trabajadas durante el período comprendido entre las diez y las seis...", y se sigue diciendo en el vigente artículo 36.1, aunque diga en el párrafo tercero que "para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará trabajador nocturno...", esto es para el promedio de jornada de trabajo y para la prohibición a los trabajadores nocturnos de hacer horas extraordinarias" (STS 1 de diciembre de 1997, Ar. 8921, FJ 1).

Los complementos salariales de puesto de trabajo no tienen carácter consolidable salvo pacto en contrario (art. 26.3 LET). Por consiguiente, el trabajador sólo percibirá el plus de nocturnidad cuando haya efectiva prestación de servicios en período nocturno. No obstante, se trata de una regla general que puede ser excepcionada por los convenios colectivos, acuerdos de empresa o pactos individuales ([258]). De esta forma, se reconoce el abono del PN en las jornadas en las que no se presta servicio dentro del horario nocturno cuando así venga establecido en el convenio colectivo, pues lo contrario privaría de contenido la capacidad de los legitimados para negociar los Convenio Colectivos (STSJ Andalucía, Málaga, de 31 de octubre de 2002, Ar. 1040 FJ 2). Por su parte, la STSJ Comunidad Valenciana de 27 de enero de 2004, Ar. 110890, FJ 4 reconoce el abono del PN durante el período formativo desarrollado en horario diurno puesto que así se había establecido en un acuerdo entre empresa y trabajador. Por lo demás, la continuidad en la percepción del plus aun cuando no se trabaje efectivamente en turno de noche, se revela como una excepción a la normal correlación entre trabajo efectivo y abono del plus, por lo que debe ser interpretada sin desbordarla ni llevarla a supuestos no comprendidos en aquélla...las excepciones al apartarse de la naturaleza del plus, no pueden alcanzar una extensión que vaya más allá de lo realmente querido por las partes; sin que, como señala el artículo 1283 Cc, puedan entenderse comprendidos, cualquiera que sea la generalidad de los términos empleados, cosas distintas y casos diferentes a aquellos sobre lo que los interesados se propusieron convenir (STSJ Andalucía, Sevilla de 4 de febrero de 1999, Ar. 942 FJ 2).

2.2. Especial referencia a los supuestos de movilidad funcional

1. Por su parte, el art. 39 LET regula la movilidad funcional y prescribe en el párrafo 3º que el trabajador tendrá derecho, en estos supuestos, a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de

[258] GONZÁLEZ POSADA, E., "Ordenación del salario", AAVV, *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, pág 221.

encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. Así pues, parece evidente que cuando la movilidad funcional es ascendente los trabajadores dejarían de percibir el plus de nocturnidad si el nuevo puesto no implicara la prestación de servicios en horario nocturno. Esto es así, porque el precepto señala claramente que "el trabajador tendrá derecho a la retribuión correspondiente a las funciones que efectivamente realice".

2. Cuando la movilidad funcional es descendente y el trabajador pasa a desempeñar funciones inferiores, el art. 39.3 LET señala que deben mantenerse las retribuciones de origen. En este sentido, la jurisprudencia ha tenido ocasión de interpretar el alcance y contenido de la garantía salarial establecida en este precepto y ha considerado que la misma "no alcanza a los complementos del puesto de trabajo debido a que estos complementos no constituyen propiamente retribución salarial del trabajo ordinario sino retribuciones específicas vinculadas a circunstancias concretas e individualizadas de las retribuciones que, por estar ligadas a las características de un determinado puesto de trabajo, no son consolidables y no se incorporan a este "status" profesional del trabajador, percibiéndose cuando se desarrollan las actividades que dan lugar a las mismas o cuando una garantía específica asegura su mantenimiento" (SSTS 7 de julio de 1999 Ar. 6797, FJ 1 y 25 feb. 1999, Ar. 2021, FJ 3). Además, esta jurisprudencia considera que "la posibilidad de garantizar mediante convenio colectivo los pluses de puesto de trabajo en caso de movilidad funcional, ha de hacerse de manera clara e inequívoca, pues las excepciones deben interpretarse restrictivamente y las cláusulas equívocas deben interpretarse según el art. 1286 Cc en el sentido más acorde a la naturaleza objeto del contrato, y siendo el contrato de carácter sinalagmático es claro que las retribuciones asignadas a determinadas circunstancias concurrentes en la prestación de trabajo no deben abonarse cuando estas circunstancias son inexistentes" (FJ 2).

Por esta razón, y siguiendo esta jurisprudencia, la doctrina judicial ha considerado que el trabajador afectado por un movilidad funcional derivada de

incapacidad no tiene derecho a devengar el complemento de nocturnidad, aunque el Convenio Colectivo prescriba que en estos supuestos debe abonarse al trabajador las retribuciones medias que viniera percibienddo (STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de julio de 2008, Ar. 5543). Esta sentencia entiende "que tal precepto no comprende en su tenor literal a los complementos de puesto de trabajo que, como el complemento de nocturnidad, se devengan por el trabajo efectivamente realizado en determinadas circunstancias o condiciones, siendo necesario para que uno de estos complementos quede comprendido en una garantía de este tipo que se establezca de forma inequívoca y clara". En el mismo sentido, se pronunicia la STSJ Castilla-León de 27 de febrero de 2001, Ar. 149317. En este supuesto, el trabajador al cambiar de puesto dejó de percibir los complementos de turnicidad, nocturnidad y atención continuada. El art. 13 del Convenio Colectivo que resultaba de aplicación señalaba que "la movilidad funcional en el seno de la empresa se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, así como de sus derechos económicos y profesionales". Al interpretar el alcance de esta cláusula conveniconal el Tribunal consideró que "por derechos económicos ha de entenderse los referidos a los inherentes a la categoría profesional ostentada, o demás de naturaleza personal, sin incluir aquellos que sólo se justifican en función de la especial penosidad, dedicación o sujeción que entrañan determinados puestos de trabajo, pues en estos casos la desaparición de las especiales circunstancias que justifican su devengo determina carezca de base el devengo de unas cantidades que tienden a compensar un modo determinado de trabajar que ya no se produce, y que, en consecuencia, no debe compensar (FJ 4)".

De forma casi unánime, la doctrina cinentífica siguie el criterio mantenido por la jurisprudencia ([259]). Sin embargo, algunos autores ([260]) consideran que

[259] ODRIOZOLA LANDERAS, A., *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos…*, *op. cit.*, pág. 315.

cuando el legislador establece para la movilidad funcional descendente el mantenimiento de las regribuciones de origen, no sólo está generando una excepción a la regla general del propio art. 39.3 ET. –en el sentido de que el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice-, sino también a la regla, igualmente de alcance general, del art. 26.3 ET (carácter no consolidable de los complementos de puestos de trabajo). Además, tesis cuenta a su favor con la actual dicción legal de la regulación de la movilidad por maternidad, en la que el legislador cuando garantiza la retribución de origen se cuida bien de referirse expresamente "al conjunto de retribuciones de su puesto de origen". Las combinaciones judiciales en cuanto a la posibilidad de obtener, compatibilizar y compensar complementos ha sido expuesta con precisión por la doctrina ([261]).

2.3. Excepciones al carácter no consolidable del plus de nocturnidad

Como hemos señalado anteriormente, la regla general es el carácter no consolidable del plus de nocturnidad, salvo pacto en contrario. Por consiguiente, este complemento solo se devengará cuando haya prestación efectiva de servicios en período nocturno. Además, existen algunas reglas específicas que suponen excepciones a esta regla general, en concreto, haremos referencia a continuación a los supuestos de maternidad y representantes legales de los trabajadores.

2.3.1. La protección por maternidad: el mantenimiento del salario ante un cambio de puesto de trabajo

1. Como es sabido, el art. 26 LPRL establece varias medidas encaminadas a proteger la salud de la mujer embarazada y del feto. En primer lugar, si los resultados de la evaluación de riesgos revelan riesgos o una posible repercusión

[260] CAMPS RUIZ, L.M., "Absorción y compensación de incrementos salariales", en AA.VV., *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1976, pág. 21.

[261] LÓPEZ CUMBRE, L., "El salario (II)", en AAVV, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Aranzadi, 2014, pp. 847-872.

sobre el embarzo o la lactancia de la mujer trabajadora, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo turnos. En segundo lugar, cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de la adaptación, las condiciones del puesto de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Este cambio de puesto se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional. Ahora bien, en el supuesto de que, aun aplicando lo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

Así pues, lo primero que ha de plantearse es es si la trabajadora embarazada que realiza prestación de servicios en horario nocturno, tiene derecho a seguir percibiendo el plus de nocturnidad cuando deja de prestar dichos servicios noctunos como consecuencia de una adaptación de su tiempo de trabajo. En principio, aplicando lo previsto en el art 26.3 LET y puesto que el plus de nocturnidad tiene carácter no consolidable la respuesta debería ser negativa. Sin embargo, la doctrina judicial viene a reconocer una especie de indemnidad retributiva en los supuestos de cambio de condiciones de trabajo por maternidad ([262]). De esta forma, cuando una trabajadora embarazada deja de realizar trabajo nocturno y se la adscribe a un turno fijo de día se reconoce su derecho a seguir percibiendo el plus de nocturnidad. Cuando la adscripción a turno fijo tiene como causa la aplicación del art. 26 LPRL no resulta coherente que el Estado obligue una actuación proteccionista a la empresa frente a la mujer

[262] NAVARRO NIETO, F., "La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural", *Relaciones laborales*, núm. 5, 2012, pág. 13.

trabajadora, pero dicha protección no alcande a su sueldo (STSJ Extremadura de 29 de noviembre de 2001, Ar. 3345, FJ 3). En este sentido, mal se puede proteger sin respetar las retribuciones, siendo que interpretaciones como la defendida por la recurrente llevaría a seguir manteniendo que el embarazo es situación que debe soportar económicamente la mujer (STSJ Cataluña de 20 de julio de 2000, Ar. 4483, FJ 1).

2. El art. 39.3 LET establece que "la movilidad funcional se efectuará..., teniendo derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que se mantendrá la retribución de origen". La jurisprudencia ha interpretado que la conservación de "la retribución de origen" significa que el trabajador conserva los derechos económicos inherentes a su estatus profesional y no los correspondientes al puesto de trabajo (SSTS de 5 de febreo de 1996, Ar. 2256 y 7 de julio de 1999, Ar. 2237, FJ 3). Ahora bien, en caso de movilidad funcional por riesgo durante el embarazo, la trabajadora "conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen (art. 26.3 párrrafo final LPRL). Así pues, en estos supuestos la doctrina judicial reconoce una especie de indemnidad retributiva, es decir, de mantenimiento íntegro del salario. En este sentido, la STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2003, Ar. 3333, FJ 2 abordaba un cambio de puesto de trabajo que conllevaba liberar a la trabajadora embarazada del trabajo a turnos, pero en este caso la empresa dejó de abonarle el plus de nocturnidad, los plus de turno y de relevo. La empresa niega tal obligación en atención a dicho cambio de puesto de trabajo. La empresa señala q. Sin embargo, el Tribunal argumenta que el art. 26 LPRL prevé que se aplicarán los criterios de movilidad funcional y que la trabajadora "podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen". De forma que para el Tribunal "la actora ha tenido que ser destinada a una categoría diferente, pero no por ello ha de perder "el conjunto de retribuciones de su puesto de origen", entendiendo que se refiere a todas las retribuciones que viniera

percibiendo, sin citar excepción alguna". En otro caso, la carga de la maternidad habría de ser soportada económicamente por la mujer, y la Ley se dirige, no sólo a liberarle de los posibles riesgos que para ella o su hijo entrañara la realización de su trabajo, sino también a que no se vea gravada en ningún otro aspecto laboral por el hecho de ser madre" (FJ 3).

Por otro lado, también la Directiva 92/1985/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de trabajadora que haya dado a luz o en período de lactance, establece una garantía específica respecto de los "derechos inherentes al contrato de trabajo" exigiendo, en concreto, "el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada" a favor de las trabajadoras que por problemas de salud se vean afectadas por este tipo de medidas: adaptación de las condiciones de trabajo, cambio de puesto de trabajo o exoneración del trabajo según lo previsto en su propio articulado (art. 11 de la Directiva 92/199). Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE de 1 de julio de 2010 (C-471/08, Asunto Parviainen y 1 de julio de 2010 C-194/08, Asunto Susanne Gassmayr) ha interpretado el alcance de la regla de "indemnidad salarial" establecida en el art.11 de la Directiva 92/85. En ese sentido, la jurisprudencia ha considerado que el art. 11 de la citada Directiva no garantiza el derecho al mantenimiento íntegro del salario. Pues bien, es importante destacar que, en estas sentencias el TJUE ha establecido la siguiente doctrina general: a) la trabajadora embarazada que provisionalmente es asignada a otro puesto de trabajo "conserva durante ese destino el derecho a los componentes de la remuneración o a los complementos "inherentes a su condición profesional", como ocurre en particular con los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con las cualificaciones profesionales ([263]); b) los Estados miembros, o en su caso los interlocutores sociales, no están obligados por la Directiva a mentener durante ese destino provisional los

[263] Un estudio sobre los complementos salariales en LÓPEZ CUMBRE, L., "El salario (II)...,*op.cit.*, pág. 848 y ss.

componentes de la retribución o los complementos que dependen "del ejercicio por la trabajadora interesada de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden en esencia a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio. Por consiguiente, los criterios establecidos por la jurusprudencia comunitaria a propósito del art. 11 de la Directiva 92/1985 sirven no sólamente para comprender este precepto, sino que también son útiles para la interpretación y aplicación de las normas nacionales y en concreto del art. 26.3 LPRL ([264]).

2.3.2. Créditos horarios de los representantes de los trabajadores

1. Los representantes legales de los trabajadores gozan de una serie de garantías legales que les permiten llevar a cabo todas las actuaciones colectivas en defensa de los intereses de los trabajadores a los que representan. Estas garantías están previstas tanto en la legislación internacional como en la nacional. A nivel internacional, el Convenio 135 de la OIT, ratificado por España, establece que los representantes "deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos por razón de su condición de representantes y de sus actividades como tales". Además, en la Recomendación 143 de la OIT, se especifican aspectos concretos de la protección; en partucular, se señala que los representantes deben disponer del tiempo necesario para el desarrollo de su función, y se añade que la realización de la función representativa no debe suponer "pérdida de salario" para ese trabajador. Aunque las Recomendaciones de la OIT carecen de valor normativo, son muy útiles para la interpretación y aclaración de los preceptos del Convenio al que complementan. En la legislación interna, las garantías de los representantes legales de los trabajadores se establecen en el art. 68 LET ([265]). De todas estas

[264] GARCÍA MURCIA, J., "Mujer y salud en el trabajo: algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad", AAVV, *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2010, pág. 127.

[265] Este artículo enumera un cuadro de garantías para los representantes de los trabajadores, que puede ser ampliado o mejorado por los convenios colectivos. Las garantías que se establecen en este precepto son: a) Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves; b) Prioridad de permanencia en la empresa o

garantías, el crédito horario plantea numerosos problemas de interpretación y aplicación toda vez que cuando el representante de los trabajadores deja de prestar servicios se surgen problemas en relación con el devengo de ciertos complementos y partidas salariales, sobre todo cuando pasa a la condición de "liberado". Por tanto, la garantía de la retribución del representante consituye uno de los aspectos más importantes en la protección de su actividad representativa, aplicándose en estos supuestos el principio de indemnidad retributiva que intenta asegurar que nadie sufra represalias en su salario ni ex ante, ni ex post por razones sindicales ([266]).

2. Llegados a este punto, cabe plantearse si los representantes de los trabajadores que prestan servicios durante el período nocturno tienen derecho a devengar el plus de nocturnidad cuando dejan de prestar servicios en este horario. Pues bien, según la doctrina constitucional, los representantes unitarios de los trabajadores y los delegados sindicales tienen derecho a que el tiempo invertido en el ejercicio de sus funciones les sea retribuido íntegramente, como si hubiesen llevado a cabo realmente su quehacer laboral, sin que el desempeño de la actividad sindical y representativa pueda provocar minoración alguna en la remuneración que hubiesen devengado de haber realizado efectivamente su trabajo. En otro caso, la merma retributiva constituría un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Más

centro de trabajo respecto de los demás trabajadores; c) No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el art. 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación; d) Expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar, distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social comunicándolo a la empresa; e) Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, comuncándolo a la empresa.

[266] GARCÍA NINET. J.I., "Acerca de la garantía de indemnidad en clave sindical. Algunas cuestiones de la doctrina del Tribunal Constitucional", *Tribuna Social*, núm. 197, 2007, pág 5 y ss.

específicamente, el Tribunal Constitucional ha señalado que el mencionado derecho de indemnidad retributiva alcanza a los complementos salariales de puesto de trabajo ([267]).

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo considerando que "lo decisivo es que el representante de los trabajadores no sufra un potencial efecto disuasorio para decidir sobre la realización o no de sus funciones sindicales, ante la posible rebaja de sus retribuciones. Menoscabo que iría contra la garantía de indemnidad retributiva, en virtud de la cual estos representantes de los trabajadores, cuando hacen uso del crédito horario, tienen derecho a percibir estos conceptos retributivos, igual que si realmente hubieran asistido en esa ocasión al trabajo, so pena de resultar económicamente perjudicados por el desempeño de su cargo representativo". Además, considera esta jurisprudecncia entiende que "el término retribución que emplea el art. 68 LET es más amplio que el de salario que define el art. 26.3 y la retribución de las horas concedidas a los representantes sindicales en el ejercicio de sus funciones, debe hacerse en los mismos términos que se abonarían a los restantes compañeros o a ellos mismos si las huberan efectivamente realizado, pues de no hacerse así, supone para el representante una sanción". (SSTS de 20 de mayo de 1992, Ar. 3581, FJ 3) y de 18 de mayo de 2010, Ar. 2524, FJ 2). Asimismo, la doctrina judicial ha considerado que "los representantes liberados deben percibir tanto el salario base como los complementos, entre ellos el de nocturnidad, en el período que hubieran realizado su trabajo de noche" (STSJ de Extremadura, de 18 de noviembre de 1994, Ar. 2735, STSJ de la Comunidad Valenciana, de febrero de 1996, Ar. 1062, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de marzo de 2003, Ar.175594, STSJ del País Vasco de 30 de junio de 2011, Ar. 2675).

[267] En este sentido la STC 95/1996, que confiere amparo a un representante que ha sufrido una limitación de cuantía en un plus de turnicidad reconocido estando en activo, una vez que pasa a estar liberado; STC 92/2005 que estima el derecho a un complemento de residencia por desarrollar actividad en Melilla, aunque el trabajador liberado reside en Murica por decisión de su sindicato; STC 30/2000 sobre un complemento por el turno rotatorio; STC 173/2001, sobre un complemento compensatorio de jornada partida.

2.3.3. Excepciones en la la negociación colectiva

1. También la negociación colectiva puede establecer excepciones al carácter consolidable del complemento de nocturnidad, aunque la conclusión que se obtiene tras el examen realizado en la muestra de Convenios es que se trata de una práctica poco frecuente ([268]).

2. Con carácter general, se trata de cláusulas convencionales que garantizan a los trabajadores el abono del complemento de nocturnidad cuando el cambio de turno viene motivado por razones técnicas, organizativas o de producción de la empresa o cuando el trabajador deja de prestar servicios en horario nocturno a petición o por requerimiento de la empresa. En este sentido, merece la pena ser destacado, el art. 37.2 del CC de Ediciones El País, (BOE de 3 de febrero de 2012) que regula la "Nocturnidad a absorber". Se trata de una cláusula convencional, en virtud de la cual, los trabajadores que por razones técnicas, organizativas o de producción se vean obligados a modificar con carácter indefinido su horario y defen de devengar la nocturnidad total o

[268] Solamente diez Convenios contienen cláusulas que establecen el carácter consolidable del plus de nocturniad en determinadas circunstancias. La mayoría de las cláusulas convencionales establecen el carácter consolidable del plus de nocturnidad –esto es el derecho a su devengo aunque no haya prestación efectiva de servicios- cuando el trabajador deja de prestar servicios en horario nocturno a petición o por requerimiento de la empresa. En este sentido, el art. 32 del CC del centro de trabajo de Villalonquejar y delegación de Madrid de Constantia Tobepal, SLU (BOE 30-1-12); el art. 15 del CC de la empresa Editorial Prensa Valenciana, S.A (DO. Comunitat Valenciana 15-10-13) y el art. 23 del Grupo de Empresas SNIACE de Torrelavega (BO. De Cantabria 4-2-13). Este precepto prescribe que "*la empresa se compromete a mantener el plus de trabajo a turnos y nocturno a todos los trabajadores que hayan pertenecido a este régimen por un periodo de, como mínimo, diez años, y el cambio a jornada normal sea a petición de la misma. También se mantiene el derecho a percibir el plus de nocturnidad cuando se produce una modificación o cambio de turno que impide la realización del trabajo en horario nocturno*" (Art. 7 del CC de la empresa Meadwestvaco Embalajes, S.L (B.O Bizkaia 11-1-13); Art. 27 del CC de la empresa Petróleos de Canarias, S.A (BO. Canarias 6-3-15); Art.21 de la empresa Paccor Packaging, S.A (BO. Bizkaia 3-12-12). El art. 42 del CC para el sector de empresas organizadoras del juego de bingo de Cataluña 2014-2015 (DO. Generalitat de Catalunya 29-6-15) establece que con finalidad de proteger las condiciones laborales de las personas que se acojan a la posibilidad de reducción de su jornada laboral, éstas tendrán derecho a percibir la cuantía que correponda al plus de nocturnidad, aunque parte de su jornada (ya reducida) no coincida con el horario nocturno establecido en el presente artículo. Por último, el art. 16 del CC de ediciones El País, S.L (BOE 3-2-12) regula en su art. 37.2 la "Nocturnidad a absorber".

parcialmente, tendrán derecho a percibir un plus especial de carácter personal absorbible que se denomina “nocturnidad a absorber”, en cuantía inicial equivalente a lo dejado de percibir por ese período. Solamente tienen derecho a este plus compensatorio, los trabajadores que hayan percibido ininterrrumpidamente el plus de nocturnidad en los dos últimos años. Este plus se reducirá mensual y acumulativamente en una cuantía tal que queda abosrbido en un plazo de cuatro años. Por último, conviene hacer alusión al CC para el sector de empresas organizadoras del juego de bingo de Cataluña 2014-2015 (DO. Generalitat de Catalunya de 29 de junio de 2015). El art. 42 de este Convenio que “con la finalidad de proteger las condiciones laborales de las personas que se acojan a la posibilidad de reducción de su jornada laboral, éstas tendránn derecho a percibir la cuantía que corresponda al plus de nocturnidad, aunque parte de su jornada (ya reducida) no coincida con el horario nocturno establecido en el presente artículo”.

3. Supuestos en los que se considera obligado el devengo del plus de nocturnidad

3.1. El devengo del plus de nocturnidad durante el período vacacional

3.1.1. La justificación de su devengo durante el disfrute de las vacaciones del trabajador

1. El carácter retribuido de las vacaciones viene establecido en el art. 40.2 CE que ordena a los poderes públicos fomentar una política que garantice, entre otras cosas, las vacaciones periódicas retribuidas, así como en el art. 38 LET. Ahora bien, ninguno de estos preceptos contiene una regulación concreta de los conceptos retributivos que deben integrar la remuneración del período vacacional. Ante la existencia de esta laguna legal se ha de acudir a otras fuentes del derecho, habiendo señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que “la retribución de las vacaciones, a falta de concreción legal de los conceptos comprendidos en la misma, se ha de regir por la norma del art. 7.1 del Convenio

OIT núm. 132 que establece el principio de remuneración con arreglo a la remuneración normal o media; o, en su caso, por las disposiciones complementarias de los convenios colectivos, a cuyas precisiones y especificaciones remiten más o menos directamente el art. 38 del Estatuto de los Trabajadores y el propio art. 7.1 del Convenio OIT núm. 132" (SSTS de 23 de diciembre de 1991, Ar.9097, 6 de noviembre de 1992, Ar. 8786, 29 de octubre de 1996, Ar. 8282 y 30 de mayo de 2000, Ar. 5975).

Así pues, existen dos fuentes del derecho a las que acudir para cubrir la laguna legal del art. 38 LET: el Convenio de la OIT o la negociación colectiva. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de valorar la relación existente entre el Convenio núm. 132 de la OIT y los convenios colectivos, señalando al respecto lo siguiente: a) la norma del art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT de retribución de las vacaciones con arreglo a la remuneración normal o media es la regla general sobre los conceptos retributivos computables en la misma; b) el art.1 del mismo Convenio de la OIT remarca la preferencia que se otorga a los Convenios o pactos colectivos en cuanto a la regulación del derecho a las vacaciones, al preceptuar que "la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que ésto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país; y c) a falta de una regulación concreta del contenido de la paga de vacaciones en el art. 38 LET, habrá de acudirse al Convenio Colectivo aplicable, que tiene como función típica, en esta materia, la precisión o especificación de los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de la remuneración normal o media (SSTS de 20 de diciembre de 1991, Ar. 9093; 20 de enero de 1992, Ar. 52); 9 de marzo de 1992 , Ar. 1632).

2. Siguiendo lo defendido por la doctrina ([269]) el problema de la retribución vacacional se resuelve en atención a una doble regla: en primer lugar, si el Convenio Colectivo establece algún criterio al respecto, a ellos habrá de estarse. En este sentido, los Convenios podrán actuar en varias direcciones, incluso estableciendo exclusiones expresas de algunos conceptos que no computarán a efectos de la retribución de vacaciones. En segundo lugar, si el Convenio Colectivo no establece nada al respecto, hay que acudir al art. 7.1 del Convenio nº 132 de la OIT sobre vacaciones pagadas (ratificado por España en virtud de Instrumento de 17 de junio de 1974). Este precepto dispone que "durante las vacaciones el trabajador percibirá, por lo menos su remuneración normal o media, calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado.

3.1.2. La inserción en la negociación colectiva de este derecho

A) Mención expresa del plus de nocturnidad entre los conceptos retributivos que forman parte de la paga de vacaciones

1. Parece evidente que cuando el Convenio Colectivo recoge el plus de nocturnidad como uno de los complementos retributivos que deben abonarse durante las vacaciones no se suscita ninguna controversia al respecto. Ahora bien, dicho esto, hay que señalar que son muy pocos los Convenios Colectivos que optan por esta solución ([270]).

---

[269] ALFONSO MELLADO, C.A. y PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág 49 y 50.

[270] CC de la Residencia Nuestra Señora de la Merced de Soraluce (BO Gipuzkoa 2-10-15)Art. 24: Dicho plus se pagará, como mínimo, en 12 meses, respetando los acuerdos o sentencias judiciales que pudiera existir en cada caso. Durante el período de vacaciones, se calculará la cuantía de dicho plus al 50% de los días de vacaciones. CC de Federación Farmaceútica SCCL (BOE 12-1-15). CC del sector de Empresas Navieras, Consignatarias de Buques y Empresas Estibadoras de la provincia de Valencia (BO Valencia 9-5-14)Art. 20. Vacaciones: la retribución de las vacaciones consistirá en una mensualidad normal, sin descuento de ningún tipo de complementos personales o funcionales, en la que se debe incluir

En concreto, procede considerar que, de la muestra de Convenios Colectivos examinada, sólo 22 Convenios Colectivos contenían una cláusula de estas características. Asimismo, conviene señalar que las tendencias que se aprecian al analizar estas cláusulas son las siguientes: de un lado, se encuentran

---

los complementos de nocturnidad y festividad a razón de la media de lo percibido por dichos complementos en las tres mensualidades anteriores al periodo de disfrute de las vacaciones.-CC de Ediciones Primera Plana, S.A (BOE 26-3-15). CC de la empresa Editorial Extremadura, S.A (DO Extremadura 25-3-15)Art. 36.2 a) Los trabajadores que tienen alguna o todas las horas en turnos habituales de nocturnidad se les abonará dicho plus en sus periodos vacacionales. CC Editorial Iparraguirre, S.A (BO País Vasco 16-10-07)Art. 45 PN.- Esta retribución se percibirá durante las vacaciones reglamentarias y en cualquiera de las contingencias por incapacidad transitoria, proporcionalmente al tiempo que se lleve cobrando la nocturnidad con referencia al período de 2 meses anteriores.-CC estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE 19-6-15)-CC de empresas organizadoras del juego de bingo de Cantabria (BOC 11-7-13).-CC del sector de empresas comercializadoras de juegos colectivos de dinero y azar (BO Comunidad de Madrid 1-11-13)-CC de la empresa Fundación Hospital de Avilés (BO Principado de Asturias 20-11-13)-CC de la empresa Madrid 112 (BO Com Madrid 25-8-03).-CC de la entidad Ultracongelados Virto S.A de Funes (BO Navarra 11-4-13)Art. 25: Vacaciones: El trabajador que en periodo de vacaciones hubiera debido, en función de la rotación de su turno, trabajar de noche percibirá el 50% del PN que le hubiera correspondido. En el mismo sentido CC de la entidad Ultracongelados de Cortes S.L (BO Navarra 8-4-14).-CC del sector de limpieza de edificios y locales de Cataluña para los años 2010-2013 (DO Generalitat de Catalunya 22-2-12)Art. 59. Vacaciones: se habrán de retribuir con el salario base más antigüedad y se incorpora el PN en los supuestos que proceda.-CC de limpieza pública viaria de Gipuzkoa (BO Gipuzkoa 26-7-13)Art. 16. Vacaciones: Durante este periodo se percibirá el promedio de las retribuciones totales de los 6 meses anteriores al disfrute de las mismas. A estos efectos se consideran los ss conceptos: sb, antigüedad, Plus convenio, plus toxicidad, plus transporte y plus de nocturnidad en su caso.-CC de la empresa Clece (Centro del Hospital "Príncipe de Asturias) (BOCM 4-10-14)Art. 17. Vacaciones: la retribución del mes de vacaciones será igual a la de un mes de trabajo normal, con los mismos conceptos, incluyendo el promedio de lo percibido durante los tres últimos meses anteriores al disfrute del mes de vacaciones, por los conceptos de complemento de nocturnidad y compensación por trabajar en domingos y festivos. -CC para el sector de Limpieza de Edificios y Locales de Limpieza industrial para la CC.AA de Cantabria, para el período 2014-2017 (BOC 31-3-15)Art. 23: los días de vacaciones serán retribuidos teniendo en cuenta el salario base y complemento de vinculación consolidado, y en su caso el promedio del importe de los ss pluses: tóxicos, plus de nocturnidad, correspondientes a los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de disfrute.-CC del servicio de recogida de basuras, limpieza viaria de Bilbao (BO Bizkaia 28-3-14)Art. 12: El salario a percibir durante el período de vacaciones se calculará hallando el promedio de la totalidad de los emolumentos percibidos por el trabajador, por todos los conceptos, durante el trimestre anterior a la fecha en que comience a disfrutarlas,-CC de Repsol Petróleo, S.A (BOE 11-6-15)Art. 44: el personal sujeto a turno rotativo de mañana, tarde y noche percibirá este plus en un tercio de su valor los días laborables de vacaciones.-CC de la empresa Tuboplast Hispania, S.A (BO Territorio Histórico de Alava 15-10-14)Art. 12: la retribución de las vacaciones comprenderá los siguientes conceptos retributivos: nocturnos (promedio de 8 meses anteriores).-CC de la empresa Reyde, S.A (BO Barcelona 2-10-15)-Art. 9: El personal que trabaje durante los doce meses anteriores al disfrute de las vacaciones en régimen de rotación a tres turnos y proceso continuo, percibirá, además de los conceptos citados, 7 días de plus de nocturnidad, o la parte proporcional que les corresponda en base a los meses trabajados en dicha modalidad de turnos, dentro del referido periodo de 12 meses.

Convenios Colectivos que solamente abonan el plus de nocturnidad durante el período vacacional a determinado grupo de trabajadores, normalmente a trabajadores con turno fijo de noche ([271]). Por otro lado, la fórmula más utilizada para determinar la cuantía del complemento de nocturnidad que debe abonarse durante las vacaciones, consiste en calcular la media de lo percibido por dicho plus en las tres mensualidades anteriores al período de disfrute de las vacaciones.

B) Ausencia de mención sobre los conceptos salariales que deben incluirse en la retribución de las vacaciones

1. En estos supuestos, la doctrina jurisprudencial ha mantenido que el Convenio 132 de la OIT es suficiente para colmar la laguna en materia de retribución de las vacaciones ([272]). En este sentido, la STS de 9 de noviembre de 1996, Ar. 8414) ha considerado que "el art. 7 del Convenio 132 de la OIT es subsidiario del Convenio Colectivo y se aplicará cuando el Convenio Colectivo no contenga una regulación específica". Tal y como decíamos supra el art 7.1 de este Convenio de la OIT estable un criterio que ayuda a concretar la cuantía de la retribución de las vacaciones puesto que señala que durante el período vacacional el trabajador debe recibir su salario normal o medio. Ahora bien, el problema radica en determinar qué debemos entender por "remuneración normal o media".

[271] Art. 41 del VI CC Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes (BOE 18-5-12); Art. 12 del CC de la Fundación Carmen Arias (BO. Ciudad Real 21-4-14); al personal a dos o tres turnos y al personal que trabaje durante el año, más de cinco meses a tres turnos (Art. 21 del CC del Centro de Trabajo de Villalonquejar y delegación de Madrid de Constantia Tobepal, SLU (BO. Comunidad de Madrid 17-6-13)

Entre la jurisprudencia *vid*. SSTS de 21 y 29 de diciembre de 1992 (Ar. 1992, 10373). En estas sentencias se establece que "*acreditada la percepción del plus controvertido, por parte de los trabajadores mes a mes en sus nóminas, no puede constituir óbice para su devengo en las nóminas correspondientes a los respectivos períodos vacacionales, el hecho de que en la norma convencional no se contemple el referido plus*".

Pues bien, como ha señalado la doctrina ([273]) teniendo en cuenta el contenido del art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT puede afirmarse que la retribución de las vacaciones se encuentra presidida por el principio de equivalencia o, lo que es lo mismo, de omnivalencia entre el período de actividad y el vacacional: lo que se busca es la máxima similitud con las percepciones normales que recibe el trabajador en activo. En aplicación de este principio se debe concluir que el trabajador recibirá todas las cantidades que recibiría si desarrorrallar su jornada habitual ([274]). Algún autor entiende que resulta evidente "que al acudir al Convenio 132 OIT lo que hemos hecho es alterar los términos del problema interpretativo, pero no lo hemos resuelto: hemos cambiado la cuestión de interpretar qué ha de entenderse por derecho a vacaciones retribuidas, por interpretar qué debemos entender por salario normal o medio. Por normal ha de entenderse aquella que de manera ordinaria recibe el trabajador por el desarrollo de su prestación habitual de trabajo; y la retribución media es el promedio de las retribuciones mensuales percibidas por el trabajador con anterioridad a las vacaciones" ([275]). En este sentido, conviene señalar que la jurisprudencia tiene un papel muy importante a la hora de precisar qué debemos entender por "retribución normal o media" y esto es así, porque nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que plantea muchas dudas interpretativas.

2. Llegados a este punto, cabe plantearse si los complementos de puesto de trabajo deben incluirse en la retribución de las vacaciones, toda vez que se trata de complementos que sólo se pagan cuando se ocupa un concreto puesto de

---

[273] SEMPERE NAVARRO, A.V., Y CHARRO BAENA, P., *Las vacaciones laborales*, Pamplona, Aranzadi, 2003, pág. 115.

[274] Como tiene establecido la doctrina judicial el nivel retibutivo de las vacaciones ha de ser semejante al habitual, a fin de poder permitir realmente el disfrute de unas vacaciones con un nivel de vida similar al que tiene durante el período de actividad. Vid. En este sentido STSJ de Canarias/Las Palmas de 5 de mayo de 2000, Ar. 4088 y STSJ de Navarra de 25 de abril de 2001, Ar. 2236.

[275] GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Madrid, Tecnos, 2014, pág. 72.

trabajo. Para responder a esta cuestión, lo más adecuado es analizar si estos complementos de trabajo se retribuyen de habitual u ordinaria o, por el contrario, la retribución se produce de forma esporádica. De tal forma que si el complemento de puesto de trabajo se recibe habitualmente el mismo deberá estar debe estar incluido en la retribución de las vacaciones y si, por el contrario, se percibe esporádicamente, no formará parte de la retribución ([276]).

Dentro de los complementos de puesto de trabajo, el complemento de nocturnidad es uno de los que plantea mayores problemas interpretativos. En este sentido, la doctrina judicial ha considerado que "el plus de nocturnidad debe incluirse en la retribución de las vacaciones de aquellos trabajadores que los hubieran percibido en el período a que se refiere el convenio colectivo…y obviamente no remuneran trabajo excepcional alguno, sino la normal y ordinaria prestación de servicios en ciertas circunstancias igualmente habituales y ordinarias en la actividad de la empresa (…) sin que el hecho de que se devenguen por día efectivamente trabajado en turno de noche o festivo suponga ninguna especialidad, en la medida en que esto no impide que se trate de un complemento fijo, ordinario y periódico, que no obedece a causa de excepcionalidad alguna, sino tan sólo a una especial calidad y más gravosa prestación de servicios (STSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2004, Ar. 8765 FJ 2).

Quizá resulte más acertado tener en cuenta el carácter habitual o esporádico de la prestación de servicios en horario nocturno, a la hora de incluir o excluir el citado plus de la retribución de las vacaciones. Y es que una cosa es que el plus de nocturnidad se perciba sólo por la prestación de servicios en horario nocturno y otra muy distinta que la retribución del plus no sea normal o

[276] Íbidem, pág 74

habitual ([277]). Esto sucede cuando la nocturnidad es inherente a la prestación de servicios del trabajador (por ejemplo, en el trabajo a turnos continuo o cuando se trata de un trabajador nocturno, que como es sabido, es aquel que realiza "normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual".

Por último, cabe señalar que la mayoría de los Convenios Colectivos que se han analizado contienen este tipo de cláusulas que no regulan expresamente los conceptos retributivos que deben tenerse en cuenta para el abono de las vacaciones.

C) Regulación específica del contenido retributivo del período vacacional sin mencionar expresamente el plus de nocturnidad

1. Como se ha manifestado anteriormente, otra de las situaciones que puede plantearse es que el Convenio Colectivo regule expresamente el contenido retributivo del período vacacional sin incluir entre las partidas salariales que establezca el plus de nocturnidad. El problema que se plantea en estos supuestos, es si debe abonarse o no el plus de nocturnidad durante el período vacacional , o dicho en otros términos, en estos casos, qué debe aplicarse: el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT -que prescribe el abono al trabajador de la remuneración normal o media (considerándose el plus de nocturnidad como una retribución normal, cuando la nocturnidad es inherente a la prestación de servicios) o lo previsto en el Convenio Colectivo, que no contempla el abono del plus durante las vacaciones. En definitiva, se trata de dilucidar qué instrumento normativo prevalece: el Convenio 132 de la OIT o el Convenio Colectivo. Pues bien, la jurisprudencia ha resuelto esta cuestión otorgando un papel preponderante al

[277] *Ibidem,* pág. 78.

Convenio Colectivo sobre la normativa internacional de la OIT, a la hora de cuantificar la remuneración de las vacaciones ([278]).

2. Además, la jurisprudencia admite que "en aquellos supuestos en los que el Convenio Colectivo enumera de manera clara los conceptos retributivos que deben tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones, no deben computarse en dicho salario el resto de conceptos salariales que no se excluyan expresamente, pues al decir los que se computan, el Convenio Colectivo deja claro que la intención de los firmantes es que se tengan en cuenta esos plus y no otros" (STS de 6 de marzo de 2012, Ar. 4174). De esta forma, la jurisprudencia está reconociendo el carácter dispositivo de lo establecido en el Convenio 132 OIT en relación con la negociación colectiva, esto es, está reconociendo que el Convenio Colectivo no tiene que fijar un salario de vacaciones que respete el principio de equivalencia, pudiendo éste ser inferior.

D) Exclusión expresa en la negociación colectiva del plus de nocturnidad de los conceptos que deben abonarse durante el período de vacaciones

1. Por último, conviene hacer referencia a aquellos supuestos en los que el Convenio Colectivo excluye expresamente el plus de nocturnidad en el abono de las vacaciones. Ciertamente, este tipo de cláusulas son poco frecuentes en la práctica convencional, toda vez que solamente se han encontrado tres Convenios Colectivos que establecían este tipo de cláusulas. ([279]). Dicho esto, conviene recordar que la jurisprudencia ha señalado que, "a la hora de determinar los

[278] Sobre esta cuestión existe una doctrina jurisprudencial y judicial que reputa válidas las cláusulas de los Convenios Colectivos que establecen una retribución vacacional, omitiendo algunos de los elementos integrantes del salario en jornada ordinaria, como puede ser el denominado plus de nocturnidad (SSTS de 22 de septiembre de 1995, Ar. 6789, 29 de octubre de 1996, Ar. 8181, 9 de noviembre de 1996, Ar. 8414 y 30 de marzo de 1999, Ar. 3776

[279] Art. 33 del CC de ámbito provincial de empresas de Hostelería de Alicante (BO. Alicante 4-9-12); Art. 26 del Convenio Colectivo de Onet España, S.A (BOE 19-6-13) y el Art. 15 del CC de la entidad Grupo Fromageries Bel España, S.L (BO. Navarra 19-8-14).

conceptos salariales que deben ser incluidos en la retribución de las vacaciones, se debe estar en primer lugar y ante todo a lo dispuesto en el Convenio Colectivo, y tan sólo en caso de que en el mismo no se regule nada al efecto se podrá aplicar la solución que se desprende el Convenio 132 de la OIT y considerar que deben incluir todas aquellas retribuciones que regular y ordinariamente perciba el trabajador". Así pues, cabe plantearse si el Convenio Colectivo puede apartarse de la regla general que establece la "remuneración normal o media" y excluir de dicha retribución a determinados complementos salariales, entre ellos el que es objeto de nuestro análisis, el complemento de nocturnidad. Y ello, en virtud de la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos que proclama el art. 37.1 CE, con base en el respeto y aplicación del principio de autonomía colectiva. Pues bien, la STS de 21 de enero de 1992, Ar. 59 ya resolvió afirmativamente esta cuestión señalando al respecto que "no parece posible negar la validez de las cláusulas colectivas que sustraigan de la retribución de las vacaciones componentes salariales que pudieran corresponder en una apreciación rigurosamente matemática a la "remuneración normal o media". Tal negativa supondría una restricción del principio de autonomía colectiva que subyace en el reconocimiento de "fuerza vinculante" a los convenios colectivos de trabajo efectuado en el artículo 37.1. CE , restricción que no se justifica en el actual contexto histórico, en el que no es necesario para la efectividad del derecho a vacaciones -finalidad o razón de ser, como se ha dicho, de la norma internacional de garantía de la remuneración media a normal- la identidad absoluta de lo percibido en el periodo vacacional con lo que correspondía por actividad normal en un mes de trabajo. Además dicha exigencia de identidad introduciría un factor de rigidez en cuanto al momento de percepción de las retribuciones que no concuerda con la flexibilidad en la regulación de este aspecto del salario contenida en los artículos 33, 26.4 y 29.1 y 4 ET . La propia jurisprudencia salarial se asienta en esta línea de consentir el juego de la autonomía individual o colectiva en cuanto al momento de la percepción del salario, siempre que se respeten en cómputo anual los mínimos de derecho necesario" (FJ 3).

2. Sin embargo, la doctrina científica considera que la validez de dicha jurisprudencia plantea serias dudas, toda vez que resulta dudoso que la misma se adapte a lo previsto en la jurisprudencia comunitaria ([280]). En este sentido, señala este autor que el principio de equivalencia no sólo se establece con claridad en el Convenio 132 de la OIT, sino que ha sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria en las SSTJCE de 16 de marzo de 2006, caso Robinson-Steele ([281]).

3.2. El abono del pago del plus de nocturnidad ante un cambio de turno

1. El complemento de nocturnidad suele dejarse de percibir ante el cambio de turno del trabajador (cuando pasa al turno de tarde o al de mañana). Ante el "perjuicio ocasionado a la parte actora que dejó de percibir el referido complemento a resultas de una decisión unilateral de la demandada que fue declarada nula, por lo que debe ser resarcido de aquello que indebidamente soportó por una ilegalidad empresarial" (STSJ Madrid, 2 de febrero de 2015, Ar. 65426, FJ Único). Por lo que cabe entender que si la decisión en la modificación no hubiera sido anulada la concesión del plus no procedería. Sin embargo, si existiera un acuerdo modificativo entre las partes de forma tal que se permitiera el percibo del mismo, incluso a los trabajadores que se hallaran en situación de interinidad, nada evitaría su cobro (STSJ de Extremadura de 23 de noviembre de 2007, Ar. 681). Ciertamente, "el complemento de nocturnidad no es consolidable y, en principio, se percibe por las horas nocturnas efectivamente trabajadas….por lo que, teniendo en cuenta la finalidad del acuerdo, que calificación la sustitución y el cambio de turno…no existe razón para negar a la demandante lo que reclama

[280] GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Madrid, Tecnos, 2014, pág. 85.

[281] STJCE/2006/81, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, y de 20 de enero de 2009, caso Schulz-Hoff (TJCE/2009/7, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06. Ambas sentencias se refieren a que el art. 7 de la Directiva 2003/88 ha de ser interpretado en el sentido de que el trabajador tiene derecho a unas vacaciones en las que debe percibirse la retribución ordinaria por dicho período de descanso. Por esta razón, sostiene que es necesario superar la doctrina jurisprudencial española.

por el solo hecho de ser su contrato de naturaleza temporal" (STSJ Madrid, 2 de febrero de 2015, Ar. 65426, FJ 2).

También se procede con un criterio amplio cuando se aborda el cambio de horario para los trabajadores del turno de noche con motivo de la realización de formación profesional, admitiendo el mantenimiento de la retribución del aludido plus (STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2002, Ar. 2019, FJ 2). Se trata de un cambio de horario para los trabajadores del turno de noche con motivo de la realización de formación profesional, lo que de facto les ha supuesto, una diferencia salarial ya que la empresa les ha compensado con descanso pero no han percibido los mismos emolumentos que si estuvieran en el turno habitual, al habérseles descontado el plus de nocturnidad. Se trata de horario laboral, horas de trabajo pero que, por ser realizadas en turno distinto, la empresa las computa a precio diferente a las nocturnas. Sin embargo, el trabajador que accede a un curso de formación no ha de sufrir variación de los ingresos. Como señalara, en su día el Tribunal Supremo "(…) no se reclama por el "concepto" de un plus de nocturnidad, que no aparece devengado como tal, sino en razón del "perjuicio" derivado del "lucro" cesante y, por tanto, dejado de percibir por causa de la ilegítima (en cuanto unilateral) decisión de la empresa, de modificar la jornada laboral del trabajador (existiendo, así, un "nexo causal" entre el "incumplimiento de aquélla" y el "daño" que a éste se produce" (STS de 30 de enero de 1990, Ar. 244, FJ 4) y un consecuente "perjuicio" indemnizable, conforme a lo prevenido en art. 1101 CC); y, en tal supuesto, "si el empleador ha mantenido a su operario "(...) en unas condiciones que le impedían lucrar todas las retribuciones a que tenga derecho(...) debe tutelarse y acogerse su pretensión para que permanezca 'indemne'(...) en la situación ilegalmente impuesta en referencia a lo establecido en el art. 30 LET" (STS 19 de julio de 1988, Ar. 4938, FJ 1). De esta forma, se abunda en el criterio de que, mientras no haya una modificación de condiciones de trabajo en forma, que sustente el cambio de turno (en un caso), o no se produzca la entrada en vigor de la modificación de jornada que se acuerda,

no puede alterarse la percepción de los emolumentos y no cabe, en definitiva, suprimir el plus de nocturnidad. La formación del trabajador no ha de conllevar una disminución de los emolumentos pues, en el Convenio de referencia se excluye expresamente el hecho de que deje de percibir el plus cuando realmente se produzca un cambio de turno de noche a turno diurno, algo que no ocurre en estos supuestos.

Asimismo se plantea la posibilidad de percibir el denominado complemento de "nocturnidad a absorber" previsto en el Convenio Colectivo de una diario de tirada nacional. Se establece en el mismo que "las personas que por razones técnicas, organizativas o de producción se vean obligadas a modificar, con carácter indefinido su horario, y dejen de devengar la Nocturnidad, total o parcialmente, pasarán a recibir un plus especial, de carácter personal absorbible, que se denominará «Nocturnidad a absorber, en cuantía inicial equivalente, a lo dejado de percibir por ese concepto". Mas, comoquiera que "el cambio de puesto de trabajo fue a no dudar querido por el actor y no impuesto, ya que le supuesto una promoción de dos categorías profesionales, respecto a la ostentada anteriormente y una muy notable mejora económica, no puede prosperar la reclamación del actor, ya que la «nocturnidad a absorber» sólo puede existir, cuando el trabajador es obligado, por razones técnicas, organizativas o de producción a cambiar su puesto de trabajo, dejando de percibir total o parcialmente, el plus de nocturnidad. Además hace falta para que pueda haber, la nocturnidad a absorber, un cambio de puesto de trabajo obligatorio, impuesto por la dirección de la empresa, y una merma de los ingresos económicos, al no poder percibir en todo o en parte, el plus de nocturnidad" (STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2000, Ar. 24271, FJ Único).

4. La falta de devengo del plus de nocturnidad en los días de descanso semanal, festivos y licencias y su mejora colectiva. Especial referencia a las horas de presencia

1. Como es sabido, el plus de nocturnidad es un complemento salarial de puesto de trabajo y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, dada su índole funcional y su carácter no consolidable (STS 15 de septiembre de 1995, Ar. 6778). Por esta razón, constituye jurisprudencia consolidada que el plus de nocturnidad no se devengará en los días de descanso semanal, festivos, permisos y licencias. No obstante, se ha cuestionado si debería abonarse durante los días de licencias retribuidas, considerando el Tribunal Supremo "no es admisible, como pretenden CCOO, UGT y USO en sus recursos, que proceda percibir el plus de nocturnidad, por tratarse de días vacacionales, en los cuales el trabajador tiene derecho a percibir el salario real, que comprende el salario base y los complementos, pues se trata de una afirmación voluntarista, sin apoyo en norma legal ni colectiva alguna, ya que de todos los Convenios Colectivos que se han aprobado en Makro se deduce que los periodos vacacionales tienen una duración predeterminada de 31 días naturales sin que norma alguna permita acumular a dicho periodo los días de libranza debatidos, dado lo ya dicho y en especial el art. 38 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes de 2006 sobre la forma de retribuir las licencias" (STS de 18 de marzo de 2009, Ar. 1845, FJ 3).

2. No obstante lo anterior, hay convenios colectivos que reconocen el abono del plus de nocturnidad durante los días festivos, descanso semanal y permisos ([282]). En concreto, algún Convenio Colectivo ha reconocido que

[282] CC de la empresa "McDonald´s (BO Com Madrid 7-1-13), Art. 29: en los casos de vacaciones, días festivos abonables, incapacidad labora transitoria y días de descanso, la empresa abonara en concepto de nocturnidad a cada trabajador la media de lo percibido, por tal concepto, en los tres últimos meses trabajados, excepto en los casos en que la prestación de servicios hubiese sido esporádica. CC de la empresa "NH Hoteles España, S.L (Hotel Eurobuilding) (BO Com Madrid 3-8-13) Art. 11: Al personal con turno fijo de noche (toda la jornada) se le abonará la nocturnidad que habitualmente viniera percibiendo mensualmente,

durante el mes de vacaciones, incapacidad temporal y días de libranza, las empresas deberán abonar en concepto de nocturnidad a cada trabajador la media de lo percibido por tal extremo en los tres últimos meses trabajados, excepto en los casos en que la prestación de servicios en horas nocturnas sea esporádica.

Sin embargo, algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia han negado la procedencia del plus de nocturnidad al de los días de libranza porque éste ya estaba incluido en el cálculo del incremento que corresponde a las horas nocturnas efectivamente trabajadas. Queda claro que estas sentencias confundían dos conceptos clave para entender el régimen jurídico del plus: devengo y forma o fórmula para el cálculo del plus. Efectivamente, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo "no nos ofrece duda de que si bien los «días de libranza» inciden en el cálculo del incremento correspondiente al valor de la hora nocturna que se hace en el apartado a) del precepto [su remuneración base mensual se computa en el dividendo, pese a que el divisor lo integra la jornada efectiva de trabajo durante el mes], de todas formas tampoco es cuestionable que el apartado e) dispone la específica retribución del incremento por nocturnidad en los «días de libranza», parigualándolos a los días de vacaciones y de situación de IT, sin consentir la claridad del precepto que se haga distinción alguna entre

---

tanto en los casos del disfrute de sus vacaciones anuales, durante el disfrute de las fiestas abonables trabajadas, descanso, semanal y bajas por incapacidad temporal. Excepto, como queda dicho, en los casos en que la prestación de servicios, en horas nocturnas sea esporádica, entendiéndose por esporádica la que se dé en condiciones no habituales o irregulares. CC del Sector de Hospedaje de la Comunidad de Madrid (BO Com Madrid 22-3-14), Art. 18: En los casos del mes de vacaciones, descanso anual, IT y días de libranza, las empresas abonarán en concepto de nocturnidad a cada trabajador la media de lo percibido por tal extremo en los tres últimos meses trabajados, excepto en los casos en que la prestación de servicios en horas nocturnas sea esporádica, entendiendo por esporádica la que se dé en condiciones no habituales o irregulares. En el mismo sentido Art. 29 CC del sector de Hostelería y Actividades Turísticas de Madrid (BO Com Madrid 3-3-12); CC del Servicio de recogida de basuras , limpieza viaria de Bilbao (BO Bizkaia 28-3-14); Art. 20: se abonará el PN en los días de licencias específicas retribuidas del art. 31 de este CC; CC de la empresa Paccor Packaging Spain, SA (BO Bizkaia 3-12-12). Art. 32: En las licencias retribuidas, si al trabajador le hubiera correspondido trabajar de noche, se le abonará el concepto de Plus de trabajo nocturno.

nocturnidad «regular» e «irregular», como la demandada sostiene, pues esta última jornada es precisamente la única que está excluida de forma expresa del devengo por nocturnidad (SSTS 3 de abril de 2007, Ar. 3491 y 26 de marzo de 2007, Ar. 3496, FJ 2).

3. Por último, se plantea asimismo si debe abonarse el plus de nocturnidad durante las horas de presencia realizadas entre las 22 y las 6 de la mañana. Como es sabido, las horas de presencia son aquellas en las que el trabajador debe permanecer a disposición de la empresa, pero no está obligado a realizar ningún trabajo efectivo. Esta cuestión ha sido resulta por la jurisprudencia que considera que las horas de presencia no pueden ser abonadas como horas nocturnas puesto que en estas horas no se lleva a cabo ninguna actividad. En consecuencia, a efectos de retribución, las horas realizadas entre las 22 y las 6 de la mañana, cuando se trata de "horas de presencia" no tienen la consideración de horas nocturnas y por tanto no se devengará el plus de nocturnidad en dichas horas (STS de 26 de noviembre de 2012, Ar., 1086, FJ 3). Por su parte, la STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2008, Ar.0842 opta por establecer que, si bien es cierto que el plus de nocturnidad no se devenga durante las horas de presencia, no lo es menos que las mismas deben especificarse en el contrato de trabajo. Y cuando el contrato de trabajo no diferencia entre horas de presencia y horas de trabajo, la carga de la prueba de que no se prestan horas de trabajo efectivas corresponde a la empresa.

Del mismo modo, siguiendo la distinción que hace la jurisprudencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo entre jornada de localización y jornada de trabajo efectivo (SSTS 19 de octubre de 2010, Ar. 7845 y 4 de febrero de 1994, Ar. 797) se ha considerado que "resulta razonable limitar el plus de nocturnidad a las horas de trabajo reales –que no de localización- realizadas en

período nocturno, entre las diez de la noche y las seis de la mañana" (STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2003, Ar. 149332, FJ 2).

2. También ha planteado problemas la interpretación de aquéllas cláusulas de los Convenios Colectivos que establecen que para la retribución del trabajo nocturno se computarán las horas efectivamente trabajadas en el período comprendido entre las 22 y las 6 de la mañana (reproduciendo por otro lado la regulación anterior prevista en el art. 34.6 LET/80). En este sentido, los tribunales han establecido que "no puede admitirse que la alusión a "horas" implique que éstas deban ser siempre horas completas pues ni se dice expresamente en aquella ni se deduce de su tenor ya que lo que se prevé es un cómputo mensual que dará lugar, eventualmente, a un período determinado de unidades de tiempo que se retribuirán en relación y en proporción al precio de una hora nocturna" (STSJ de Islas Baleares de 9 de enero de 2004, Ar. 79565, FJ 2).

5. Una cuestión de extraordinaria complejidad: el cálculo del plus de nocturnidad

5.1. Sobre el contenido de la expresión "retribución específica"

1. Las dificultades aplicativas requieren tener en cuenta el contenido del Convenio en el que se fija la forma de cálculo del plus. Así, si se hiciera sobre el salario pactado, se trataría de conocer si el concepto salario puede ser interpretado como la retribución salarial que incluye todos los conceptos salariales. Pero esto supone compensar en ese incremento salarial las mejoras producidas para evitar el pago del plus de nocturnidad lo que requeriría una mención expresa en la negociación colectiva (STS 15 de junio de 2010, Ar. 6287, FJ 2).

Por lo demás, cuando se alude a la "retribución específica" en relación al trabajo nocturno, la retribución deberá hacer sobre el tiempo de trabajo efectivo, resultante de descontar de la retribución anual los días retribuidos en que no se ha prestado trabajo. El plus de nocturnidad es un complemento retributivo que tiene por finalidad compensar los inconvenientes individuales y familiares que derivan de la prestación del trabajo en las horas de la noche. En los términos del art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, se trata de un complemento salarial fijado «en función» del «trabajo realizado» que se vincula al «puesto de trabajo» desempeñado. La actual redacción del Estatuto de los Trabajadores deja bien claro que la determinación de su importe corresponde a los convenios y acuerdos colectivos. Pero cuando éstos establecen una regla genérica de determinación, es necesario acudir a la finalidad y a la naturaleza del instituto para concretar su alcance. Si la finalidad del plus de nocturnidad es compensar los inconvenientes de un horario de trabajo singular, la base de cálculo del mismo –salvo que el Convenio determine algo distinto– no tiene por qué incluir devengos que corresponden a fechas de festivos, descansos o vacaciones no afectadas por tales inconvenientes. A ello hay que añadir que la configuración del complemento o plus de nocturnidad como incremento porcentual del salario base de Convenio comporta de manera implícita pero inequívoca la referencia al salario-hora o retribución de la hora trabajada. Esta referencia al salario-hora del trabajador conduce a la exclusión en el cálculo del mismo, salvo pacto en contrario, de la retribución de los descansos retribuidos; así se hace habitualmente en el supuesto análogo del cálculo de la retribución de las horas extraordinarias lo que procede extender al plus de nocturnidad (STS 9 de diciembre de 2005, Ar. 7163, FJ 3).

Conviene subrayar que el art. 34.6 LET no alude, en ningún momento, al salario real, ni tampoco al salario ordinario, sino al salario base, y que este concepto retributivo es, en principio y fundamentalmente, aquel que en el Convenio Colectivo aplicable se comprende bajo esta denominación o la equivalente de sueldo base. Por eso, procede, salvo disposición en contrario, a

calificar como salario base el sueldo base del trabajador (SSTS 23 de enero de 1991, Ar. 174, FJ 6 y 13 de enero de 1992, Ar. 35, FJ 5). Por otra parte, cuando el Convenio Colectivo establece el cálculo del plus de nocturnidad sobre los importes correspondientes a salarios y antigüedad, dicha disposición no mejora el concepto de salario base establecido en el art. 34.6 LET, pues si ésta hubiera sido la intención de las partes contratantes hubieran empleado la expresión salario real, que, en la estructura salarial convencional, comprende, además del salario base, los complementos salariales (STS 22 de mayo de 1992, Ar. 3593, FJ 3).

Se aclara, asimismo, que "la necesaria contraprestación al trabajo nocturno que establece el Convenio Colectivo no consiste en una cantidad por día efectivo de trabajo, como en el caso de los turnos de mañana y tarde sino, sino en el 25% del salario base mensual sin que conste referencia alguna al salario base diario o al anual" (STSJ de Asturias de 24 de febrero de 2006, Ar. 21105, FJ Único). Bien al contrario, se considera también que el "el salario base sobre el que opera el plus de nocturnidad es atribuible a los 365 días del año, por lo que no cabe ninguna otra deducción y posteriormente el plus se aplicará al tiempo efectivo de trabajo nocturno." (STSJ de Navarra de 30 de junio de 2004, Ar. 197237, FJ primero y único).

2. El art. 34.6 LET fija para la hora nocturna un complemento mínimo del 25% del salario base. Es correcta la actuación de la empresa que calcula el incremento del 25% sobre el salario base anual con exclusión de las pagas extraordinarias por cuanto el Convenio Colectivo establece que el salario base remunera la jornada anual de trabajo efectivo pactada en este convenio y los períodos de descanso legalmente establecidos, y servirá de módulo de los complementos salariales; pero no dice que el salario base anual incrementado con complementos salariales como son las cuatro pagas extraordinarias compongan el

módulo sobre el que se aplique el porcentaje de nocturnidad (STS de 15 de septiembre de 1995, Ar. 6778, FJ 3).

Cuando el cálculo de la retribución de la hora diaria se fija por Convenio Colectivo sobre un porcentaje de todos los conceptos retribuidos para el trabajo nocturno no cabe sino considerar que se incluyen todos los conceptos retribuidos sin que, por lo tanto, proceda excluir los períodos de descanso retribuidos que deberán integrar la base de cálculo del mismo. De hecho, cuando la determinación genérica del 25% sobre el salario base no encuentra concreción en el ámbito convencional se tiende a excluir la parte correspondiente a descansos, festivos y vacaciones. Por lo tanto, se plantea si se trata de salario base anual o diaria. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, si la finalidad del plus de nocturnidad es compensar los inconvenientes de un horario de trabajo singular, la base de cálculo del mismo, salvo que el Convenio Colectivo señale algo distinto, no tiene por qué incluir devengos que corresponden a fechas de festivos, descansos o vacaciones no afectadas por tales inconvenientes. (STSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de junio de 2012, Ar. 308558, FJ 4).

Nada impide atender a la forma que explicita el Convenio Colectivo en virtud de la cual el valor de la hora ordinaria de trabajo correspondiente al plus de nocturnidad se debe realizar incluyendo todos los conceptos salariales ("salario ordinario" señala el Convenio Colectivo), y dividiendo el salario anual entre la jornada anual computada en horas, incrementando el valor resultante de la hora con el 25% (STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2007, Ar. 218151, FJ 3). Ni tampoco que "al calcular el salario/hora a efectos de la nocturnidad sobre el salario mensual que fija el Convenio Colectivo y en atención a la onceava parte de la jornada anual, excluye para el cálculo la retribución por vacaciones, por cuanto el criterio contrario no se establece por el Convenio Colectivo" (STSJ de La Rioja de 26 de septiembre de 2006, Ar. 16036, FJ 2). No obstante, también

se considera que es "lícita y válida la disposición o cláusula de un Convenio Colectivo en el que se fija el valor de las horas extraordinarias y de las horas nocturnas en cuantía inferior a la que resultaría de una interpretación excesivamente rigurosa del art. 35.1 y 34.6; lo que encuentra apoyo en lo que establece el art. 37.1 CE y en los art. 82 y ss LET (STS de 30 de noviembre de 1994, Ar. 10337, FJ 2).

Recurriendo, incluso, a la consideración de Seguridad Social de determinados complementos para la inclusión o exclusión en el plus de nocturnidad. Y, así, "las percepciones definidas en Derecho del Trabajo como extrasalariales siguen siendo en su ámbito tales aunque resulten ser o no cotizables en todo o en parte. El plus de transporte es una percepción extrasalarial y el hecho de que parte de él sea cotizable a la Seguridad Social no modifica su naturaleza propia y, al no ser percepción salarial ordinaria no es integrable en tal concepto a efectos del cálculo del plus de nocturnidad" (STSJ de Madrid de 11 de julio de 2001, Ar. 3860, FJ 2).

5.2. La viabilidad de cláusulas convencionales y/o contractuales sobre las cantidades de referencia para el cálculo del plus de nocturnidad

1. Especial relevancia adquiere el pacto en el que se incluyan o excluyan determinadas cantidades salariales en el cálculo del plus de nocturnidad. "Salvo que así lo establezca una norma legal o paccionada, en el plus de nocturnidad no deben computarse los devengos correspondientes a días de descanso ni las pagas extraordinarias o, más precisamente, la parte proporcional a los festivos y el prorrateo de las pagas extraordinarias correspondientes a cada jornada de trabajo" (STSJ de Navarra, de 27 de marzo de 1990, Ar. 2054, FJ 2).

Si se considera el pacto lícito no procedería el que, "una vez en vigor el Convenio se acudiese a preceptos proteccionistas contenidos en la legislación laboral para obtener una ventaja, lo que equivaldría a romper el equilibrio de prestaciones conseguido a través de la negociación, sin olvidar, la aplicación al caso del art. 3.3 del Estatuto de los Trabajadores que da preferencia, en los conflictos originados entre dos o más normas laborales, a lo más favorable globalmente para el trabajador en su conjunto, y no puede detenerse al juzgador en el marco simple del caso concreto de la regulación del plus de nocturnidad, en este supuesto, pues no es lo único que el Convenio regula, ya que se trata de una compleja y extensa normativa que no sólo regula condiciones salariales, sino de otro tipo, y por ello habrá de estarse a lo pactado" (STCT de 3 de octubre de 1984, FJ 2 y STCT de 11 de enero de 1988, 1988/3, FJ 4).

2. Particular consideración merece el casi unánime rechazo a incluir en el plus de nocturnidad los complementos por vacaciones, descansos o períodos no trabajados. Se entiende que el cálculo ha de hacerse de forma distinta al que resulta del complemento por vacaciones pues, atendiendo a lo establecido en el art. 132 OIT, se garantiza por lo menos su remuneración normal o media; esto es que el valor promediado del plus de nocturnidad debe repercutir en la retribución de las vacaciones, por lo que se debe abonar el plus de nocturnidad excluyendo de su base de cálculo los días de descanso semanal, los días festivos, el día libre de convenio y el prorrateo de las pagas extraordinarias, aunque no la retribución de las vacaciones" (STSJ de Madrid de 19 de julio de 2006, Ar. 3425, FJ 1).

Salvo, lógicamente, que se incluya un pacto expreso para calcular el plus sobre estas cuantías (STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006, Ar. 1939, FJ 2). "El complemento de plus de nocturnidad es de naturaleza objetiva o funcional y su finalidad no es otra que la de compensar al trabajador los trastornos y las incomodidades que le ocasiona el trabajo nocturno, no es lo mismo el trabajo

nocturno, que prestar servicios durante el horario nocturno y que ello genera un complemento de nocturnidad de puesto de trabajo y que retribuye el tiempo de trabajo efectivo y no es consolidable, por tanto se ha de computar la jornada anual efectiva, no con los 365 días, de ahí que la fórmula correcta sea la que entiende que el multiplicador no ha de tener en cuenta los días anuales en que no se presta trabajo de ahí que el recurso debe declinar confirmando la sentencia de instancia" (STSJ Cataluña de 12 de febrero de 2004, Ar. 1705, FJ 2, STSJ de Navarra de 30 de junio de 2004, Ar. 197237, FJ Único). "El salario es para 365 días al año en tanto que el plus lo es para el tiempo efectivo de trabajo bajo tal circunstancia de nocturnidad sobre el día de trabajo, por lo que sólo se podrá tomar como base el salario real de dicho día. (STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de julio de 1991, Ar. 4519, FJ 2).

Sólo el tiempo que real, verdadera y efectivamente se trabaje por la noche es abonado en calidad de nocturno, sin que su módulo de cálculo pueda incrementarse con la parte proporcional de la gratificaciones extraordinarias, ni descanso semanal, festivos y vacaciones, lo que no impide que las partes negocien algo distinto. “Tan sólo las horas trabajadas en horario nocturno han de ser retribuidas con el incremento del 25% sobre el precio de la hora ordinaria, lo que se traduce en que sólo el tiempo que real, verdadera y efectivamente se trabaje por la noche es abonado en calidad de nocturno, sin que su módulo de cálculo pueda incrementarse con la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, ni quepa hacer transferencia, traslado o transmisión algunas a otros períodos de tiempo que, no sólo no son trabajados por la noche, sino que ni siquiera son trabajados" (STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2004, Ar. 90783, FJ 3). Si el complemento sólo puede percibirse por trabajo real "su incremento convencionalmente establecido ha de recaer sobre el salario devengado estrictamente sobre ese tiempo, no pudiendo aumentarse su módulo con devengos correspondientes a aquellas pagas que no constituyen el «salario ordinario(...) en tanto el el plus de nocturnidad es un complemento salarial de

puesto de trabajo y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, dada su índole funcional y su carácter no consolidable" (STSJ de Aragón de 6 de mayo de 2002, Ar. 174203, FJ 2).

Se aclara, asimismo, que "la necesaria contraprestación al trabajo nocturno que establece el Convenio Colectivo no consiste en una cantidad por día efectivo de trabajo, como en el caso de los turnos de mañana y tarde sino, sino en el 25% del salario base mensual sin que conste referencia alguna al salario base diario o al anual" (STSJ de Asturias de 24 de febrero de 2006, Ar. 21105, FJ Único). Bien al contrario, se considera también que el "el salario base sobre el que opera el plus de nocturnidad es atribuible a los 365 días del año, por lo que no cabe ninguna otra deducción y posteriormente el plus se aplicará al tiempo efectivo de trabajo nocturno".

3. La circunstancia de que el Convenio Colectivo, a la hora de determinar la cuantía de los distintos pluses se cuide de utilizar siempre la referencia a día trabajado (pluses de transporte y de nocturnidad del segundo turno), la de que se incluya los días de descanso (plus de asistencia), la de que se incluya el primero de los días de descanso semanal (plus de toma y deje) y la de que se tome un cómputo mensual (pluses de peligrosidad, jornada continuada y quebranto de moneda), omitiéndola, en cambio, respecto al plus de nocturnidad del personal afectado por el conflicto, obliga a desentrañar, ante tal inconcreción, cuál fue la voluntad concorde de las partes o, mejor aún, cómo se objetiva el sentido y voluntad del controvertido apartado. "El discutido plus aparece como una contraprestación general de un trabajo realizado de noche, de forma que si la voluntad de las partes hubiera sido contraerlo solamente a los días trabajados, así debió hacerse constar en igual forma que la inmediata regulación del plus de nocturnidad del segundo turno. El salario base comprende no sólo la retribución

de los días efectivamente trabajados sino también la parte correspondiente a los días de descanso, con lo que la remisión genérica al mismo, también debe comprenderla" (STSJ de Andalucía (Sevilla), de 2 de octubre de 1997, Ar. 3322, FJ 3). No procede, pues, salvo pacto en contrario, su inclusión (STSJ de Galicia, de 14 de julio de 1994 Ar. 2850, FJ 2, STSJ Andalucía, Granada, de 16 de noviembre de 1993, Ar. 4846, FJ Único).

III. EXCEPCIONES AL PAGO DEL PLUS DE NOCTURNIDAD

1. La dependencia sobre la calificación del trabajo nocturno por naturaleza

1.De acuerdo con el art. 36.2 LET, el trabajo nocturno deberá tener una retribución específica determinada por la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos. El abono de un plus de nocturnidad estará condicionado, pues, a que el trabajo nocturno no sea calificado como tal por su propia naturaleza pues, si lo fuera, el salario acordado con el trabajador incorporaría la sobrevalorización del trabajo realizado de noche o sería compensado por descansos superiores a los ordinarios.

2. La controversia judicial en la materia resulta de sumo interés; primero, por la heterogeneidad de supuestos productivos que plantean estos problemas y, segundo, por la diversidad en las soluciones alcanzadas por los tribunales del orden social, sin que haya pronunciamientos sobresalientes del Tribunal Supremo, salvo alguna excepción. Por regla general, el mantenimiento de un servicio o prestación durante veinticuatro horas debería conllevar la calificación del trabajo nocturno por su propia naturaleza. Sin embargo, los tribunales exigen algo más que el hecho que de existan franjas horarias que comprenda la totalidad o parte del horario nocturno. Quizá la determinación no pueda hacerse

únicamente a través de este dato porque son muchos (o casi todos) los oficios o profesiones que podrían (en hipótesis) desempeñarse de noche. Y también cabría considerar que lo que se hace de noche es lo mismo que lo que se hace de día, con difícil diferenciación en cuanto a la dedicación en el turno diurno que en el nocturno.

Pero el legislador ha querido compensar –por el gravamen que supone despreciar el horario de sueño y las consecuencias fisiológicas que trabajar sin luz deparan- el trabajo nocturno con una mayor retribución o con un mayor descanso. Por eso, en la mayor parte de los conflictos que se plantea en los tribunales, éstos no reparan tanto en la apreciación sobre la naturaleza jurídica del trabajo en sí si no en la prueba acerca del establecimiento de una retribución específica –distinta y propia- del trabajo nocturno. De lo contrario, procederá el abono de un plus de nocturnidad a quienes realicen este tipo de trabajo.

1.1. La fijación del salario como consecuencia de la realización de un trabajo nocturno por su propia naturaleza. Una cuestión de prueba

1. Las soluciones judiciales han sido bien distintas aunque tendentes a admitir el abono del plus de nocturnidad cuando algún aspecto carece de prueba. De este modo, y con suma frecuencia, los servicios en los que la prestación ha de mantenerse alerta durante veinticuatro horas (por ejemplo, prevención y defensa contra incendios forestales), se plantea la naturaleza nocturna del turno de noche. En la negociación colectiva se distinguen franjas horarias, diferenciando entre épocas de peligro bajo y épocas de peligro alto, fijando turnos cuyo horario queda comprendido entre las 15 y las 23 horas, entre las 16 y las 24 horas y entre las 24 horas y las 8 horas, es decir, turnos que en todo en parte su horario queda comprendido entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente, que es el periodo que da derecho al percibo del plus de nocturnidad. En casos como el descrito se

trata de conocer si la prestación de trabajo en horario nocturno ya tuvo su correspondiente reflejo en la fijación del salario inicial.

Pero para que este hecho sea considerado ha de quedar probado que el salario de los trabajadores ha sido fijado en atención a que la actividad se realiza por la noche, de lo contrario, el hecho de que existan otros pluses que incrementan la estructura salarial no condiciona la compensación del trabajo nocturno esto es, no consta que la cuantificación del salario de los trabajadores de prevención de incendios se haya visto incrementado por la naturaleza nocturna del puesto de trabajo (SSTSJ de Galicia, 11 y 18 de diciembre de 2014, Ar. 28691, FJ 2). Aunque la empresa pretenda defender que los servicios contra incendios no pueden paralizarse cuando llega la noche y que los complementos salariales que se perciben en concepto de "funciones" absorbe la retribución de la nocturnidad, los tribunales tienden a rechazar dicho argumento. El personal contra incendios, a veces trabaja de noche, en virtud de los turnos establecidos, o por prolongación impuesta por las circunstancias, lo que evidencia que su trabajo no es esencialmente nocturno. Y, por otra parte, los otros complementos (por ejemplo, el "complemento de funciones"), se percibe por igual por parte de todos los trabajadores perciben y en igual cuantía,resultando evidente que no retribuye la prestación de servicios durante la noche, al percibirlo también quinen desempeñan sus funciones durante el día" (SSTSJ de Galicia, 11 y 18 de diciembre de 2014, Ar. 595 y Ar. 28691, FJ 2) Siguiendo lo establecido, en su día, por la STS 20 de julio de 2010, Ar. 7221, el personal contra incendios, a veces trabaja de noche, en virtud de los turnos establecidos, o por prolongación impuesta por las circunstancias, lo que evidencia que su trabajo no es esencialmente nocturno (FJ 3).

Como indican algunas sentencias, el reconocimiento de un plus retributivo específico a quienes presten servicios en horario de noche constituye una

condición mínima de derecho necesario, que no admite otra excepción que la de que el salario base se haya fijado atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza. Conforme a la actual normativa general la determinación del importe del indicado plus corresponde a la negociación colectiva, la cual ya no estará vinculada por el sueldo mínimo del 25 por 100 del salario base que establecía el anterior art. 34.6 LET. Esto no supone que la posibilidad de negociar libremente el citado plus implique la privación absoluta del mismo a quien efectivamente trabaja en horario nocturno. Salvo que los trabajadores hayan sido contratados ad hoc para prestar su actividad en un trabajo nocturno por naturaleza, en cuyo caso deberá fijárseles un salario en la determinación de cuyo importe se integre la remuneración compensatoria de la circunstancia de nocturnidad. Por tanto, la excepción a la obligación del empresario de abonar el incremento retributivo al que se refiere el art. 36.4 LET "sólo procederá si el factor de nocturnidad, que ha de ser nota esencial o constitutiva del trabajo para poder excepcionar el sistema general de compensación del trabajo prestado en horario nocturno, ha entrado a formar parte del quantum salarial" STSJ de Andalucía (Málaga), de 12 de diciembre de 1997, Ar. 1121, FJ 1).

2. La prueba constituye elemento esencial en este caso. Si no existe prueba sobre si el salario se ha establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, no puede admitirse que el salario haya sido fijado en virtud de estas circunstancias. La adscripción a la "jornada nocturna" es condición *sine qua non* para percibir el complemento de nocturnidad, *ex* art. 38.2 LET. De ahí que deba ser objeto de prueba que el salario haya sido fijado atendiendo a que el trabajo es nocturno por su propia naturaleza. Así, la condición de vigilante en una residencia escolar no predetermina el carácter nocturno de la actividad ni se acredita que el salario se haya pactado considerando la misma. Se procede a suprimir "el complemento de nocturnidad que venía percibiendo el actor y que ha venido a suponer una importante disminución de su retribución, lo que niega la

existencia de dicha retribución establecida por la naturaleza de su puesto de trabajo (STSJ de 3 noviembre de 2010, Ar. 123296, FJ Único).

3. El Estatuto de los Trabajadores exceptúa la obligación de compensación económica de la nocturnidad no en el caso de que el trabajador sea contratado para prestar sus servicios en horario nocturno sino para el caso de que el salario del trabajador se haya establecido atendiendo expresamente a dicha circunstancia, lo que debe ser probado por la empresa. Si los conceptos salariales fijados en el Convenio Colectivo y que se han venido abonando al trabajador son independientes de la naturaleza nocturna de su horario de trabajo, de forma que se perciben con independencia de tal circunstancia y se establecen por referencia a una categoría, grupo o nivel profesional que no es por necesidad "nocturno", entonces no concurre la excepción fijada (STSJ de Castilla y León, Valladolid de 10 de enero de 2005, Ar. 33475, FJ 2).

Es el caso del trabajador con categoría de conductor, categoría que no es de naturaleza nocturna por sí misma, de forma que pueda estimarse que el salario fijado en el Convenio Colectivo para la misma contemple ya en su seno la circunstancia de nocturnidad. "Al trabajador solamente se le abonan en nómina los conceptos básicos del Convenio Colectivo (salario base y pagas extraordinarias), que no dependen en modo alguno de la naturaleza nocturna del trabajo. La forma que dicho convenio tiene de compensar la nocturnidad es el abono de un plus, del cual no puede privarse en este caso al trabajador, puesto que el salario que percibe por otros conceptos en modo alguno toma en consideración la nocturnidad que en este caso caracteriza su trabajo (STSJ de Castilla y León, Valladolid de 10 de enero de 2005, JUR 2005, 33475, FJ 2).

4. Ni el trabajo contratado (limpieza en centro comercial) es por su propia naturaleza nocturno ni se ha establecido un salario distinto atendiendo a esa naturaleza, pues la retribución que se fija en contrato individual es la establecida en el Convenio Colectivo sectorial de aplicación, fijando un complemento de nocturnidad para "todos" los trabajadores que realicen tal jornada, sin distinción alguna, y en cuantía muy superior a la pactada, incrementando el salario base de la categoría profesional correspondiente en un 25%. Obviamente “las partes pueden convenir la mejora de las condiciones laborales mas no otras de carácter perjudicial para el trabajador que le priven de derechos reconocidos en Convenio, por prohibirlo expresamente el art. 3.5 del estatuto laboral, con lo que aquella cláusula que se adiciona al contrato carece de validez y ha de tenerse por no puesta”, en alusión a la cláusula que admite la retribución del trabajador “en función de las características de su puesto de trabajo” (STSJ de Castilla y León de 18 de diciembre de 2000, Ar. 80050, FJ 1).

Lo mismo ocurre cuando el trabajador percibe el salario con base en los mínimos establecidos en el Convenio Colectivo y al margen del horario realizado por lo que no cabe considerar que, en la estructura salarial, se encuentra incluida la compensación cuando efectúa un trabajo nocturno (especialista en instalaciones industriales) (STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2000, Ar. 50294, FJ 2). Porque, “de no percibir el trabajador una retribución superior por su trabajo nocturno, se daría la paradoja de que el trabajorealizado entre las 22 horas y las 6 horas quedaría valorado retributivamente en igualdad de quien, con la misma categoría y tarea, lo llevara a cabo diurnamente, posibilidad ésta que ni estatutaria ni convencional ni lógicamente puede ser admitida” (STSJ de Cantabria de 27 de julio de 1999, Ar. 3387, FJ 2).

Tampoco la atención prestada por los auxiliares de clínica tampoco puede ser considerada como trabajo por naturaleza nocturnos toda vez que, aun cuando

efectúen trabajo de noche, no se trata de una categoría específicamente nocturna toda vez que lógicamente las mismas funciones se desempeñan durante todo el día en atención a los pacientes. Por lo demás, el salario que dichos trabajadores perciben por todos los conceptos es idéntico al que reciben los que trabajan durante el día, sin que se haya establecido un salario específico para ellos (STSJ de País Vasco, de 13 de septiembre de 1994 , Ar. FJ único).

5. Con todo, uno de los debates más interesantes en este punto ha sido el de la jornada de las empresas que se dedican a la fabricación de pan. La consideración de la actividad como nocturna por su propia naturaleza y la fijación de un salario acorde con la misma ha sido, en principio, rechazado por los tribunales por entender que semejante argumentación "no es de recibo porque, ni la jornada es nocturna por naturaleza, como después se razonará, ni, como se dijo antes, el salario se ha fijado en atención a que el trabajo se desarrolla de noche por cuanto el convenio no distingue cuando fija el salario si ello se hace en atención al horario nocturno y tampoco establece que la jornada de trabajo sea nocturna, ni que obligatoriamente empiece a las cuatro de la mañana, pues se limita a establecer en su art. 7 un plus por anticipación de horario que perciben quienes entran al trabajo antes de las cuatro de la mañana, plus que sólo retribuye, como su nombre indica, la entrada al trabajo antes de determinada hora, pero no el trabajo nocturno que es el realizado entre las diez de la noche de un día y las seis de la mañana del siguiente, pues el convenio nada dice y su silencio debe interpretarse, como hace la sentencia recurrida, reconociendo el recargo del 25 por 100 que establece el art. 34.6 del Estatuto de los Trabajadores, ya que existiendo, cada vez más, industrias panaderas que desarrollan su actividad de día y empleados en ellas y en otras que trabajan en horas diurnas, solamente, el convenio debió decir que fijaba el salario en atención al horario nocturno y, al no hacerlo, procede aplicar el recargo dicho porque el trabajo nocturno debe ser compensado" (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 13 de marzo de 1992, Ar. 6468, FJ 2).

El trabajo de los panaderos no puede ser considerado nocturno por su propia naturaleza pues la exclusión del recargo se da sólo para aquellos trabajos en los que, al ser nocturnos por naturaleza, el salario se ha fijado y adecuado a las circunstancias de la actividad, pero no para aquellos trabajos que, indistintamente, pueden realizarse de día o de noche, ya que en éstos es en los que debe operar el recargo si la actividad se desenvuelve en horas nocturnas. El trabajo en las industrias panaderas no es nocturno por naturaleza porque el mismo se puede desplegar tanto de noche, como de día, cosa cada vez más frecuente en los tiempos en que vivimos en los que esa actividad se desarrolla a todas las horas del día existiendo un proceso de producción constante. Con cita del Convenio 20 OIT, se obliga a la suspensión de la fabricación de plan durante el período comprendido entre las 10 de la noche y las cuatro de la mañana, disposición que muestra que esa actividad no es nocturna por naturaleza porque necesariamente debe desarrollarse a partir de las 4 de la mañana, lo que hace que la mayor parte de la jornada se desenvuelva en horas diurnas y, consecuentemente, que no se pueda dar el calificativo de nocturna por naturaleza a una actividad que por imperativo reglamentario se desarrolla de día; razones por las que es aplicable el recargo estudiado a las horas trabajadas antes de las seis de la mañana (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 13 de marzo de 1992, Ar. 6468, FJ 4) .

1.2. El acuerdo de las partes sobre la calificación del trabajo nocturno por su propia naturaleza

1. Un punto controvertido es si las partes pueden establecer, fuera del principio general, que un trabajo sea nocturno o no por su propia naturaleza. La respuesta debe ser negativa. La ley expresa claramente qué es trabajo nocturno y fija la excepción en que el “trabajo”, objetivamente considerado, sea nocturno por su propia naturaleza. Es decir que sólo pueda prestarse en esa franja horaria.

Por tanto, las partes podrán pactar la forma y cuantía de abono mas no desnaturalizar lo que corresponde a la naturaleza de las cosas. Eso es lo que ocurre cuando se presta servicios en horario nocturno pero el trabajo que desarrollan (cuidadores en geriátrico) es el mismo que se presta por los trabajadores de idéntica categoría en horario diurno y en consecuencia generan con su prestación la necesaria contraprestación que establece el convenio colectivo, que por principio de jerarquía normativa, podrá ser mejorado mediante pacto individual, mas no reducido (STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2002, Ar. 4183, FJ 4).

2. Como ha señalado la doctrina judicial, no basta con que las partes acuerden que los trabajos sean nocturnos por naturaleza sino que se estima necesario que el trabajo sea calificado como tal en aplicación de las normas legales (STSJ Andalucía, Sevilla de 13 de octubre de 2010, JUR 2011/23401). En este sentido, el art.36 LET considera trabajador nocturno "aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada anual" y el art. 36.2 LET entiende que el trabajo nocturno deberá tener una "una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos". Si no “consta ni que el trabajador realiza la tercera parte de la jornada en horario nocturno, ni que el salario tuviera en cuenta que su trabajo era nocturno por naturaleza, no cabe admitir ni que se trata de un trabajador nocturno ni un trabajo nocturno por naturaleza procediendo el devengo del plus de nocturnidad” (STSJ Andalucía, Sevilla de 13 de octubre de 2010, Ar. 23401. FJ 3).

3. Por otra parte, la circunstancia de que en los contratos de trabajo se hiciera constar que "el trabajador prestará sus servicios en horario nocturno, siendo contratado específicamente para ello y quedando adscrito voluntariamente a dicho turno", en absoluto implica que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, supuesto que de conformidad con lo expresamente instituido en el art. 36.1 LET excluiría la necesidad de retribución específica" (STSJ de C. Valenciana de 18 de febrero de 2005, Ar. 85042, FJ Único). De hecho, en este pronunciamiento se relativiza la intervención convencional pues se considera que, aun cuando el Convenio Colectivo de aplicación indique que "el personal que trabaje entre las veintidós y las seis horas percibirá por cada hora en este tiempo, un plus a añadir al importe de la hora normal según las tablas del Convenio del año en curso, consistente en el 25 por 100 del salario correspondiente a cada categoría salvo en el caso de los trabajadores que hayan sido contratados expresamente para trabajos nocturnos", eso no significa que pueda convertirse en dispositiva la norma contenida en el art. 36.2 LET.

Este precepto excluye de la retribución específica el trabajo nocturno por su propia naturaleza. Pero este concepto, el de "propia naturaleza" ha sido interpretado por la jurisprudencia (SSTS de 6 de julio de 1992 y 25 de febrero de 1994, Ar. 3322 y 1224) en el sentido de que la nocturna sea la forma habitual de realizarse u organizarse en la actividad o profesión y responda al común sentir social. Y, así, por ejemplo, un trabajo en panadería (fabricación) es esencialmente nocturno porque "...la demanda social exige la existencia en el mercado, desde muy tempranas horas y con elaboración reciente, de un producto, cual es el pan, destinado a satisfacer necesidades de un amplio sector de la población. De ahí que los trabajos relacionados con su elaboración y distribución hayan de ser realizados, al menos en parte importante, en horas comprendidas dentro del período que marca el invocado art. 34.6..." (STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de febrero de 2005, Ar. 85042, FJ Único).

4. Es lo que ocurre cuando la empresa realiza contrataciones temporales en las que introduce una cláusula para establecer el derecho de los trabajadores a ser remunerados según Convenio Colectivo, en función de la categoría y nivel salarial que a cada uno corresponda, y añadiendo que dicho salario se establece teniendo en cuenta que el trabajo es en parte nocturno por su propia naturaleza. De esta forma, la empresa no retribuye con el plus de nocturnidad a estos trabajadores temporales, siendo así que, la mayor parte de ellos, en función del turno que les correspondiera, han prestado servicios tanto en horario diurno como nocturno.

Los tribunales del orden social consideran que una actuación como la expuesta vulnera lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores "pues ni el trabajo en la actividad conservera puede calificarse por esencia como nocturno, sin perjuicio de su posible realización en dicho horario dependiendo del sistema organizativo implantado en la empresa, ni en lógica consecuencia el salario de convenio según niveles y categorías profesionales que la empresa vino abonando a los trabajadores ha tomado en consideración la eventual circunstancia de realización del trabajo en horario nocturno, la cual merece en el propio Convenio un tratamiento retributivo específico mediante el reconocimiento de un plus por nocturnidad del 25 por 100 a quienes presten servicios entre las diez de la noche y las seis de la mañana" (STSJ de Murcia, de 20 de noviembre de 1995, Ar. 4397, FJ 4).

1.3. Nulidad de las cláusulas que imponen la renuncia al percibe del plus de nocturnidad

1. En consecuencia, los tribunales suelen declarar la nulidad de las cláusulas contractuales limitativas de derecho en las que se expone que "dada la propia naturaleza del trabajo de guarda y su desarrollo a turnos, no se devengará retribución específica cuando se desarrolle en período nocturno, ya que el salario

se ha establecido precisamente atendiendo a esta circunstancia" (STSJ de Cantabria de 16 de noviembre de 1999, Ar. 6987, FJ 3). A ello contribuye, por ejemplo, el que el Convenio Colectivo –que sustituye diversos conceptos antiguos por nuevos complementos salariales entre los que no se encuentran ni la nocturnidad ni la turnicidad- no distinga, a efectos retributivos, entre el salario de un guarda diurno o con trabajo a turnos y el de un guarda nocturno y, además, que todos los trabajadores de la empresa cobren el denominado "complemento funcional", siendo idéntica la cantidad para todos los guardas.

La invalidez de un negocio jurídico supone la falta de algunos de los elementos fundamentales del contrato. Por el contrario, la ineficacia se produce cuando, concurriendo en el contrato todos sus elementos esenciales y los presupuestos de validez, no llega a tener efectividad por impedirlo una causa exterior o extrínseca a tal contrato. Sin embargo, la doctrina civilista tiende a minimizar tal distinción por entender que ineficaz es el negocio inválido, por lo que invalidez e ineficacia describen una misma realidad. Cuando se alude a la invalidez normalmente es para referirse a casos de ineficacia inicial, en los que el contrato no se ha perfeccionado por faltar algún elemento esencial o la forma esencial exigida, en su caso. Quizá, si se parte de esta hipótesis, la invalidez no deba ser considerada un tipo de ineficacia pues los clásicos supuestos de invalidez con reconducibles a la nulidad o anulabilidad ([283]).

Pero tanto una como otra, invalidez e ineficacia, deben se distinguidas de la inexistencia contractual. Esta última se presenta cuando en el tráfico jurídico existe una apariencia de contrato que no se corresponde con la realidad, que carece de contenido real por cuanto no existe contrato alguno pero la merca apariencia o construcción artificiosa e irreal produce efectos jurídicos (retribución, cotización, reconocimiento de prestación, etc). Por eso, el contrato radicalmente nulo no produce efectos pero la nulidad parcial sí permite que los tenga. Por expreso deseo del art. 9.1 LET se llevará a cabo la sustitución de los

[283] CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *Lecciones de Derecho Divil. Derecho de obligaciones y contratos en general*, Madrid, Tecnos, 2015, pág. 162.

puntos o cláusulas nulos por aquello que disponen los preceptos jurídicos adecuados. Esto significa, como ha expuesto la doctrina y entre otros efectos, que la nulidad de una estipulación contractual no provoca automáticamente la nulidad del contrato y que la parte pueden convenir válidamente en el contrato que la declaración de nulidad de una cláusula no determine la nulidad de todo el contrato sino la de aquel aspecto que contraría la norma ([284]).

1.4. La actividad nocturna de la empresa

1. En ocasiones, la empresa considera que, puesto que la totalidad de la jornada se desarrolla en período nocturno, esto es, entre las diez de la noche y la seis de la mañana, en tanto la empresa (bar de copas) sólo tiene actividad de noche, el derecho a plus decae por la propia naturaleza nocturna del trabajo efectuado.

Pero los tribunales no suelen compartir esta tesis. El art. 36.1 LET establece que el trabajo nocturno tendrá una remuneración específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario haya sido fijado atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza (o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos, lo que no guarda relación con el litigio). Se reconoce así el papel de la negociación colectiva, tanto en la determinación de la cuantía de la compensación económica como en la concreción del trabajo nocturno por su propia naturaleza. En el Convenio Colectivo de aplicación (hostelería) se hace constar expresamente que sus tablas salariales no recogen ningún salario especial por trabajo de noche en ninguna categoría profesional. No obstante, se considerará que "únicamente son nocturnos por su propia naturaleza los servicios del personal de salas de baile, discotecas, salas de fiesta, tablaos flamencos y cafés - teatros". Por lo tanto, existe una delimitación expresa en la negociación colectiva de cuándo se

[284] LÓPEZ CUMBRE, "El trabajo prohibido"...*op.cit.*,pág. 439.

considera trabajo nocturno por su propia naturaleza. El hecho de que el local abra únicamente en horario nocturno no constituye un factor determinante pues, de haber sido así, habría sido considerado por la negociación colectiva y se considera "forzoso atenerse a la concreción que la norma convencional ha realizado en cumplimiento de la norma legal" (STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008, Ar. 35428, FJ Único).

2. Con independencia de que se trate de una empresa de la rama del juego (casino) cuya actividad se realiza fundamentalmente en las horas nocturnas, es necesario acreditar la propia naturaleza del trabajo nocturno. Esto es así porque los servicios de seguridad y control propios de la mencionada categoría se realizan a lo largo de toda la jornada, sin que tenga influencia directa el hecho de estar abierto o cerrado al público el local del casino.

No se ha probado que se haya fijado un salario superior al del Convenio Colectivo tomando en consideración la circunstancia de nocturnidad, ni se ha demostrado que el actor perciba una retribución superior que los demás trabajadores de su misma categoría que prestan servicios durante el día, y aunque en el anexo del contrato se formalizara la cláusula de que se estipulaba la remuneración teniendo en cuenta el carácter fundamentalmente nocturno en la jornada de trabajo en los casinos de juego, "ello significa una renuncia de derechos irrenunciables, pues es sabida la prohibición de que los trabajadores dispongan de derechos subjetivos reconocidos en norma legal de derecho necesario, a que se refiere el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, máxime teniendo presente que la naturaleza jurídica de un empleo o actividad laboral a los efectos que aquí nos interesan, no depende del *nomen iuris* o denominación empleada por las partes, ni de la actividad de la empresa, sino de su esencia y contenido, es decir, de la verdadera realidad, y bien entendido que el incremento

o plus de trabajo nocturno responde a una remuneración de derecho necesario" (STSJ de Andalucía, Málaga, de 20 de septiembre de 1993, Ar. 4040, FJ 2) ([285]).

3. Una situación que se reproduce constantemente en el ámbito hospitalario con prestaciones a tiempo completo y, sobre todo, a tiempo parcial. Limpiadoras a las que se deniega el plus de nocturnidad por entender que realizan un trabajo nocturno por su propia naturaleza pues el hospital "siempre" requiere limpieza nocturna. Pero "un centro hospitalario, por los servicios que presta, funciona de mañana, de tarde y de noche, tanto en lo que respecta al personal sanitario como en lo que atañe a la limpieza del mismo, que ha de cuidarse en extremo a la vista de la actividad, a la que obedece su existencia. Las máximas de experiencia, directamente aplicables como pertenecientes al acervo cultural de la persona, indican que la limpieza de un hospital no se realiza de noche, pues es impensable que la habitación de un enfermo se pueda limpiar en horario nocturno, o que mientras los enfermos duermen se efectúe ésta en los diversos pasillos, o que cuando concluye el horario de visita al público se deje suciedad en pasillos, papeleras, etc. Hasta las diez de la noche que comienza el horario nocturno, o del propio modo, después del horario de consulta se deje en tal estado la dependencia hasta que se incorpore el personal de noche" (STSJ de Extremadura de 5 de diciembre de 2007, Ar. 723, FJ 3).

Indicación que surge también ante los vigilantes de obra a los que se les niega el plus de nocturnidad por entender que se trata de un trabajo nocturno por su propia naturaleza. Conforme al Convenio Colectivo de aplicación (trabajo para la construcción y obras públicas), el horario de trabajo en las obras, almacenes parques y talleres, así como en las oficinas, estará establecido entre las 8 y las 20 horas de lunes a viernes, salvo pacto colectivo en contrario. La jornada

[285] Sobre las limitaciones de la renuncia, *vid* LÓPEZ CUMBRE, L., "La remuneración del trabajo: el derecho de salario (arts. 1 y 4 LET), *op.cit*..., pág. 25.

laboral se fija en cuarenta horas semanales, si bien la de los porteros, guardas y vigilantes será de setenta y dos horas semanales, remunerándose a prorrata de su salario base las que excedan de la jornada ordinaria establecida, con carácter general.

Por su parte, la norma convencional indica que el personal que trabaje entre las veintidós horas y las seis de la mañana, percibirá un plus de trabajo nocturno equivalente al 25% del salario base de su categoría. El Convenio consagra, por tanto, "el plus de nocturnidad como medio de compensación del trabajo nocturno; sin contemplar otras fórmulas de resarcimiento. En consecuencia, probado que la realización de su trabajo se realizó por el demandante durante horas nocturnas, y no constando que el salario del trabajador recurrente se hubiera establecido atendiendo a que fuera nocturno por naturaleza o se hubiera acordado la compensación por descansos, (aun cuando, de acuerdo con el sentir común, el trabajo de vigilante nocturno pudiera ser calificado como trabajo nocturno por naturaleza, como parece haber entendido el juzgador de instancia)" (SSTSJ de Extremadura de 15 de noviembre de 2007, Ar. 66260, FJ3 y 13 de marzo de 2003, Ar. 187723, FJ1), procede abonar el plus de nocturnidad exigido.

1.5. La realización de la actividad en horario nocturno

1. El Estatuto de los Trabajadores, que regula los mínimos de derecho necesario a respetar tanto por pacto individual como por negociación colectiva, sólo remite a la negociación la retribución del trabajo nocturno, pero no la definición del mismo ni las exclusiones en cuanto a su abono, cuando sea nocturno por su propia naturaleza o se acuerde descanso compensatorio. Por eso, cuando las funciones que realiza el trabajador no implican necesariamente su

realización en horario de noche, no cabe calificarlas como nocturnas por su propia naturaleza. El hecho de que la actividad del trabajador (gerocultor en residencia de ancianos) se efectúe de noche no determina por sí misma la naturaleza nocturna del trabajo pues, de ser así, debería consignársele con un salario nocturno específico o con una compensación con descanso concreta. Al no quedar probado, procede el pago del plus de nocturnidad (STSJ de Extremadura de 20 de septiembre de 2004, Ar. 254671, FJ 2).

El hecho de que la empresa, por su específica organización productiva, tenga implantado el turno de noche no significa que se trate de un trabajo nocturno por naturaleza (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 20 de julio de 2004, Ar. 210271, FJ 4). Y, así, que la empresa requiera en su organización la implantación del turno de noche no atribuye a las tareas realizadas por el trabajador durante el mismo, la de naturaleza nocturna, ya que ello sólo es predicable a los que por su contenido y atendiendo a criterio sociológicos pueden reputarse. La conducción de vehículos puede realizarse indistintamente tanto de día como de noche cuando, además, el salario del trabajo no se le atribuye por la ejecución nocturna de su trabajo sino por su clasificación en la categoría general correspondiente a la negociación colectiva aplicable.

2. La mera alegación de la habitualidad sobre el trabajo en turno de noche tampoco es admitida por los tribunales. El hecho de que el trabajo de lavacoches (en relación a autobuses urbanos) sea habitualmente nocturno porque los autobuses prestan un servicio diurno y el hecho de que la empresa nunca haya tenido lavacoches con servicio diurno no constituyen una apreciación categórica que convierta la prestación en trabajo nocturno por su propia naturaleza.

No existiendo impedimento alguno para lavar los autobuses en jornada ordinaria de día y no habiéndose pactado la jornada nocturna en el contrato, no procede excluir el pago del complemento por nocturnidad pues "no sería justo que los lavacoches recibiesen la misma retribución en trabajo diurno que nocturno" (STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2002, Ar. 284234, FJ 6). Se incumpliría, así, lo previsto en el art. 36.2 LET que incrementa la retribución del trabajo nocturno con una retribución específica distinta del diurno por su especial gravosidad, y por la alteración que supone de las reglas de retribución del trabajo. Esta exigencia sólo se dispensa cuando el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o cuando se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos y ninguna de estas circunstancias queda acreditada en una labor que se realiza por la noche pero que podía ser realizada por el día.

3. Contribuye a todo ello la confusión que, en ocasiones, se produce en la doctrina judicial sobre trabajador nocturno y trabajo nocturno. "La circunstancia de que la actividad de la empresa y, por ende, la de los trabajadores de la misma se realiza fundamentalmente en período nocturno, no implica sin más que el salario correspondiente lo sea atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, sino que ello sólo será posible si el Convenio Colectivo o el acuerdo individual así lo dispone" (STSJ Comunidad Valenciana de 13 de junio de 2000, Ar. 283313, FJ 1).

1.6. La similitud del trabajo nocturno con el trabajo diurno

1. Cuando la actividad desempeñada por el trabajador (recoger de la cadena de Fasa Renault los vehículos que fabrica, trasladándolos y posicionándolos dentro de su recinto, donde otra empresa los carga para su transporte) no difiera de las funciones que realizan sus compañeros de trabajo en

turnos de mañana o tarde no puede admitirse la propia naturaleza del trabajo como nocturno. Máxime cuando el salario de los trabajadores de los tres turnos es idéntico (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de octubre de 2004, Ar. 276884, FJ 2)

2. Así, la controversia puede afectar a categorías profesionales (monitores de residencia) que efectúan su trabajo de noche, no siendo categorías específicamente nocturnas ya que lógicamente las mismas funciones pueden ser desempeñadas durante todo el día en atención al alumnado, no procede si no la aplicación del art. 34.6 LET con el correspondiente abono del plus de nocturnidad (STSJ de Andalucía, Málaga, de 6 de septiembre de 1996, Ar. 2838, FJ 5). No cabe otra solución cuando se comprueba que estos trabajadores perciben por todos los conceptos idéntico salario al que reciben quienes realizan la misma función de día, sin que haya sido establecido un salario específico para ellos, considerando que "resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 34.6 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción originaria dada por la Ley 8/1980, de 10 marzo, sobre derecho a un incremento mínimo del 25% del sueldo base, en concepto de complemento salarial por trabajo nocturno" (STSJ de Andalucía, Málaga, de 6 de septiembre de 1996, Ar. 2838, FJ 5).

3. Por lo demás, el hecho de que se trate de personal contratado para el servicio nocturno percibiendo similar retribución que los trabajadores de jornada diurna genera una manifestación favorable a la concesión del plus por parte de los tribunales (STSJ de Andalucía, Granada, de 31 de mayo de 1994, Ar. 2134, FJ Único).

Cuando la remuneración no difiere del resto de los trabajadores de la misma categoría profesional que realizan labores diurnas siendo retribuidos estos últimos cuando realizan horas nocturnas además de las diurnas con el plus de nocturnidad, no se justifica que aquellos no la perciban. Y, así, no puede desconocerse en el Convenio Colectivo que es trabajo nocturno por su propia naturaleza, aquel que en fijación de salarios se ha tenido en cuenta el carácter nocturno, correspondiendo al empresario la prueba de que se tuvo en cuenta la circunstancia a la hora de fijar el mismo, es decir, que en todo caso habrá que justificar la existencia de dicha compensación, la que no sólo puede realizarse en metálico (STS 4 de marzo de 1992, Ar. 1618, FJ 4). Por lo que, si se comprueba que el trabajador percibe iguales emolumentos que los trabajadores que realizan jornada diurna y que el montante horario es igual para unos y para otros, debe estimarse la pretensión de percepción del plus de nocturnidad aun cuando el trabajo se realice a tiempo parcial ([286]).

1.7. Compensación del plus con otros complementos

1. Cabe entender, en algunos casos, que tanto el plus de nocturnidad como otros (trabajo en domingos, por ejemplo), ambos contemplados en el Convenio Colectivo de la empresa, por su propia naturaleza (redactores de periódico), vienen a compensar al trabajador las molestias personales y familiares que conlleva la realización de actividad profesional en tales momentos o días, "y es, precisamente, por ello por lo que la doctrina y jurisprudencia han venido entendiendo, con acierto, la imposibilidad de compensarlos con otras percepciones del trabajador que, obedeciendo a motivaciones distintas, se perciban al margen o por encima del convenio colectivo, salvo que unos y otros complementos posean naturaleza homogénea" (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de julio de 1992, Ar.3520, FJ 3).

[286] Por todos, LÓPEZ CUMBRE, L., "Jornada parcial"...*op.cit.*, 172.

Mas, precisada la esencia de los pluses fijados, carece de relevancia que los trabajadores firmaran en sus contratos una cláusula por la que se comprometían a prestar su trabajo en jornada de noche y a trabajar todos los domingos, reconociendo imposibilidad de devengo de cantidades por tales conceptos, “y ello porque ambos conceptos retributivos se hallan previstos en el convenio colectivo de empresa como derecho de todos los productores de la misma, y configurados como derecho indisponible, al que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues tal naturaleza debe atribuirse, siempre, a los devengos salariales previstos en el pacto colectivo estatutario” . (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de julio de 1992, Ar. 3520, FJ 4).

1.8. El abono de horas extraordinarias en período nocturno

1. Razones como las expuestas sirven, asimismo, para negar la posibilidad de abonar un incremento de jornada como hora extraordinaria en horario nocturno. En el caso planteado, los trabajadores prestaban servicio en jornada nocturna de 10 de la noche a 8 de la mañana, en días alternativos. Defienden la pretensión de que la décima hora de su jornada se retribuya como extraordinaria en base a lo dispuesto su Convenio Colectivo (establecimientos sanitarios). En dicho Convenio se reconoce que "la jornada nocturna será de 70 horas cada dos semanas consecutivas efectivamente trabajadas en días alternos. En el caso de que se rebase las 9 horas diarias, la décima hora se considerará extraordinaria y de carácter estructural". De esta forma se cumple lo previsto en el art. 34.2 LET que permite la prestación obligatoria de horas extraordinarias si se pacta así Convenio Colectivo, sin rebasar los límites legales de lo que se infiere que en lo que tal norma se estatuye es que en cada día alterno en que trabajan, los operarios

están obligados a prestar servicios durante diez horas, de las cuales nueve son ordinarias y la décima extraordinaria.

Se trata, pues, de una jornada obligatoria de diez horas por día de trabajo, pero esto no significa que la totalidad de esta jornada deba ser calificada como ordinaria, máxime cuando este calificativo no se emplea en ningún momento a este respecto. Mas "si la ley permite el trabajo nocturno a cambio de un incremento retributivo compensatorio de la incomodidad que representa, "la *ratio legis* obliga a entender permisible la compensación mediante la comodidad de un horario reducido, sin merma salarial, y como la jornada nocturna, que realizan los actores es más reducida que la diurna y, según el Convenio, perciben idéntica retribución en ambos casos, hay que considerar suficientemente compensado el plus de nocturnidad al ser absorbible por dicha reducción de jornada" (STSJ de Madrid, de 14 de mayo de 1992, Ar. 2711, FJ 1, STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1992, Ar. 2082), FJ 1, STSJ de Madrid, de 26 de abril de 1990, Ar. 1558, FJ 4).

2. Excepción al abono del plus por nocturnidad: el trabajo nocturno por su propia naturaleza

2.1. El carácter indeterminado del concepto de "trabajo nocturno por su propia naturaleza"

1. El Tribunal Supremo no ha dudado en que la calificación de un trabajo como nocturno por su propia naturaleza constituye una consideración abstracta ya que difícilmente puede existir alguno sólo realizable durante la noche. Se ha de atender, por tanto, al común sentir social, a las circunstancias de tiempo en que normalmente ha de ser desarrollado y que consiguientemente lo caracteriza y distingue. Por eso, son también muchas las sentencias de los diferentes tribunales del orden social que rechazan la obligación de abonar el plus de nocturnidad por

entender, ya sea de forma probada o indiciaria, que el trabajo es nocturno por su propia naturaleza.

Hace ya tiempo que se puso de manifiesto cómo el primer problema a resolver es la delimitación de cuándo un trabajo puede ser calificado como nocturno por naturaleza, entendida la expresión legal como requisito necesario, bien que no suficiente, para excepcionar la regla general de la compensación del trabajo nocturno. Se trata de una cuestión de formulación relativamente sencilla y cuya exacta inteligencia apela a la finalidad compensatoria y al fundamento comparativo de la regulación normativa del trabajo nocturno. Si la finalidad de la atribución del plus de nocturnidad es, como con rara unanimidad reconoce la doctrina judicial –procede citar aquí al extinto pero decisivo Tribunal Central de Trabajo (SSTC de 9 de enero de 1986, Ar. 1189 y 5 de octubre de 1987, Ar. 8891)– resarcir los perjuicios de un trabajo prestado en horas social, familiar y fisiológicamente intempestivas, manejándose como elementos de comparación para evaluar convenientemente esos perjuicios el trabajo prestado en horas tempestivas, las labores que con el citado plus se pretenden retribuir han de compensar necesariamente todas aquellas que puedan ejecutarse indefinidamente en régimen diurno o nocturno, y previamente y en atención a su potencial realización en cualquier hora, piden la compensación económica prevista al ejecutarse de noche.

La nota que delimita así la línea divisoria entre los trabajos nocturnos por naturaleza y que, en razón a ello, entran en la excepción, y los que carecen de esa condición, sujetándose al sistema compensatorio establecido con vocación de generalidad, es la infungibilidad o fungibilidad existente entre los momentos diurnos o nocturnos en los que es dable efectuar la prestación convenida. Si puede ejecutarse indistintamente en uno u otro momento, el factor nocturnidad no puede sre tildado de sustancial. La calificación de nocturno por naturaleza

queda definitivamente reservada a las labores en que dicho factor define sus contenido; o, dicho en forma más breve, a los trabajos que, de prestarse en período diurno, perderían sus cualidades intrínsecas, asociadas al ejercicio de la función. Explicitar cuáles son los trabajos que pertenecen a la categoría de nocturnos por propia naturaleza, es tarea que debe resolverse *ad casum;* esto es, comprobando las concretas circunstancias de su ejecución apreciadas en términos comparativos. Una actividad de vigilancia, por ejemplo, prestada por las noches podrá tan sólo ser calificada como trabajo nocturno por su propia naturaleza cuando se lleve a cabo en empresas o centros de trabajo cuyo funcionamiento regular se efectué en régimen diurno; solamente en tal supuesto el factor nocturnidad puede entenderse asociado con el ejercicio de la función, pues ésta no resulta intercambiable, aplicando el test de la fungibilidad, ni con los cometidos de vigilancia prestados en esa misma empresa o centro de trabajo en régimen de día ni con los que se presten en régimen de noche en otra empresa en la que, por razones organizativas, productivas o técnicas, se haya implantado el sistema de trabajo a turnos continuados. Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, es evidente que "no hay trabajos nocturnos por naturaleza en sí mismos considerados" sino, y como con acierto hizo notar la sentencia del extinguido Tribunal Central de Trabajo de 15 de diciembre de 1983, Ar. 9818 se resolverá en atención a las circunstancias de tiempo, lugar y condiciones en que tenga que efectuarse.

La reconocida dificultad de poder calificar un trabajo nocturno por su propia naturaleza ha llevado a la doctrina judicial a configurar el plus de nocturnidad como medio de compensación del trabajo nocturno, quedando relegadas las otras fórmulas de resarcimiento a trabajos verdaderamente excepcionales, cuyo campo de actuación termina por coincidir, casi de modo exclusivo, con las funciones de vigilancia, asistencia o mantenimiento prestados en modo tal que permitan al factor nocturnidad desarrollar una relevancia tipificadota. Por eso, el TCT consideraría, en su momento, trabajo nocturno por naturaleza la actividad del conserje de noche (STCT de 17 de marzo de 1981, Ar.

4561), la del el de vigilante nocturno (STCT de 25 de enero de 1982, Ar. 675) o la del guarda jurado nocturno (STCT de 7 de febrero de 1986, Ar. 1764).

Una doctrina heredada por el Tribunal Supremo, principalmente en su STS de 6 de julio de 1992, Ar. 5581 en la que se detiene en precisar los requisitos para la aplicación del art. 36.2 LET. "... El primero de estos consiste en que el trabajo que ha de realizar el personal afectado por el conflicto colectivo debe ser considerado nocturno por su propia naturaleza. La conclusión que procede no cabe obtenerla de la consideración abstracta de tal trabajo, ya que difícilmente existe alguno sólo realizable durante la noche. Se ha de atender, por tanto, al común sentir social, a las circunstancias de tiempo en que normalmente ha de ser desarrollado y que consiguientemente los caracteriza y distingue" (FJ 3).

2. Y, así, retomando un supuesto conflictivo antes expuesto (fabricación y distribución del pan), entiende el Tribunal que la demanda social exige la existencia en el mercado, desde muy tempranas horas y con elaboración reciente, de un producto, cual es el pan, destinado a satisfacer necesidades de un amplio sector de la población. De ahí que los trabajos relacionados con su elaboración y distribución hayan de ser realizados, al menos en parte importante, en horas comprendidas dentro del período que marca el invocado art. 34.6. El Convenio Colectivo aplicable así lo demuestra, pues su art. 7, relativo a horarios, contiene una detallada previsión sobre la hora en que han de incorporarse al trabajo determinadas categorías profesionales, precisamente las que actúan en las mencionadas tareas de elaboración y distribución, disponiendo dicha incorporación en momento anterior a las seis horas del día" (STS de 6 de julio de 1992, Ar. 5581, FJ 1).

Es evidente, por lo expuesto, que concurre en el caso el primero de los requisitos que la Ley exige para la operatividad de la excepción. También se considera cumplido el requisito de la retribución específica pues consta que el salario excede sobradamente de los mínimos legales lo que constituye indicio de que "al ser fijadas tales retribuciones se atendió al dato de la nocturnidad , difícilmente relegable teniendo en cuenta que el mismo convenio regula el horario en los términos antes aludidos, excluyendo ello la posibilidad de omisión al respecto en la regulación que efectúa de la estructura salarial". (STS de 6 de julio de 1992, Ar. 5581, FJ 4). En el mismo sentido la STS de 25 de febrero de 1994, Ar. 1519, "no cabe duda de la existencia del primer requisito, en cuanto la realidad social en respuesta adecuada a los gustos y usos de la población, acredita que la actividad relacionada con la elaboración y distribución del pan se realiza, en su mayor parte, dentro del horario prefijado por el repetido precepto estatutario" (FJ 3)

3. No faltan tribunales que exigen discernir cuándo un trabajo puede ser calificado como nocturno por naturaleza, entendida la expresión legal como requisito necesario, bien que no suficiente, para excepcionar la regla general de la compensación del trabajo nocturno.

Así, si la finalidad de la atribución del plus de nocturnidad es resarcir los perjuicios de un trabajo prestado en horas social, familiar y fisiológicamente intempestivas, manejándose como elementos de comparación para evaluar convenientemente esos perjuicios el trabajo prestado en horas tempestivas, "las labores que con el citado plus se pretenden retribuir han de compensar necesariamente todas aquellas que puedan ejecutarse indefinidamente en régimen diurno o nocturno, y previamente y en atención a su potencial realización en cualquier hora, piden la compensación económica prevista al ejecutarse de noche. La nota que delimita así la línea divisoria entre los trabajos nocturnos por

naturaleza y que, en razón a ello, entran en la excepción, y los que carecen de esa condición, sujetándose al sistema compensatorio establecido con vocación de generalidad, es la infungibilidad o fungibilidad existente entre los momentos diurnos o nocturnos en los que es dable efectuar la prestación convenida. Si puede ejecutarse indistintamente en uno u otro momento, el factor nocturnidad no puede ser tildado de sustancial. La calificación de nocturno por naturaleza queda definitivamente reservada a las labores en que dicho factor define sus contenido; o, dicho en forma más breve, a los trabajos que, de prestarse en período diurno, perderían sus cualidades intrínsecas, asociadas al ejercicio de la función" (STSJ Madrid de 15 de julio de 2010, Ar. 318343, FJ Único)**.**

Debe partirse, pues, de la base de que las funciones que tiene atribuidas el trabajador sólo se realizan en horario nocturno, (vigilante nocturno), que nunca ha cobrado un complemento por nocturnidad, como tampoco el resto de sus compañeros por lo que se considera que el salario pactado ya atendía a la circunstancia de que el trabajo se prestaba en horario nocturno, al ser un trabajo que por su propia naturaleza sólo podía realizarse en tal horario de forma que el salario reconocido al trabajador ya tenía en cuenta tal circunstancia.Es cierto que "las funciones de camarero (en un bar musical con reservados anexos para la prestación de servicios de naturaleza sexual) que desempeñaba el actor podían realizarse a cualquier otra hora del día pero en su caso él fue contratado para durante las horas de 22 a 4 ó 5 de la mañana, esto es, para atender los clientes que acudían al local en esas horas, de modo que de no realizarse el trabajo a esas horas, estos clientes dejarían de estar atendidos a diferencia de un trabajo industrial que busque rentabilizar las instalaciones estableciendo turnos nocturnos, en cuyo caso, ciertamente, sería un trabajo que igualmente se podría realizar durante el día y que si no se hace es porque hay otros trabajadores que ocupan el centro (STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2009, Ar. 2088, FJ 2).

Por lo demás, si el Convenio sólo prevé el complemento de nocturnidad para las sutituciones o turnos rotatorios, no procederá su pago si las tareas se deberán realizar en horario nocturno "siendo sus funciones velar/vigilar el sueño de los menores y levantarlos por las mañanas" por lo que el salario prevé la calificación del trabajo como nocturno por naturaleza (STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de marzo de 2009, Ar. 259679, FJ 1).

4. Del mismo modo, se considera que la limpieza de un hospital se realiza normalmente por el día, pero que, dada la actividad del mismo, existen diversos servicios que deben estar preparados para cualquier urgencia nocturna y que han de estar siempre en condiciones para el supuesto de que se vuelva a presentar una segunda. Para cuidar de los mismos se necesita personal que se encuentre a disposición de los aludidos servicios (urgencias, quirófanos, paritorios), pudiendo la actividad desarrollarse o no, en jornada completa o incompleta, según la presentación de las urgencias. De ahí que la trabajador realice su jornada entre las 22 horas y las 7,45 horas del día siguiente, "cuando fuese requerida para ello", por lo que la empresa la ha dotado de un busca para su localización. Por ello la naturaleza del trabajo de la actora se encuentra ligada a las características de labor secundaria de otra actividad, que necesariamente ha de ser desarrollada fuera del trabajo diurno" (STSJ de Extremadura de 7 de junio de 2004, Ar. 176028, FJ Único).

2.2. Los conflictos aplicativos derivados de la fijación de un salario específico por el trabajo nocturno por su propia naturaleza

1. El artículo 36.2 LET dispone que el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su

propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos . Y, por su parte, el Convenio Colectivo aplicable establece en su artículo 32 , respecto al plus de nocturnidad, que el personal que realice su jornada laboral o parte de ella entre las 22:00 horas y las 08:00 horas percibirá un suplemento equivalente al 25% de su salario base por cada hora trabajada en dicho periodo. Pero cuando se incluye una cláusula en el contrato de trabajo fijando una retribución atendiendo a que la jornada es nocturna por su propia naturaleza, con un salario superior al pactado para su categoría profesional en jornada diurna, no cabe si no admitir que se trata de un trabajo nocturno por su propia naturaleza. Por lo tanto, "habiendo pactado empresa y trabajador una retribución superior atendiendo a la naturaleza nocturna del trabajo encomendado, no procede reconocer cantidad alguna en concepto de plus de nocturnidad (STSJ de Castilla y León, Valladolid de 26 de septiembre de 2012, Ar. 361451, FJ Único).

No procede, pues, el abono del complemento de nocturnidad cuando el "trabajo por la noche forma parte esencial del sinalgama contractual al estar pactada su retribución en atención a dicha circunstancia". Por eso, y "aunque es difícil encontrar una actividad que sólo pueda desarrollarse por la noche, y, efectivamente, la limpieza de unos grandes almacenes puede hacerse de día y de hecho así se hace en parte para que no se acumule excesiva suciedad, no cabe duda de que la más exhaustiva y completa se efectúa por la noche, después el horario comercial, lo que no puede ser de otra manera pues con público sería difícil, cuando no imposible, realizarla" (STS de Extremadura de 18 de noviembre de 2010, Ar. 4578, FJ 4).

2. Al resolver algunos casos se precisa cómo la norma contempla el establecimiento de una retribución adicional ante una mayor incomodidad social y personal o desventaja de todo tipo que representa el trabajo nocturno cuando la

mayoría de la población descansa, ampliándose en el Convenio Colectivo el horario inicial previsto con carácter general en el art.36 LET al venir referido el inicio de la consideración de trabajo nocturno a partir de las diez de la noche cuando en el Convenio aludido se mejora dicho aspecto al iniciarse dicha nocturnidad a partir de las veintiuna horas. La norma convencional, al igual que lo hace la estatutaria, determina una retribución específica para el trabajo nocturno, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza.

El problema surge al identificar la función de los trabajadores (limpieza de contenedores de basura) que, según la empresa, obedece a un trabajo nocturno por su propia naturaleza por cuanto solo y en exclusiva se realiza de noche al tener que efectuarse tras la recogida de basura que así se hace y para evitar congestión de tráfico y malos olores. Pero si se establece una retribución específica superior a la ordinaria que para el mismo trabajo en sistema diurno, esa compensación mitiga la mayor penosidad por el desarrollo del trabajo nocturno en relación al diurno, por lo que sí se tomó en consideración a la hora de establecer el cuadro de retribuciones el incremento retributivo, tal y como la propia norma convencional prevé. Por lo que no procede si no concluir que el trabajador "ya percibe de forma expresa las retribuciones propias de un puesto de trabajo nocturno pues su salario está establecido en razón de su nocturnidad, lo que comporta que la misma deba ser confirmada, previa desestimación del recurso en su contra interpuesto" (STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 2006, Ar. 2144, FJ Único).

3. Por lo demás, la negociación colectiva no faculta sin más a percibir el complemento de nocturnidad por realizar el trabajo en jornada nocturna, ya que debe interpretarse conjuntamente con el art. 36.2 LET, norma de Derecho necesario.

En algunas ocasiones, los trabajadores pactan la realización del trabajo en jornada nocturna por tener que ejecutarse las funciones de limpieza de un centro comercial necesariamente en horario nocturno, por lo que no tienen derecho al complemento salarial reclamado. Pero, al ser facultad de la empresa la de organizar el trabajo de la forma más adecuada para obtener un mejor resultado productivo, y siendo de notorio conocimiento que las funciones de limpieza de los centros comerciales se realizan en horario nocturno, al estar previsto el horario diurno exclusivamente para resolver los problemas de mantenimiento de la limpieza que ocasionan la utilización del centro por los clientes en el horario comercial, el trabajo debe calificarse como nocturno por propia naturaleza, lo que les impide la percepción del complemento salarial reclamado en la cuantía establecida en el Convenio Colectivo, sin perjuicio de su derecho a percibir el incremento salarial pactado con la empresa por la realización de la jornada en horario nocturno (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de octubre de 2002, Ar. 845, FJ Único).

Cabe admitir, por tanto, la naturaleza nocturna del trabajo "pues la realidad del funcionamiento de los grandes Centros Comerciales, así nos lo enseña, y las labores de limpieza de los mismos han de ser realizadas, al menos... en horas de noche, ya que durante el día permanecen abiertos al público de manera continuada. Por lo demás, el trabajador viene percibiendo un "plus de actividad" siendo así que el Convenio no lo establece por lo que se trata de una retribución específica que compensa un salario superior al diurno por la naturaleza nocturna de la prestación" (STSJ de la Comunidad Valenciana, de 13 de febrero de 1997, Ar. 2544, FJ 3).

4. Queda claro, por lo demás, que los trabajadores contratados para horario de trabajo por la noche, perciben su salario atendiendo a la naturaleza nocturna del trabajo para el que han sido contratados y dada la actividad a la que

se dedica la empresa demandada –almacenaje y distribución de mercancías– las normas reguladoras de la misma han de caracterizarse por su variabilidad y adecuación entre situaciones y contingencias en que se desarrolla la realidad que tratan, adecuándolas a las exigencias de la realidad social. Por ello el art. 34,7 LET alude a las jornadas especiales de trabajo para determinadas actividades como es la del presente supuesto, permitiendo para ellas incluso la ampliación de jornada. En virtud de esta normativa, la empresa implanta por ello su horario nocturno, adecuando su jornada a la realidad social que le exigía su actividad. "Es claro por todo ello que el trabajo realizado por los trabajadores de la empresa demandada en el horario nocturno, es un trabajo esencial y necesario de naturaleza especial, retribuido por su especial naturaleza y debe ser considerado como trabajo de naturaleza nocturna, sin que, por ello se les deba abonar el plus de nocturnidad solicitado, pues es un trabajo que ya por su naturaleza recibe especial retribución" (STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2002, Ar. 2358, FJ 1).

Se rechaza asimismo el abono del complemento al ser el trabajo nocturno consustancial al contratado y, por ende, incluido en la excepción que contempla el Convenio Colectivo (servicio nocturno de marinería, atención y cuidado de instalaciones de puerto deportivo) (STSJ de Galicia de 6 de junio de 2001, Ar. 218568, FJ 3). Y también se rechaza el abono del complemento por nocturnidad cuando el trabajo por la noche forma parte esencial del sinalagma contractual al estar pactada su retribución en atención al trabajo nocturno (trabajador que realiza trabajo a turnos, correspondiendo de 22.00 h. a 06.00 h. una de cada tres semanas) (STSJ de Murcia de 20 de noviembre de 1995, Ar. 4397). No se admite como argumento para rechazar este pago el hecho de que exista una costumbre por parte de la empresa de abonar la nocturnidad, primero porque no resulta probada y, segundo porque la regulación de la antigua ordenanza de la industria químicano ha sido recogida en el Convenio Colectivo del ramo, no siendo, pues, de aplicación (STSJ de Navarra de 9 de febrero de 1999, Ar. 516, FJ 3. Se trata

de un trabajador que realiza trabajo a turnos, correspondiendo uno de ellos de 22.00 h. a 06.00 h. cada tres semanas).

3. Excepción al abono del plus por nocturnidad: la compensación por descansos

1. En ocasiones, la razón que esgrimen las empresas para evitar el pago del plus de nocturnidad es que el trabajador tiene compensado el percibo de dicho complemento con descansos ya que el Convenio Colectivo establece una jornada inferior en horas para el trabajo nocturno respecto del trabajo diurno.

Algunos tribunales rechazan esta tesis y estiman que ha de ser abonado por la empresa. Primero, por entender que esa reducción respecto a los trabajadores nocturnos se extiende, con carácter general, a todo trabajador nocturno y no para una categoría concreta (vigilante nocturno). Expresamente se estima que no se considerará trabajo nocturno el realizado por personal de vigilancia de noche, porteros o serenos, que hubieran sido específicamente contratados para prestar servicios exclusivamente durante el período nocturno pero, para eso, es necesario acreditar que el trabajador fue contratado de esta forma, de lo contrario no procede tal calificación. Por lo demás, el trabajador no goza de descansos compensatorios del plus de nocturnidad por el hecho de realizar una jornada anual de inferior a la de los trabajadores diurnos ya que no fue contratado específicamente para prestar servicios exclusivamente durante el período nocturno por lo que su salario tampoco ha sido fijado en virtud de esta magnitud. De ahí que las “horas trabajadas durante el período comprendido entre las veintidós horas y las seis horas, deberán abonarse con un recargo del 28 % sobre el salario pactado más antigüedad”, como compensación a la realización de un trabajo en horario nocturno (STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2006, Ar. 213451, FJ 2).

2. Sin embargo, algunos pronunciamientos no han dudado en considerar que si el Convenio Colectivo establece una jornada nocturna más reducida que la diurna, dicha reducción deba considerarse como compensación de la mayor penosidad que supone trabajar en horas nocturnas, excepcionándose en estos casos el pago del plus de nocturnidad. Las retribuciones fijadas en el Convenio son las mismas, ya se trabaje en turnos diurnos o en el nocturno, por lo tanto, se ha compensado la nocturnidad con un horario más reducido, que en definitiva implica mayor salario (STS 27 de febrero de 1995, Ar. 1262, FJ 2 y STS 4 de marzo de 1992, Ar. 1618, FJ 4). En el supuesto de autos, la reducción de jornada era de cinco horas semanales: turno de día (40 horas); turno de noche (35 horas), siendo la cuantía del plus el 25% del salario base. Los trabajadores que hacían el turno de noche trabajaban de 22.00 h. a 08.00 h. en noches alternas.

Del mismo modo, se considera que no procede la compensación por descansos acordada en contrato de trabajo después de la entrada en vigor del nuevo Convenio que sólo reconoce la retribución en metálico del trabajo nocturno. Ante el pacto contractual por mutuo acuerdo de que las horas trabajadas en período nocturno serán compensadas por jornada completa de treinta y cinco horas semanales o setenta en cómputo bisemanal, se recoge expresamente que la jornada de trabajo en turno de noche será compensada por descanso, no correspondiendo ningún tipo de retribución económica por tal motivo. Con posterioridad, el nuevo Convenio Colectivo no señalará compensación alguna sino que limitará a admitir que las horas trabajadas como nocturnas deben tener una retribución específica. Pues bien, si el Convenio determina la imposibilidad de compensar la jornada por descansos, sólo la diurna podrá ser compensada de esta forma y será la nocturna la que deba ser abonada en metálico mediante el plus de nocturnidad. No cabe, pues, pacto individual que sustituya la retribución mediante el plus por el descanso. Por lo demás, nada permite considerar que el descanso semanal o bisemanal con reducción de jornada a treinta y cinco o setenta hora horas sea más beneficioso para los

trabajadores que la compensación económica. Por cuanto “si fuera beneficiosa la compensación con reducción de jornada, lógicamente, no habrían procedido a interponer la correspondiente demanda ante la jurisdicción del orden social. Por lo que, incluso siguiendo la línea doctrinal establecida en el inicio de esta fundamentación, el pacto individual deberá ser sustituido por el contenido de lo establecido en convenio colectivo, por imperativo del artículo 36.3 del ET” (STSJ de Castilla y León de 19 de febrero de 2009, Ar. 1888966, FJ Único).

3. Se admite, asimismo, la compensación de la jornada nocturna con un horario reducido posterior. Y, así, algunos Convenios regulan el plus de nocturnidad estableciendo que los trabajadores que realicen su jornada en turnos rotatorios, cuando efectúen el turno de noche se les computará un incremento del 20% sobre el salario base por la totalidad de las horas trabajadas en el mismo. Se considerará trabajo nocturno todo aquel no inferior a cuatro horas que se realicen en el periodo comprendido entre las 22 y las 8 horas. Se concreta, de este modo, que “la jornada ordinaria que corresponde a aquellos/as trabajadores/as que prestan voluntariamente su servicio en turno de noche tendrá una duración máxima de 140 horas cada cuatro semanas", que contrasta con la jornada ordinaria máxima de 160 horas cada cuatro semanas consecutivas y rotatorias. Este tipo de regulación convencional obliga a plantear si los trabajadores que prestan voluntariamente sus servicios en el turno de noche, tienen derecho, no sólo a la reducción de la duración de la jornada laboral (de 160 horas a 140 horas cada cuatro semanas), sino también a la percepción del plus de nocturnidad.

Pues bien, atendiendo a lo establecido en el art. 36.2 LET la retribución del trabajo nocturno puede pactarse en el Convenio Colectivo, bien mediante su retribución específica, bien mediante la compensación por descansos, y en el presente caso, el Convenio Colectivo de aplicación ha fijado el abono de un plus de nocturnidad en una cuantificación concreta para los trabajadores que desempeñen trabajo nocturno, por aplicación del sistema de turno rotatorio, sin

ninguna reducción de la jornada ordinaria. Bien es cierto que dispone una compensación diferente para los trabajadores que se adscriben voluntariamente al turno de noche, mediante la reducción de su jornada laboral en los términos descritos (de 160 horas a 140 horas cada cuatro semanas), lo cual, en definitiva, supone "una mayor retribución salarial para el mismo período temporal computable. En consecuencia, debe concluirse que los trabajadores no podrán acumular ambos sistemas de retribución (abono del plus y reducción de jornada)" (STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2008, Ar. 354786, FJ 2).

4. Por otra parte, se entiende que, la existencia de un acuerdo tácito de compensar el trabajo realizado en horario nocturno con el descanso en camas habilitadas al efecto en habitaciones durante el tiempo que no deba atenderse ninguna urgencia: no puede estimarse como compensación del trabajo nocturno por descanso (STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2001, Ar. 274371). Para la empresa concurre la excepción al pago del plus de nocturnidad recogido en el artículo 36.2 LET por cuanto existe entre aquéllos y la dirección de la empresa un acuerdo tácito de compensar el trabajo realizado en horario nocturno con el descanso en camas habilitadas al efecto en habitaciones durante el tiempo que no deba atenderse ninguna urgencia, es decir, en situación de disponibilidad. Acuerdo que los trabajadores niegan, si bien, es cierta la existencia de una práctica establecida en la empresa desde hace un número importante de años consistente en que el personal facultativo que presta servicios en guardias dispone de camas en las que descansar, si bien en situación de disponibilidad.

Pues bien, la excepción contenida en el art. 36 LET se basa en el hecho de que el salario haya sido establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza. Pero en el supuesto de hecho no se retribuye a un trabajador nocturno sino el lapso de nocturnidad. Por eso, cuando el precepto legal se refiere a la compensación del trabajo nocturno por descansos, no se refiere al supuesto

planteado por la empresa sino a los períodos de descanso que diseña el artículo 34 y, en su caso, el artículo 37 de la LET pues es lo cierto que," aun cuando pudiera el trabajador que realiza su actividad en nocturnidad descansar en cama individual habilitada al efecto en tanto en cuanto no se requiriera su presencia por urgencia médica, éste se encuentra realizando su jornada laboral pues permanece en el trabajo a disposición del empresario, lo que resulta un contrasentido con la pretensión deducida por la recurrente. La consideración como tiempo de trabajo de todo el período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, viene establecida en la Directiva Comunitaria 93/104, al entender que durante las guardias de presencia física del médico en el hospital permanece en el trabajo a disposición del empresario. Así lo establece la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 03.10.00 , aun cuando referida a médicos de atención primaria, cuando razona que "los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo se dan en los períodos de atención continuada de los médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario" (STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2001, Ar. 274371, FJ 3). No existe, por tanto, pacto alguno aunque sí se demuestre la presencia de una práctica de empresa por tanto la inexistencia de cualquier acuerdo compensatorio con descanso efectivo de jornada de trabajo impide la infracción del art.1.255 del Código Civil.

Eso mismo sucede cuando no consta probado que la reducción de jornada tenga relación alguna con la nocturnidad del trabajo y ni siquiera consta probada la existencia de una reducción de jornada. Si el trabajador realiza toda la jornada dentro del período de nocturnidad, la compensación de la misma por descansos resulta imposible pues, para que se produzca la citada compensación, se exige que cada hora realizada de noche se compense con una hora de descanso, con la consiguiente reducción de jornada y tal compensación es imposible si toda la

jornada es nocturna (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 10 de enero de 2005, Ar. 33475).

5. Más difícil resulta la solución cuando la controversia se circunscribe a decidir si empresa y trabajadores han establecido un sistema de compensación por las horas nocturnas trabajadas al incrementar el período semanal de descanso de un día y medio a dos días, siendo ese medio día de incremento la compensación que absorbe el 25 % de valor del salario base que establece el Convenio Colectivo.

Frente a una primera solución en la que se atribuye al aumento de descanso semanal el carácter de compensación por las horas nocturnas, se anteponen datos objetivos; por una parte, que de una plantilla de treinta y seis trabajadores son veintinueve los que reconocen de forma expresa que el incremento de media jornada de descanso que se añade al descanso semanal del jornada y media es la compensación por las horas nocturnas realizadas y, por otra, que esa forma de compensación viene realizándose desde al menos dos años. De ahí que la interpretación lógica es que "ese medio día de mayor descanso tenga por causa las horas nocturnas realizadas como afirma la propia empresa y ratifican la mayoría de sus trabajadores. Mantener el criterio opuesto significa una interpretación de los hechos declarados probados que es contraria a los presupuestos fácticos del litigio y por tanto ilógica y por ello rechazable" (STSJ de Asturias de 17 de diciembre de 2004, Ar. 189657, FJ 2).

4. La compatibilidad (o incompatibilidad) del plus de nocturnidad con otros complementos salariales

4.1. La fijación global de la estructura salarial del trabajador nocturno como condición más beneficiosa

1. Como señala la STS 10 de abril de 2001, Ar. 4904 "nada impide que el contrato pueda regular o como condición más beneficiosa pueda fijarse una retribución global de los complementos salariales que supere la que procedería de aplicar la regulación convencional, sin que sea incompatible el complemento de nocturnidad con otras retribuciones y complementos aunque sean en superior cuantía al mínimo fijado en el Convenio" (FJ 3). Y, así, la reducción alegada de jornada no puede compensarse con la pérdida que se pretende del complemento de nocturnidad, pues son cantidades no homogéneas y además tal compensación ni está prevista en el Convenio, ni se pactó en el contrato, ni consta se haya pretendido de un modo expreso y detallado en instancia (STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2002, Ar. 284234, FJ 3).

2. Mas, con carácter general, los tribunales suelen optar por la incompatibilidad entre el complemento de nocturnidad y otros complementos. Eso es lo que ocurre cuando se considera que una oferta empresarial sólo produce efectos jurídicos con la aceptación del trabajador (SSTS 10 de abril de 2001, Ar. 4904; 11 de julio de 2001, Ar. 9585). El principio de favorabilidad o de norma mínima se cumple toda vez que el nuevo complemento es superior a la retribución por nocturnidad. El art. 36.2 LET tiene naturaleza de derecho necesario al fijar la necesidad de establecer una retribución específica. Esta exigencia sólo se dispensa cuando el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o cuando se haya acordado la compensación de este trabajo por

descansos. Pero cuando no consta compensación alguna de esta clase, ni el trabajo es nocturno por naturaleza., no procede ([287]).

Por esta razón, se impone tomar una decisión sobre si regla del artículo 36.2 LET es aplicable al contrato de trabajo y, aunque en principio podría serlo, "lo cierto es que lo que dice el precepto es que la retribución específica del trabajo nocturno se determinará en la negociación colectiva. La regla excluye al contrato de trabajo y sólo prevé el establecimiento de una retribución por la negociación colectiva. Cumplida por ésta el mandato legal, nada impide que el contrato pueda regular como condición más beneficiosa una retribución global de los complementos salariales que supere la que procedería de aplicar esos complementos en su regulación convencional. Es cierto que con ello se produce una retribución para el trabajo nocturno y el diurno, pero se ha hecho respetando el nivel marcado por el convenio para el primero, con lo que se cumple la exigencia del artículo 36.2 del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, la autonomía privada actúa aquí dentro del margen que le es propio sin vulnerar el orden público laboral –exigencia de una retribución específica del trabajo nocturno en el convenio–, ni el principio de norma mínima" (SSTS 10 de abril de 2001, Ar. 4904, 11 de julio de 2001, Ar. 9585, FJ 3).

Bien al contrario, se permite la compatibilidad entre el plus de nocturnidad y el complemento de turnicidad. El contrato de trabajo determina que, por la propia naturaleza del trabajo en régimen de turno cerrado, se inserte un complemento salarial por turnos por un importe anual. Dicho plus comprende y compensa todos los inconvenientes que se derivan de esta forma de prestación del trabajo. Razón que permite a la empresa justificar la ausencia del abono del plus de nocturnidad. Mas "los complementos de turnicidad y nocturnidad van destinados a retribuir circunstancias distintas de la prestación del trabajo, por lo

[287] Un estudio exhaustivo en LÓPEZ CUMBRE, L., "El salario (II) ...op.cit., pág. 848 y ss.

que son independientes. Prueba de ello es que, tal como resulta del cuarto fundamento de derecho de la sentencia impugnada, las propias nóminas del trabajador denotan que en ocasiones la empresa abonaba ambos complementos (STSJ de Madrid, 10 de octubre de 2014, Ar. 298212, FJ 8).

Aun cuando no falten pronunciamientos judiciales que opten por la incompatibilidad entre el plus de turnicidad y nocturnidad (STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de febrero de 2009, Ar. 237454). Estableciéndose en el nuevo Convenio Colectivo la incompatibilidad entre la percepción del complemento retributivo por realización del trabajo a turnos con la percepción del complemento de nocturnidad, en atención a la diversa situación que ello comporta, lo cierto es que no cabe en sede judicial alterar lo que ha sido decidido por el legislador convencional, en el ejercicio de la función creadora del derecho que constitucionalmente le viene atribuida a los interlocutores sociales (artículo 37,1 CE), y desarrollada posteriormente por el derecho positivo (artículos 82 y ss. LET). Teniendo en cuenta, además, "la existencia del complemento transitorio referido, que en parte viene sin duda a dar una respuesta a los problemas complejos derivados de la integración, en el ámbito de regulación de un nuevo pacto colectivo que tiene un mayor ámbito de aplicación, de muy distintos sectores públicos, y por ende, de trabajadores procedentes de otros diversos y más específicos Convenios Colectivos, que regulaban anteriormente su vinculación laboral con la respectiva Administración empleadora"(STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de febrero de 2009, Ar. 5554, FJ 4).

4.2. Supuestos en los que se admite la compatibilidad entre el plus de nocturnidad y otros complementos

1. Sí se admite, sin embargo, la compatiblidad del plus de nocturnidad con el plus de libre disposición (STSJ de Castilla y León, Valladolid de 26 de octubre

de 1999, Ar. 4569). Se entiende que el plus de nocturnidad queda absorbido por el plus de libre disposición así como en el horario flexible que tienen los trabajadores y, precisamente por tal flexibilidad, en ocasiones, la jornada puede extenderse una o dos horas respecto a la duración de la ordinaria, pasadas las 22 horas del día. Al razona de este modo se desconoce que "la finalidad del plus de nocturnidad y confundir con la del de libre disposición, siendo la del primero, resarcir el desgaste físico y las molestias sociales y familiares que la vigilia laboral comportan, esto es, trabajar en todo o en parte entre las 22 y las 6 horas según el Convenio Colectivo, mientras que el de libre disponibilidad lo que se retribuye es el estar a disposición de la empresa en todo momento para cubrir necesidades informativas de carácter excepcional y eventual; en consecuencia, es perfectamente compatible flexibilidad de horario con trabajar de noche, pues, si la jornada se alarga hasta comprender horas que están entre las 22 y 6 horas, el complemento de nocturnidad se debe cobrar" (STSJ de Castilla y León, Valladolid de 26 de octubre de 1999, Ar. 4569, FJ 3).

También se declara la compatibilidad del plus de nocturnidad y el plus de festivos (STSJ de Aragón, de 25 de septiembre de 1996 Ar. 2814). Los trabajadores prestaron servicios nocturnos y en festivo y ambas modalidades retributivas gozan de plena autonomía "sin que, por otra parte, exista norma expresa que proscriba su percepción simultánea, careciendo de poder suasorio la tesis de que la prestación de servicios nocturnos en día festivo configura una situación de hecho prolongada en el tiempo que conduce a una admisión tácita de la incompatibilidad de ambos pluses puesto que de tal situación no puede inferirse el aquietamiento irrevocable a la misma por parte de los actores y en cuanto a la tesis de que la percepción de ambos pluses por la prestación de servicios en una misma secuencia temporal supone una dualidad de retribuciones con base en un mismo hecho, tampoco puede sostenerse porque el reconocimiento simultáneo de los dos pluses responde a las diferentes perspectivas que ofrece el tema debatido, la nocturnidad, de una parte, y el

carácter festivo de dicha secuencia temporal, de otra, tratándose, por tanto, de una duplicidad de causas que legitima perfectamente la reclamación efectuada" (STSJ de Aragón, de 25 de septiembre de 1996, Ar. 2814, FJ 2).

2. Del mismo modo se determina la compatibilidad con el plus de turnicidad (STSJ de Madrid, de 2 de marzo de 1992, Ar. 1568). Procede abonar el plus de nocturnidad a quienes han trabajado en horas nocturnas comprendidas entre las diez de la noche y las seis de la mañana siguiente, y ello aun cuando el Convenio Colectivo aplicable no prevea expresamente entre las retribuciones de su personal el abono de tal plus, lo que en modo alguno implica su exclusión, ya que en tal caso rige lo preceptuado en la citada norma del Estatuto mencionado, y sin que, por otro lado, la percepción por parte de los trabajadores de una cantidad mensual en concepto de plus de turnicidad fijado en el Convenio, impida en modo alguno el percibo concurrente de este otro plus de nocturnidad reclamado, puesto que "teniendo uno y otro distinta finalidad y naturaleza, resultan ser perfectamente compatibles en su percepción, ya que el de turnicidad tiene por objeto compensar a los trabajadores los trastornos y molestias que les puede ocasionar el cambio rotatorio en los turnos de trabajo, mientras que el de nocturnidad responde a la finalidad específica de incrementar la retribución de aquellos que trabajan en horas nocturnas, y precisamente por la mayor incomodidad que supone el trabajar de noche, por lo que dándose ambas circunstancias en los actores, como son la de rotar en los turnos de trabajo y la de trabajar en horas nocturnas, cuando el turno de noche les corresponde, es obvio que tienen derecho a percibir ambos pluses expresados" (STSJ de Madrid, de 2 de marzo de 1992, Ar. 1568, FJ 3).

5. Compensación y absorción del plus de nocturnidad

5.1. Compensación y absorción del plus de nocturnidad como consecuencia de un incremento global del salario del trabajador

1. No cabe duda de que para que opere la compensación y absorción que permite el artículo 26.5 LET es preciso que entre los conceptos que se traten de compensar exista homogeneidad (SSTS 15 de enero de 1997, Ar. 3322, 20 de mayo de 2002, Ar. 5648 y 26 de marzo de 2004, Ar. 2992).

Siguiendo esta tesis, también los Tribunales Superiores de Justicia entienden que, para que opere la compensación y absorción salarial, es preciso que los conceptos que se pretenden absorber y compensar tengan carácter homogéneo. En concreto, respecto del plus de nocturnidad, que la retribución específica por trabajador en jornadas nocturnas, dado su finalidad de resarcir al trabajador de las molestias personales y familiares que ello le ocasiona, no puede ser absorbida ni compensada por los incrementos salariales pactados en Comercio Colectivo para otros conceptos, por lo que no puede aceptarse que las subidas en el salario base, transporte y manutención establecidas en el nuevo Convenio Colectivo obedezcan a la misma finalidad que el establecimiento del plus o complemento de nocturnidad que se pretende absorber (STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 1998, Ar. 2384, FJ 1).

Cuando se comprueba que la empresa abonaba al trabajador en concepto de salario base una cantidad inferior a la establecida en los Convenios Colectivos aun cuando pagara otras cantidades, parece evidente que estos último se hacía por diversos conceptos, pluses o complemento (minusvalía, actividad, transporte y vestuario) que, por su denominación y sin que conste otra cosa, compensaban

circunstancias y obedecían a finalidades distintas del trabajo normal y ordinario prestado, por lo que "no pueden compensar el salario fijado convencionalmente para el trabajo normal, razón por la que tampoco pueden compensar el complemento de nocturnidad, que, además de estar establecido expresamente en el convenio, tiene una finalidad también específica y que nada tiene que ver con los conceptos a los que obedecen los otros" (STSJ de Extremadura de 8 de enero de 2009, Ar. 113454, FJ 2).

Como se ha señalado en numerosas ocasiones, el plus de nocturnidad "retribuye una condición laboral totalmente objetiva (la realización del trabajo en horario nocturno), siendo patente que la compensación por ese superior gravamen laboral que representa el trabajar de noche nada tiene que ver con otros pluses de rendimiento, disponibilidad u horas extras". (STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2007, Ar. 638, FJ 8).

2. De ahí que sean muchos los pronunciamientos que consideran compensable el plus de nocturnidad cuando se produce un incremento salarial provocado sobre el contrato de trabajo. Se tiene en cuenta, así, las nuevas condiciones en las que se desarrolla el trabajo y, entre otras, la jornada necesariamente nocturna que tiene que desarrollar el trabajador (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 24 de marzo de 2004, Ar. 78509, FJ 5). También se admite que la percepción de una cantidad anual por mejora voluntaria superior a la que se reclama por la realización del trabajo nocturno admitiéndose, como en el caso anterior, que el incremento salarial pactado recoge la realización nocturna de la actividad prestada (STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2003, Ar. 3083, FJ 4).

Del mismo modo, cuando se solicita la absorción y compensación respecto del salario global percibido por el trabajador ha de entenderse que dicho salario comprende el plus de nocturnidad por cuanto "cuando existen diferencias salariales entre los que trabajan unas horas de noche y las establecidas en Convenio para trabajadores diurnos, ello sólo puede obedecer al hecho de que aquéllos trabajan de noche, y por tanto no procede obtener el plus de nocturnidad

establecido en el art. 36.2 del Estatuto de los Trabajadores, porque ya se ha fijado esta retribución en atención a la nocturnidad" (STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de septiembre de 2000, Ar. 75477, FJ 3).

Siguiendo lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo "la figura de la compensación y la absorción(…) siempre ha tenido como objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quedaba neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta; así, el incremento del salario mínimo interprofesional es absorbido, y por lo tanto no acrece, el salario superior que percibiera ya un trabajador en base a lo previsto en el convenio o pacto regulador de sus condiciones de trabajo, y, por lo mismo, el incremento salarial previsto en un convenio colectivo es absorbido y queda neutralizado por el salario mayor que ya percibiera el trabajador afectado como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario" (STS 10 de noviembre de 1998, Ar. 9548, FJ 2).

Así, cuando la retribución voluntaria abonada al actor no implica un nuevo cuadro de retribuciones distinto al pactado "sino un incremento salarial que, a falta de otra prueba, respondía al trabajo ordinario prestado por el actor de conformidad con el Convenio Colectivo aplicable (por lo que sólo conceptos ordinarios serían homogéneos a efectos de compensación); y constituyendo el reconocimiento de un plus retributivo específico a quienes presten servicios en horario de noche una condición mínima de derecho necesario, que no admite otra excepción que la de que el salario base se haya fijado atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos, no cabe si no admitir la absorción de estas cantidades (STSJ de Murcia de 20 de noviembre de 1995, Ar. 4397, FJ 3).

5.2. La compensación y absorción del plus de nocturnidad con otros pluses de naturaleza distinta presuntamente homogénea

1. No es infrecuente que la empresa deje de abonar cantidad alguna por la realización de trabajo nocturno, optando en su lugar por un sistema retributivo según el cual los trabajadores perciben, además de las retribuciones establecidas en Convenio Colectivo, un complemento denominado "retribución voluntaria" que supera en su conjunto y cómputo anual la cuantía derivada del plus de nocturnidad ([288]). Al plantearse la compensación del plus de nocturnidad con la retribución voluntaria se parte de la premisa de que la retribución específica del trabajo nocturno deberá estar fijada en la negociación colectiva.

La regla excluye al contrato de trabajocomo fuente de establecimiento y sólo prevé la concreción de una retribución por la negociación colectiva.ahora bien, cumplida por ésta el mandato legal, nada impide que el contrato pueda regular como condición más beneficiosa una retribución global de los complementos salariales que supere la que procedería de aplicar esos complementos en su regulación convencional. "Es cierto que con ello se produce una retribución para el trabajo nocturno y el diurno, pero se ha respetado el nivel marcado por el convenio para el primero, con lo que cumple la exigencia del artículo 36.2 del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, la autonomía privada actúa aquí dentro del margen que le es propio sin vulnerar el orden público laboral -exigencia de una retribución específica del trabajo nocturno en el (STSJ de Asturias de 6 de septiembre de 2002, Ar. 263126, FJ 2).

2. El plus de nocturnidad se entiende absorbido por el complemento específico establecido en la negociación colectiva por entender que "los días de

[288] LÓPEZ CUMBRE, L., "El salario (II)"..., *op.cit.*, pág. 892.

trabajo en la noche así como los de festivos y domingos, ya están retribuidos expresamente con el Complemento Específico" fijado en el Convenio Colectivo. El trabajador (bombero que presta servicios en régimen laboral para un ayuntamiento) recibe una asignación mensual para compensarle de la necesidad de realizar trabajos a turnos, así como en días festivos y domingos, lo que está especialmente retribuido por vía de penosidad, sin que, por tanto, sea necesario aplicarle lo previsto para el plus de nocturnidad o para el plus de festivos previstos únicamente para quienes efectúen tales trabajos en forma esporádica, y no como consustancial a su función (STSJ de Andalucía, Granada de 7 de febrero de 2007, Ar. 4467, FJ 5)

3. Asimismo, el Tribunal Supremo ha manifestado, generando una jurisprudencia consolidada, que por expresa disposición del contenido del artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, todas aquellas retribuciones que las empresas abonen a sus trabajadores que sean superiores a los salarios establecidos en normas legales o pactadas absorben o compensan en cómputo anual las mejoras que sucesivamente se puedan imponer en dichas normas y Convenios y cuyo mecanismo es aplicable incluso a las condiciones más beneficiosas ya que "una cosa es el respeto a las mismas que determina la obligación del empresario de mantener su cuantía y otra distinta y compatible con ellas es que, respetando los límites de los beneficios retributivos, los incrementos de los Convenios Colectivos puedan ser absorbidos y compensados con aquellas mejoras, de forma tal que si bien al empresario no le es dado suprimir unilateralmente la condición más beneficiosa otorgada a sus trabajadores ésta no queda fuera del régimen de absorción y compensación directamente aplicable por expreso mandato del artículo 26.4 del Estatuto de los Trabajadores, pues de permitirse tal acumulación se incrementaría aquella condición más beneficiosa de forma que excedería de los límites que le impuso la parte al constituirla" (STS de 15 de enero de 1990, Ar. 3322, FJ Único).

4. Finalmente, algunas situaciones transitorias (integración de un colectivo en otra empresa o institución) se han visto resueltas con el recurso a soluciones también excepcionales. Cuando se produce una disminución en la retribución como consecuencia del cambio, se entiende que procede la fijación de un complemento por igual cuantía a la disminución retributiva en cómputo anual. Pues bien, dicho complemento personal transitorio "compensa, la pérdida retributiva que significa la diferencia entre las retribuciones –sin trienios ni nocturnidad–para el mismo grupo profesional y categoría, si bien absorbe las mejoras retributivas por complementos variables" (STSJ de Aragón de 10 de marzo de 2002, Ar. 769, FJ 6). Lo contrario significaría un doble devengo y remuneración de un mismo y único trabajo nocturno, mediante la acumulación en nómina del plus de antigüedad del Convenio actual y del Convenio anterior, cuyo importe habría servido previamente para acrecentar el debatido complemento personal transitorio.

6. Extinción de contrato e inserción del plus de nocturnidad en la indemnización

1. El pago de la indemnización por despido en conciliación puede generar problemas interpretativos. Eso es lo que ocurre cuando el trabajador se considera saldado y finiquitado por todos los conceptos comprometiéndose a no reclamar ninguna cantidad adicional. Al margen de la consideración que la doctrina judicial sobre el valor liberatorio del finiquito –en tanto expresión de la libre voluntad de las partes- (STS de 28 de abril de 2004, Ar. 4361), los tribunales consideran evidente "que la conciliación tuvo lugar ante el propio órgano judicial, asistido el trabajador de su asistencia letrada, por lo que no puede invocar desconocimiento o ignorancia". La fijación de la indemnización se realiza en función de los conceptos del salario de referencia por lo que deberían estar incluidas todas las cantidades no consideradas prescritas en el momento de la reclamación. Pero el trabajador se consideraba "saldado y finiquitado" por todos los conceptos, -incluyendo lógicamente los relativos a reclamaciones salariales por horas extras, nocturnas, o domingos y festivos-, comprometiéndose

a nada más reclamar ni pedir. Siendo esto así, "es evidente que esta transacción tiene una plena eficacia negocial, y evidencia una voluntad extintiva y liquidatoria en la relación laboral existente entre las partes, que, ahora, no puede pretender ser desconocida por uno de los firmantes de dicho acuerdo conciliatorio" (STSJ de Castilla y León, Burgos, 8 de octubre de 2014, Ar. 270468, FJ 2).

2. Del mismo modo, resulta frecuente que, en los despidos colectivos, se fije una indemnización en la que puede o no estar incluido el plus de nocturnidad. Lo normal es establecer como referencia la base salarial computable a efectos de indemnización compuesta por la media de los últimos doce meses. En ocasiones, las dificultades no surgen tanto por entender incluido el plus de nocturnidad o no sino por conocer si debe computarse exclusivamente en la cuantía de lo realmente percibido por tal concepto durante esa última anualidad, habida cuenta de que, en algunos casos, el trabajador no percibe dicho complemento durante todo el año en su cuantía íntegra al disfrutar, por ejemplo, de una reducción de jornada por cuidado de hijo. Si lo que se reconoce es la percepción del complemento cuando se haya "percibido ininterrumpidamente" durante todo el año, aquellos trabajadores que, por cualquier razón, no hayan percibido el complemento en cuestión durante dicho lapso temporal, no podrá ser computado a efectos de indemnización por despido atendiendo a la media de los últimos 12 meses, conforme a una jornada teórica de 8 horas (STSJ de Castilla-La Mancha, 15 de noviembre de 2012, Ar. 566, FJ 6).

3. Una consecuencia que se reproduce, por ejemplo, cuando al establecer la cuantía de la indemnización por despido improcedente se recurre a una cuantía inferior a la legalmente procedente al no incluir la cuantía correspondiente al promedio del plus de nocturnidad abonado en el año anterior al despido: no

puede entrar en juego el límite de los salarios de tramitación (STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2008, Ar. 607, FJ 1).

Resulta frecuente que la negociación colectiva incluya cláusulas en las que expresamente se establezca (recuperando la obligación que antes recogía el Estatuto de los Trabajadores) el complemento de nocturnidad del 25 por 100 del salario base para los trabajadores que, de modo continuo o periódicamente, presten sus servicios en turnos comprendidos entre las 22 y las 6 horas; este complemento no se abonará en aquellas actividades en que únicamente se trabaje en período nocturno. Si el trabajador hubiese trabajado en horario nocturno todos los días laborables de todos los meses, no existiría complemento salarial ya que el precepto lo excluye en tanto dicho complemento no se abonará en aquellas actividades en que únicamente se trabaje en período nocturno. Precepto que viene a coincidir con lo establecido en el artículo 36.2 del ET de que el trabajo nocturno tendrá una retribución específica salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos.

Por tanto "cuando se preste servicios en turnos comprendidos entre las 22 y las 6 horas, debe abonarse el complemento de nocturnidad durante el período legalmente calificado como nocturno que se haya trabajado, al estar en presencia de un complemento funcional, de puesto de trabajo. Por lo tanto, al existir tres turnos de trabajo -mañana, tarde y noche- en el que se prestaba servicios alternativamente cada quince días, en promedio se efectúa el horario nocturno durante un tercio de cada mes" (STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2008, Ar. 607, FJ4). Esto significa, en fin, que, cuando el empleador conoce que el trabajador tiene parte de su jornada en horario nocturno y que debe abonarle el complemento de nocturnidad, el cálculo de la indemnización por despido (independientemente del tipo de despido de que se trate) ha de promediar la

cuantía recibida por el trabajador en el año anterior al despido lo que supone incluir el plus de nocturnidad en todo caso.

CONCLUSIONES

Primera.- Los nuevos hábitos de conducta sociales y económicos dibujan una realidad sociolaboral con jornadas más variables que implican, no necesariamente pero sí previsiblemente, que, a mayor diversidad, menor grado de seguridad en la ejecución laboral. Una jornada de trabajo variable tiene consecuencias personales y familiares, afectando necesariamente a la salud del trabajador, a la conciliación de su vida personal y familiar y a sus relaciones sociales. De hecho, está demostrado que la desincronización laboral y el desequilibrio personal que supone un trabajo realizado fuera del horario habitual incrementa el riesgo en el trabajo.

Considerado excepcional hace un tiempo, el trabajo nocturno (y el sistema de turnos) se ha convertido en una forma habitual de laborar adaptándose a un nuevo estilo de vida de los países industrializados que requieren suministro de bienes y servicios veinticuatro horas al día, *just in time*, y con un avance tecnológico que permite (y obliga a) mantener la producción imparable durante todo el día. Cada vez se impone en más sectores, en más actividades y afecta a más trabajadores (sanidad, transporte, comercio, hostelería, limpieza, vigilancia y, por excelencia, a la industria). Pero, en general, el hombre se desarrolla vitalmente durante el día y descansa por la noche. Fases que, de romperse, provocan alteraciones en la productividad. Por eso, la actividad laboral suele coincidir con la actividad fisiológica, situando el horario laboral entre la salida y la puesta de sol. Periodificar la actividad laboral implica alterar estos ritmos e incluso no dejar que la persona se habitúe a los mismos pues necesitaría una semana para acostumbrarse al cambio y éste es precisamente el período más frecuente para agilizar la rotación en los turnos productivos.

Segunda.- La introducción de la jornada máxima de ocho horas, reivindicación histórica caracterizadora de la intervención normativa laboral, generó serias complicaciones para las empresas con procesos productivos continuados que organizaban su producción a través de turnos de doce horas de duración. Desde principios del siglo XX, las empresas deberán incrementar el número de turnos, pasando de dos turnos de doce horas a tres turnos de ocho. Y, desde entonces, se conseguirá la aplicación excepcional de normas laborales que se adapten a estas necesidades productivas –hoy más numerosas pero antaño asimismo existentes-. Comenzando en determinados sectores y extendiéndose de forma general a todo el trabajo por cuenta ajena, la intervención del Estado pretendería facilitar a la empresa su organización sin trabas pero protegiendo la salud, el desarrollo y la integridad física y psíquica del trabajador. Regulaciones laborales como las de la II República o las del período franquista se caracterizarán por desplegar una protección (retributiva, en descansos, delimitación horaria, etc) que se han mantenido como antecedentes de la regulación vigente. Mención especial merecen las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales, predecesoras de la negociación colectiva actual, en las que se contemplaban las condiciones laborales especiales para empresas con prestación de servicios veinticuatro horas debidamente justificadas (razones técnicas, acumulación de pedidos, naturaleza de las materias primas empleadas en la producción o la mecanización de los servicios utilizados).

Será la Ley de Relaciones Laborales de 1976 la que delimite un régimen jurídico específico para el trabajo a turnos en nuestro ordenamiento. Indicará, por primera vez, los límites cronológicos de la nocturnidad, situándolos entre las diez de la noche y las seis de la mañana, comprendiendo la nocturnidad laboral un total de ocho horas. También será esta norma la que recoja la necesidad de fijar una retribución específica incrementada, como mínimo, en un 20% sobre el salario ordinario, teniendo como módulo de base para el cálculo del plus de nocturnidad la hora de trabajo realizada durante el período nocturno. De esta

forma, el legislador se inclina por la compensación económica frente a la compensación por descanso o reducción de jornada (opción esta última recogida mayoritariamente por las Reglamentaciones u Ordenanzas Laborales). Como ahora, la norma histórica exceptuará de la necesidad de fijar un plus aquellas situaciones en las que el salario haya sido fijado atendiendo a la propia naturaleza de trabajo nocturno de la prestación. Por último, prohibirá la realización de horas extraordinarias en período nocturno.

Tercera.- Con estos antecedentes se llega al Estatuto de los Trabajadores del año 1980 que fijará la jornada ordinaria máxima en cuarenta y tres horas semanales de trabajo efectivo en jornada partida y de cuarenta y dos horas semanales de trabajo efectivo en jornada continuada. Mas, a diferencia de su predecesora, esta norma señala que las horas trabajadas durante el período comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana, salvo que el salario haya sido establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, tendrán una retribución específica incrementada, como mínimo, en un 25% sobre el salario base. Mantiene el moderno legislador la opción por la compensación económica pero introduce dos modificaciones de interés: elevar el tipo que se aplica al cálculo del plus de nocturnidad –del 20% al 25%- y reducir la base de referencia para el cálculo del mismo –ya no será el salario ordinario sino sólo el salario base-. Alterando asimismo el régimen jurídico de horas extraordinarias por cuanto modifica su ubicación (pasa de la regulación de la jornada a la del trabajo nocturno) y, si bien mantiene la prohibición, admitirá la excepción en los casos y actividades especiales debidamente justificadas y expresamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo.

Particular mención merece la regulación de la Directiva 93/104 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo –antecedente de la actual Directiva 2003/88- que propone la mejora de la seguridad, higiene y salud

de los trabajadores sin que tales condiciones laborales puedan estar supeditadas a intereses meramente económicos. Se entenderá por período nocturno todo período no inferior a siete horas definido por la legislación nacional, siempre que incluya el intervalo comprendido entre las 24.00 h.y las 05:00 h-. Por su parte, considerará trabajador nocturno al trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario, efectuadas normalmente, junto con todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate. Condicionantes que influirán sustancialmente en la fijación de la norma laboral española.

Cuarta.- Con la reforma de 1994 se consolidará el sistema vigente. Trabajo nocturno será el realizado entre las 22.00 h. y las 06.00 h., trabajador nocturno será aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual, se exige informe a la autoridad laboral si el empresario requiriera trabajo nocturno, la jornada del trabajador nocturno no podrá exceder de ocho horas diarias en promedio en un período de quince días, los trabajadores nocturnos no podrán realizar horas extraordinarias, el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario haya sido fijado atendiendo a que el trabajo es nocturno por su propia naturaleza o se compense con descansos y, finalmente, el Gobierno podrá imponer restricciones en aquellas actividades, categorías de trabajadores o funciones que comporten riesgos para la salud y seguridad de aquéllos.

Ni los parámetros utilizados para definir el trabajo nocturno ni tampoco los empleados para delimitar la figura del trabajador nocturno son disponibles por la negociación colectiva. Esta última podrá fijar únicamente la cuantía de la retribución específica del trabajo nocturno. Desafortunadamente no ha sido ésta

la línea seguida por la negociación colectiva. En un muestreo extenso, diverso y de espectro temporal amplio, se comprueba que los Convenios Colectivos modifican tanto la delimitación horaria del trabajo nocturno (generalmente retrasando el horario de inicio de dicho período o, lo que es lo mismo, ampliando el ámbito del turno diurno) como los elementos cuantitativos que definen la figura del trabajador nocturno (exigiendo requisitos más gravosos para aplicar el régimen jurídico de protección previsto para él). Por lo demás, se plantean numerosos problemas interpretativos como consecuencia de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como "realizar normalmente", "retribución específica", "jornada normal", "trabajo nocturno por su propia naturaleza", etc. Conceptos que, lejos de ser aclarados en su aplicación por los tribunales del orden social o precisados en su configuración por la intervención heterónoma, han generado mayor confusión que su propia imprecisión.

Quinta.- Esta tesis aboga por una interpretación restrictiva de la indeterminación toda vez que las reglas que exceptúan las normas tuitivas sobre jornada al permitir el trabajo nocturno no pueden ser interpretadas de forma amplia. Por lo demás, el traslado de información a la autoridad laboral significará un plus de fiscalización de la misma en aquellos sectores, actividades o puestos de trabajo que se desarrollen como actividad nocturna.

De ahí la limitación de la jornada máxima del trabajo nocturno –bien que en un período de quince días-, la prohibición de realizar horas extraordinarias por parte del trabajador nocturno (no en el "trabajo nocturno", al menos no expresamente), la limitación al trabajo nocturno de menores o la prohibición del trabajo nocturno en los trabajadores con contrato para la formación y el aprendizaje (mayores de dieciséis y menores de veinticinco) en una clara apuesta de la formación sobre el empleo. Particular interés manifiestan las cláusulas nulas introducidas en contratos para menores o de formación y aprendizaje que permiten trabajo nocturno al margen de los límites establecidos en la ley.

Igualmente, la participación de la mujer en el trabajo nocturno -históricamente desarrollada mediante la prohibición del mismo y actualmente considerada como una regla de igualdad de oportunidades,- supone un elemento de género digno de consideración particular en este estudio.

Sexta.- El trabajo nocturno se encuentra íntimamente vinculado al trabajo a turnos. En el mismo precepto, el art. 36.3 LET define de forma técnica el trabajo a turnos considerando como tal toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mimos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas y describe situaciones en las que existe trabajo en equipos, sucesión en un mismo puesto de trabajo y rotación en la cadencia de la prestación laboral del trabajador. Para incluir el trabajo nocturno, *ex* art. 36.1 LET, la actividad deberá realizarse entre las diez de la noche y las seis de la mañana. Trabajador nocturno será el que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo así como aquel que se prevea que puede efectuar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual. Ningún trabajador nocturno podrá permanecer en turno de noche más de dos semanas consecutivas si no es por voluntad propia.

Si se basa en la continuidad, lo normal es plantear un trabajo a turnos continuo (4x8), esto es, un trabajo ininterrumpido que permite cubrir veinticuatro horas al día todos los días de la semana. Esto implica más de tres turnos, incluido el nocturno, y con continuidad diaria, semanal y anual. También cabe aludir al trabajo semicontinuo (3x8) con interrupción semanal, en fin de semana o festivo para toda la plantilla y que consta de tres turnos (mañana, tarde y noche). Asimismo existe el discontinuo en el que el trabajo no abarca veinticuatro horas al día por lo que suele interrumpirse por la noche, domingos y festivos, siendo

habitual dos únicos turnos, mañana y tarde. El turno estático admite que el trabajador permanezca de forma fija en el mismo; el turno abierto (rotatorio) impone la sucesión de los trabajadores en distintos horarios de trabajo (cada semana o cada ciertos días); por su parte, el turno mixto acepta la presencia de dos equipos en rotación mañana/tarde y otro en turno fijo de noche. Si la distinción se hiciera en función de la rotación, cabría diferencia entre la rotación positiva (hacia delante o en fase avanzada) o turno normal (mañana, tarde, noche, mañana, tarde, noche) o la rotación negativa (hacia atrás o en fase retardada), dando lugar a un turno invertido (mañana, noche, tarde, mañana, noche, tarde) o híbrida (mañana, tarde, noche, tarde, mañana). En todo caso, el trabajo rotatorio supone disminución en general de la salud con especial incidencia en los trastornos del sueño, de la alimentación, cardiovascular, estrés, ansiedad, depresión, adaptación social, afección del sistema nervioso, irritabilidad, falta de atención, incremento en los accidentes laborales, mayor absentismo, etc (no en vano, la Organización Mundial de la Salud afirma que, cada quince años de trabajo nocturno, se produce un envejecimiento de cinco años).

Séptima.- Tras la reforma de la LET de 1994 la retribución del trabajo nocturno deja de ser una cuestión de derecho necesario o imperativa (las horas nocturnas debían abonarse con un incremento, como mínimo, del 25% del salario base) para convertirse en una cuestión de derecho dispositivo, toda vez que el legislador encomienda a la negociación colectiva la fijación de una retribución específica para el trabajo nocturno (artículo 36.2). De esta forma, los Convenios Colectivos pueden establecer libremente la retribución del trabajo nocturno, entendiendo por "específica" que debe ser "adicional o superior" a la del trabajo realizado en horario diurno. Desaparecido el incremento legal mínimo nos encontramos ante un supuesto de "deslegalización" puesto que si el Convenio Colectivo no regulara el régimen económico del trabajo nocturno existiría una laguna legal y, por tanto, no se podría exigir ningún tipo de complemento o retribución por nocturnidad. En este sentido, podemos indicar que

aproximadamente un 20% de los Convenios estudiados no contenían ninguna cláusula sobre retribución del trabajo nocturno.

Admitido que el Convenio Colectivo tiene libertad para establecer el régimen económico del trabajo nocturno, parece claro que esa libertad se circunscribe a establecer la cuantía de la retribución, resultando indisponible para las partes el concepto de trabajo nocturno. De esta forma, el complemento de nocturnidad se devengará durante las horas trabajadas dentro del período nocturno, esto es, de 22:00 a 6:00 horas. Sin embargo, hay Convenios Colectivos que no sólo alteran los límites cronológicos de la nocturnidad, sino que también excluyen el devengo del plus si el trabajador no realiza un número determinado de horas durante el período nocturno o que excluyen el devengo sino se cumplen determinados requisitos. En este sentido, cabe plantearse la legalidad de dichas cláusulas toda vez que el concepto de trabajo nocturno se configura como un derecho necesario indisponible para la negociación colectiva.

La finalidad del plus de nocturnidad es compensar económicamente al trabajador las molestias de tipo personal y familiar que le ocasiona la prestación de servicios durante el período nocturno. Por esta razón, se configura como un complemento salarial de puesto de trabajo, que se devenga exclusivamente cuando el trabajador presta sus servicios en horas nocturnas, dada su índole funcional y su carácter no consolidable. Así pues, la regla general es el carácter no consolidable del plus, salvo pacto en contrario. No obstante, se establecen algunas reglas específicas que suponen excepciones a esta regla general. En concreto, en los supuestos de maternidad, movilidad funcional y representantes legales de los trabajadores. En este sentido, el artículo 26.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales garantiza a la trabajadora que sufre un cambio de puesto por razón de su maternidad, el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. La doctrina judicial ha reconocido en estos supuestos una especie de “indemnidad retributiva”, en el sentido de que reconoce a la

trabajadora el derecho a recibir todas las retribuciones que viniera percibiendo, sin excepción alguna. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha interpretado el alcance de la regla de "indemnidad salarial" del artículo 11 de la Directiva sobre protección de la maternidad, en sentido contrario, excluyendo de la retribución, en estos supuestos de movilidad funcional por maternidad, a los complementos de puestos de trabajo o que dependen del ejercicio de la actividad profesional, como es el caso del plus de nocturnidad. También los representantes de los trabajadores gozan de esta garantía de "indemnidad retributiva", reconocida tanto en la normativa internacional como en la nacional. En este sentido, el Convenio 135 de la OIT señala que la función representativa no debe suponer pérdida del salario para los representantes de los trabajadores. En consecuencia, tienen derecho a devengar el plus de nocturnidad cuando hacen uso del crédito horario y no prestan servicios en horario nocturno. De lo contrario, el trabajador resultaría perjudicado por el desempeño de su actividad representativa

Octava.- Debido a que se trata de un complemento salarial de puesto de trabajo y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional, constituye jurisprudencia consolidada que el plus de nocturnidad no se devenga en los días de descanso semanal, festivos, permisos y licencias retribuidas. Como mejora convencional podría reconocerse el abono del plus a los trabajadores durante los días de descanso y permiso mencionados, sin embargo, no se trata de una práctica muy frecuente en la negociación colectiva. Tampoco se devengará el citado plus durante las situaciones de incapacidad temporal, ni durante las horas presencia, en las que el trabajador está obligado a permanecer a disposición de la empresa, pero no a realizar trabajo efectivo.

Mayores problemas aplicativos ha planteado el devengo del plus de nocturnidad durante las vacaciones. El carácter retribuido de las vacaciones está reconocido en el artículo 40.2 de la Constitución Española y en el artículo 38 de

la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, ninguno de estos preceptos contiene una regulación concreta de los conceptos retribuidos que deben integrar la remuneración de las vacaciones. Para colmar esta laguna legal es posible acudir a dos fuentes del derecho: el Convenio 132 de la OIT o la negociación colectiva. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha valorado la relación existente entre el Convenio 132 de la OIT y los Convenios Colectivos, pudiendo extraerse de su estudio la conclusión de que si el Convenio Colectivo regula expresamente los conceptos que deben integrar la retribución de las vacaciones, deberá aplicarse lo previsto en el Convenio Colectivo y, por el contrario, si el Convenio Colectivo no establece nada al respecto habrá que aplicar el artículo 7.1 del Convenio 132 de la OIT sobre vacaciones pagadas, que impone el abono de la remuneración normal o media como mínimo indisponible.

Así pues, pueden producirse las cuatro situaciones siguientes: en primer lugar, que el Convenio Colectivo mencione expresamente el plus de nocturnidad como uno de los complementos retributivos que deben abonarse durante las vacaciones. En estos casos no se produce ninguna controversia aplicativa y, por consiguiente, debe abonarse el complemento de nocturnidad. La segunda situación que puede producirse es que el Convenio Colectivo no mencione los conceptos salariales que deben incluirse en la retribución de las vacaciones. Conviene advertir que ésta es la práctica más habitual en la negociación colectiva. En estos supuestos, la doctrina jurisprudencial ha mantenido que se aplicará el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT. El problema que plantea la aplicación de este artículo no es otro que la determinación de qué debemos entender por “remuneración normal o media”. En este sentido, la doctrina científica ha señalado que la retribución de las vacaciones debe estar presidida por el principio de equivalencia, o lo que es lo mismo, de omnivalencia entre el período de actividad y el vacacional. Por tanto, parece claro que, con carácter general, se integrarán en la retribución de las vacaciones aquellas percepciones salariales vinculadas al desarrollo de la actividad ordinaria. En conclusión, el

criterio determinante para que se abone un determinado complemento en la retribución de las vacaciones es que el mismo se retribuya de manera habitual u ordinaria. Pues bien, dentro de los complementos de trabajo, el complemento de nocturnidad es uno de los que genera mayores problemas interpretativos. La doctrina judicial ha considerado que deberá incluirse el plus nocturnidad en la retribución de las vacaciones cuando la nocturnidad es inherente a la prestación de servicios del trabajador. Otra situación que puede producirse es que el Convenio Colectivo regule expresamente los conceptos retributivo del período vacacional, sin incluir entre los mismos, el plus de nocturnidad. En estos supuestos, la doctrina jurisprudencial y judicial ha estimado como válidas las cláusulas de los Convenios Colectivos que establecen una retribución de las vacaciones, omitiendo algunos de los elementos integrantes del salario en jornada ordinaria, como puede ser el plus de nocturnidad. De esta forma, la jurisprudencia está reconociendo el carácter dispositivo del Convenio 132 de la OIT en relación con la negociación colectiva. Por último, el Convenio Colectivo puede excluir expresamente el abono del plus de nocturnidad durante el período de vacaciones, si bien, este tipo de cláusulas son poco habituales en la práctica convencional.

Novena.- De acuerdo con el artículo 36.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el trabajo nocturno deberá tener una retribución específica determinada en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos. Así pues, el legislador contempla dos excepciones o supuestos en los que no se deberá abonar el plus de nocturnidad.

Por lo que respecta a la primera de ellas, esto es, que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por naturaleza, tal previsión ha planteado una enorme controversia judicial, primero por la heterogeneidad de

supuestos productivos que surgen y, segundo, por la diversidad de soluciones que han ofrecido los tribunales del orden social, sin que haya pronunciamientos sobresalientes del Tribunal Supremo, salvo alguna excepción. Los problemas aplicativos que ha generado esta excepción están motivados fundamentalmente por la utilización de la expresión "trabajo nocturno por naturaleza", que constituye un concepto jurídico indeterminado que necesita ser intrerpretado respecto a su sentido y alcance.

Pues bien, de este modo se aprecian dos tendencias o criterios interpretativos en la doctrina judicial. Por un lado, la tesis que mantiene la exigencia de dos requisitos -que han de darse acumulativamente y no alternativamente- para poder apreciar la excepción al abono del plus de nocturnidad: en primer lugar, debe tratarse de un trabajo nocturno por naturaleza y, en segundo lugar, que el factor de la nocturnidad haya entrado a formar parte del salario del trabajador. Teniendo en cuenta que, para esta tesis, la línea divisoria entre los trabajos nocturnos por naturaleza y los que no lo son es la infungibilidad o fungibilidad existente entre los momentos diurnos o nocturnos en los que se debe realizar la prestación de servicios. De esta forma, si el trabajo puede ejecutarse indistintamente en uno u otro momento, el factor nocturnidad no puede considerarse como sustancial y, por tanto, no se trataría de un trabajo nocturno por naturaleza. Así pues, los trabajos que pueden ejecutarse en período diurno, perderían per se, la condición de trabajos nocturnos por naturaleza. Ahora bien, determinar qué trabajos pertenecen a esta categoría de nocturnos por naturaleza es una cuestión que debe realizarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y condiciones en que tenga que efectuarse el mismo. Por otro lado, otra tesis admitida por la doctrina judicial sostiene que, para poder aplicarse la excepción, es necesario únicamente que el factor de la nocturnidad haya entrado a formar parte del salario del trabajador, siendo irrelevante si se trata de un trabajo nocturno por naturaleza. De esta forma, la

aplicación de esta doctrina judicial, supone conceder libertad a las empresas para disponer de la retribución del trabajo.

La segunda excepción prevista en el art. 36.2 es que se haya acordado la compensación del trabajo nocturno por descansos. Esta excepción, introducida tras la reforma de la LET de 1994, legaliza una opción que ya había sido admitida por la jurisprudencia con anterioridad. Puesto que la norma no establece un mínimo de derecho necesario sobre la duración de este descanso, quedando vinculado únicamente a la voluntad de las partes, la duración del mismo puede que no sea equivalente al tiempo nocturno trabajado. En este sentido, la doctrina judicial no ha dudado en considerar que, si el Convenio Colectivo establece un jornada nocturna más reducida que la diurna, dicha reducción debe considerarse como compensación de la mayor penosidad que supone trabajar en horas nocturnas, excepcionándose en estos casos el pago del plus de nocturnidad.

Décima.- Trabajadores y empresarios deberían participar (cogestionar) el tiempo de trabajo porque incrementaría la productividad de los primeros y mejoraría la competitividad de los segundos al reducir riesgos y, en consecuencia, costes de absentismo laboral. Aunque suele ser la empresa la que organiza los ciclos de trabajo sin posibilidad de que el trabajador participe en la decisión debería facilitar información con antelación sobre turnos de trabajo, de forma que el trabajador pudiera planificar su vida personal, familiar y social, tener en cuenta circunstancias como la edad o el estado de salud del trabajador a la hora de establecer los horarios de trabajo o aplicar las recomendaciones nacionales e internacionales establecidas en materia de trabajo a turnos, dirigidas a mejorar el bienestar de los trabajadores

De manera particular, el turno nocturno deberá fijarse minimizando el número de noches consecutivas de trabajo o reducir al máximo la cantidad de

trabajadores nocturnos permanentes con preferencia por los ciclos cortos e incluso optar por la rotación hacia adelante (ya que el sueño y el bienestar son mejores cuando se rota en sentido mañana, tarde y noche) o evitar el paso directo de un horario a otro, siendo aconsejable que haya un intervalo de once horas de descanso entre ambos e intentando el máximo descanso entre las 02.00 h. y las 05.00 h. de la mañana que es cuando más se necesita. El sistema 2x12 se desaconseja cuando la carga física o mental del trabajo sea muy grande y, por supuesto, debería prohibirse que el trabajo nocturno lo realice una única persona. A lo que habría que añadir la necesidad de efectuar una correcta selección individual del personal para evitar situaciones de reajuste innecesarias, la progresiva reducción del número de horas trabajadas para los trabajadores nocturnos o el incremento de sus descansos, la anticipación de la edad de jubilación para los trabajadores a turnos y, particularmente para el trabajador nocturno, a la par que la limitación de la edad para su realización (no menos de 25 años ni más de 50) y la obligación de intensificar los controles médicos con especial atención a los riesgos psicosociales de estos trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

AAVV, *Estadística de los salarios y jornada de trabajo referida el período 1914-1925*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, Sobrinos de sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1927.

AAVV, *Aplicación de la jornada máxima de ocho horas: informe de la sección, acuerdos y disposiciones correspondientes*, Instituto de Reformas Sociales, Madrid, 1920.

AAVV, "Duración de la jornada en distintos oficios y términos geográficos de España", *Revista de Trabajo,* núm. 8, 1964.

AAVV, *El trabajo por turnos y la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1967.

AAVV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Madrid, UCM, 1999.

AAVV, *Los tiempos de la organización del trabajo: incidencia de los riesgos psicosociales en los sistemas de trabajo a turnos*, Madrid, UGT, 2010.

AAVV, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI., Informe para el debate de la reunión tripartita de expertos sobre ordenación del tiempo de trabajo,* Ginebra, OIT, 2011.

AAVV, *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España,* Madrid, Comisiones Obreras-Ministerio de Empleo y de Seguridad Social, 2012.

AAVV, *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2013 (dir. GARCÍA NINET, I. y □ágs.□. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.).

AGUT GARCÍA, C. y VICENTE PALACIO, M.A., "Normativa comunitaria en materia de vacaciones anuales", *TS*, núm. 38, 1994.

ALAMEDA CASTILLO, M. T., "Complementos ligados a la cantidad y calidad de trabajo y complementos compensatorios de la disponibilidad del trabajador",

AA.VV., *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988.

- "Duración del contrato, jornada y salario", AAVV, *La reforma laboral de 1994*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- "Artículo 35", AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998.
- "Tiempo de trabajo en la reforma laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 17-18, 1994.

ALBIOL MONTESINOS, I.: *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*, Bilbao, Ediciones Deusto, 1992.

ALFONSO MELLADO, C.L., "Salarios y negociación colectiva", AAVV, *Estudios sobre el salario*, Albacete, Bomarzo, 2004.

ALFONSO MELLADO, C.A y GARCÍA ORTEGA, J., *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

ALFONSO MELLADO, C.A. y PEÑA OBIOL, S., *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

ALMANSA PASTOR, J. M., "La obligación salarial", AAVV, *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1976.

ALONSO LIGERO, M. S.: «Igualdad de remuneración por razón de sexo. (Artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores», en AAVV, *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1994.

ALONSO OLEA, M., "¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?", *REDT*, núm. 93, 1999.

ALONSO OLEA, M y BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Civitas, 1995.

ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, Mª.E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

ALZAGA RUIZ, I., "Artículo 6. Trabajo de los menores" AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 2011.

APILLUELO MARTÍN, M., La relación de trabajo del menor de edad, Madrid, CES, 1999.

ARGÜELLES BLANCO, A.R. y ROMERO BURILLO, A.M. *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

BALLESTER PASTOR, Mª A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

- "La formación teórica en el contrato de aprendizaje", *Actualidad Laboral*, núm. 19, 1995.

BLASCO PELLICER, A., *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995.

BODAS MARTÍN, R., "La flexibilidad interna: de la Ley 35/2010 al RDL 7/2011, primer balance sobre el despliegue de ambas normas", *Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 11, 2011.

BORRAJO DACRUZ, E., "Configuración jurídica del salario", *RPS*, núm. 50, 1961.

- "Horario flexible", AAVV, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1982.

CABRÉ PAIRET, M. y SALMÓN, F., Sexo y género en medicina. Una introducción a los estudios de las mujeres y de género en ciencias de la salud, Santander, Universidad de Cantabria, 2013.

Autores/ras (p.o. de firma): CABRÉ, Montserrat; SALMÓN, Fernando Título: Sexo y género en medicina. Una introducción a los estudios de las mujeres y de género en ciencias de la salud Ref. Libro: Santander: Ediciones de la Universidad de Cantabria, 2013. 281 pp. ISBN: 978-84-8102-675-7.

CAMPS RUIZ, L.M., "Absorción y compensación de incrementos salariales", en AA.VV., *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1976.

CARCELÉN GARCÍA, J., *El sistema de trabajo a turnos y su problemática*, Madrid, Fundación Confemetal, 2000.

CARPENTIER, J y CAZAMIAN, P., *El trabajo nocturno. Sus efectos sobre la salud y bienestar del trabajador*, Oficina Internacional del Trabajo, 1977.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *Lecciones de Derecho Divil. Derecho de obligaciones y contratos en general*, Madrid, Tecnos, 2015.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C. *et al*., "Estudio de la estructura salarial: el salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales", AAVV, *El contenido económico de la negociación colectiva*, Madrid, MTAS, 2005.

CASAS BAAMONDE, M.E., "Igualdad de retribución por razón de sexo", *Relaciones Laborales*, núm. 22, 2002.

CASTRO ARGÜELLES, M.A., "Jurisprudencia constitucional (y comunitaria) en materia de igualdad salarial", *TS*, núm. 87, 1998.

CASTRO CONTE, M., "El concepto legal de salario y su incidencia en las actuales relaciones laborales", *Documentación Laboral*, núm. 76.

— *El ordenamiento laboral y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, MTSS, 1987.

— *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid, MTIN, 2008 (□ágs.□. GOERLICH PESSET, J.M.).

— *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*, Madrid, Comisiones Obreras-Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.

COLINA ROBLEDO, A., *El salario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

COLINA ROBLEDO, M., "Normativa sobre tiempo de trabajo en el ámbito de la Comunidad Europea", AAVV, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, Acarl, 1991.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "La absorción y compensación como instrumento legal de potenciación de la autonomía individual", *AL*, núm. 2, 1993.

COSTA REYES, A., "La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, núm. 7, 1999.

DE LA VILLA GIL, L. E.: «Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura», en AA.VV., *Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva*, Madrid, 1980.

— *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997*, Valencia, tirant lo Blanch, 1998.

— "Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura", AAVV, Derecho del trabajo y de la Seguridad Social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil, Madrid, CEF, 2006.

— "La nueva lectura del artículo 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en los complementos salariales", *Trabajo y Derecho*, núm. 1, 2015.

ELORZA GUERRERO, F., "El poder del empresario y la fijación de salarios", *AS*, núm. 2, 2001.

– "La reforma del régimen del tiempo de trabajo en el transporte por carretera: el RD 902/2007, de 6 de julio", *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2008.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E., "La reforma del régimen de salario", *RL*, núm. 17/18, 1994.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "El marco legal de la regulación del salario en España: su contraste con las nuevas realidades", AAVV, *Salarios y estructura salarial*, Madrid, Tecnos, 2000.

– "Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999.

– "Horas extraordinarias (en torno al artículo 35)", REDT, núm. 100-1, 2000.

ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. S., *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, Acarl, 1991.

– "Retribuciones", AAVV, *Relaciones laborales en la encrucijada: el futuro del trabajo y del empleo*, Madrid, Pearson Educación 2010.

EZQUERRA ESCUDERO, L., *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, Barcelona, Atelier, 2006.

FALGUERA i BARÓ, M.A., "Reflexiones jurídicas sobre la turnicidad", *Revista de Derecho Sindical*, núm. 1, 1998.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., "El trabajo a turnos", AAVV, *Comentarios a las Leyes Laborales*, Granda, Bomarzo, 1999.

FERRANDO GARCÍA, F. M., "Sobre la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo", *Aranzadi Social, III*, 2300, 1994.

FINA SANGLAS, L., GONZÁLEZ DE LENA, F y PÉREZ INFANTE, J. I.: *Negociación colectiva y salarios en España*, Madrid, Tecnos, 2001.

— *Flexibilidad y compromisos por pensiones. El contrato de seguro como instrumento de exteriorización*, Valencia, 2002.

FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

GÁRATE CASTRO, J., "En torno a la configuración jurisdiccional del plus de nocturnidad", *REDT*, núm. 7, 1981.

— "El nuevo régimen jurídico del contrato para la formación y el aprendizaje", *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2012.
— "En torno a la configuración jurisprudencial del plus de nocturnidad", *REDT*, núm. 7, 1981.

GARCÍA BLASCO, J., "Flexibilidad del tiempo de trabajo; jornadas y descansos", AAVV, *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, AEDTSS-Marcial Pons, 1995.

GARCÍA BLASCO, J y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.

GARCÍA GOMBAU, J., *El trabajo a turno*, Bilbao, Ediciones Deusto, 1991.

GARCÍA MURCIA, J., «Concepto y estructura del salario. (En torno al artículo 26)», *REDT*, núm. 100, 2000.

— "Mujer y salud en el trabajo: algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad", AAVV, *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2010.

GARCÍA NINET, J.I., "Elementos para el estudio de la evolución histórica del Derecho español del Trabajo: regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931", II parte, *Revista de Trabajo*, núm. 51, 1975.

— *Jornada de trabajo. Horario y Horas extraordinarias*, Madrid, Edersa, 1977.

— "Jornada", AAVA, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, tomo VII, Madrid, Edersa, 1982.

— "Ordenación del tiempo de trabajo", *Tribuna Social*, núm. 43, 1994.

– "Trabajo nocturno y a turnos y protección de la salud", *Tribuna Social*, núm. 234, 2010.

– "Acerca de la garantía de indemnidad en clave sindical. Algunas cuestiones de la doctrina del Tribunal Constitucional", *Tribuna Social*, núm. 197, 2007.

GARCÍA QUIÑONES, J.C., El régimen jurídico de la retribución en el ordenamiento español: herencias y tendencias, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013.

GOERLICH PESET, J. Mª, "El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general", AAVV, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

GONZÁLEZ DE LENA, F., *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, Instituto Universitario de Relaciones Laborales, 1993 (dir. RIVERO LAMAS, J.).

– *Los principios aplicativos*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003 (dir. VILLA GIL, LE. De la y LÓPEZ CUMBRE, L.)

– "La negociación colectiva en la reforma de 2010: negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio", *Relaciones Laborales*, núms. 21-22, 2010.

– *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, Cinca, 2012 (□ágs.□. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.).

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. "Ordenación del salario", AAVV, *La reforma del mercado de trabajo*, Valladolid, 1994.

– "Ordenación del salario", AAVV, *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales*, Madrid, Trotta, 1996.

GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M. P.: «Salarios de tramitación», en AA.VV., *Estudios sobre el salario*, Madrid, 1993.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Madrid, Tecnos, 2014

GRAULLERA SANZ, V., "Complementos salariales", AAVV, *Estudios sobre la ordenación del salario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1976.

HERRAIZ MARTÍN, M. S.: *Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos*, Madrid, Tecnos, 1997..

LLOMPART BENNÀSSAR, M., "El salario: problemas de calificación jurídica y elementos calificadores", *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, núm. 254, 2004, □ágs.. 99-122.

- "El principio de igualdad retributiva: alcance y excepciones; en especial, la debida a la fecha de ingreso en la empresa", AAVV, *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Madrid, MTAS, 2003.
- *El salario: concepto, estructura y cuantía*, Madrid, La Ley, 2007.

LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen jurídico de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2004.

- *Evolución normativa de los descansos laborales. Primer centenario de la Promulgación de la Ley de Descanso Dominical de 1904*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Las exigencias de la transposición de la Directiva 2002/73/CE , de 23 de septiembre de 2002», *AS*, núm. 5, 2003.

LÓPEZ CUMBRE, L., "Jornada parcial", AAVV, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991.

- "Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social" (en colaboración con B. Gonzalo), AAVV, *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, Muprespa-Fraternidad, 2.000.

- "El principio de estabilidad en el empleo", AAVV, *Los principios del ordenamiento laboral*, Madrid, CEF, 2003.

– "La remuneración del trabajo: El Derecho de Salario (arts. 1 y 4 ET)", AAVV, *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores (de 1980 a 2005)*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2005.

– "Libertad de contratación y principio de igualdad de trato en el ámbito empresarial", AAVV, *Igualdad y no discriminación en el mundo laboral*, Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2008.

– "El trabajo prohibido", AAVV, *El Trabajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011.

– "El salario (II)", AAVV, *Derecho del Trabajo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2014, 8ª edic. pp. 847-872.

– "Aspectos críticos de la regulación del tiempo de trabajo en España", AAVV, *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI: Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Granada, Comares, 2014.

MARX, K.: El Capital, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R., "La absorción y compensación de conceptos salariales previstos en el mismo pacto colectivo extraestatutario", *REDT*, núm. 98, 1999.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R., "Régimen jurídico del salario", AAVV, *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

MARTÍNEZ FENOLL, J.S., *El tiempo de trabajo*, Madrid, CISS, 1996.

MARTÍN VALVERDE, A., "La flexibilidad del mercado de trabajo. Valoración de sus aspectos y de sus posibilidades en el Ordenamiento laboral vigente y de sus repercusiones de una flexibilización total de las estructuras normativas de una relación del trabajo", *RT*, núm. 72, 1983.

– *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pág. XCII.

— "Trabajo nocturno, trabajo a turnos, ritmo de trabajo", AAVV, *Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

— "El Reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995". Propósito, contenido general, novedades", *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1995.

— "Duración del tiempo de trabajo", AAVV, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 2008.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2011.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "Ajustes salariales en el marco de la sucesión de convenios colectivos", *Aranzadi Social Revista Doctrinal*, núm. 15, 2009, □ágs.. 63-96.

— *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías, globalización*, Madrid, Cinca, 2010 (□ágs.□. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.).

MATÍA PRIM, J.: "Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral", AAVV, *La reforma del Mercado Laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994.

MELLA MÉNDEZ, L., "Horario de trabajo", en AAVV, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Santiago de Compostela, Consejo Gallego de Relaciones Laborales, 2004.

— "La protección de los menores en el derecho del trabajo: reflexiones generales", *Aranzadi Social*, núm. 13, 2008.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "La normativa comunitaria sobre trabajos prohibidos a menores", *La Ley Actualidad*, núm. 23, 1999.

MERCADER UGUINA, J.R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

— "Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-Ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-Ley 14/2011, de 16 de septiembre", *Relaciones Labores*, núm. 2, 2012.

MERINO SENOVILLA, H. y ROMÁN DE LA TORRE, M. D., "Flexibilidad, racionalización y anomalías en algunos complementos salariales", *Relaciones Laborales*, T. II, 1989.

MERINO SENOVILLA, H., "La jornada de trabajo", AAVV, *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994.

MOLINA NAVARRETE, C., "La Nueva Reforma laboral: rebajas, aplazamientos y prórrogas" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm, 343, 2011.

MONEREO PÉREZ, J. L.: «La estructura del salario», AAVV, *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores.* Madrid, Tecnos, 1994.

MONEREO PÉREZ, J.L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Granada, Comares, 2009.

MONREAL BRINGSVAERD, E., "Retribución en metálico del trabajo nocturno, horas extraordinarias y, en los transportes, horas de presencia: régimen estatal y problemática convencional", *TS*, núm. 159, 2004.

- *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2005.

MONTALVO CORREA, J., "Absorción y compensación de salarios en las normas convencionales", AAVV, *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Madrid, Facultad de Derecho. Universidad de Madrid. 1971.

MONTOYA MELGAL, A., "Jornada en régimen de turnos" en AAVV:, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, VVAA, Madrid, Acarl, 1991.

- "Trabajo a turnos", AAVV, *Diccionario Espasa Jurídico*, Madrid, Espasa, 2001.

MONREAL BRINGSVAERD, E., *La jornada de trabajo: ley y convenio colectivo*, Barcelona, La Jurídica, 2005.

MORENO VIDA, M. N., "La compensación y absorción de salarios", AAVV, *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores.* T. I, vol. 1.º, Madrid, Tecnos, 1994.

MORÓN PRIETO, R., Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1997.

- "La ordenación flexible del tiempo de trabajo como instrumento de gestión empresarial", AAVV, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- La flexibilización de la organización y la regulación del tiempo de trabajo: un estudio de las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo, Universidad Autónoma de Madrid, Tesis doctoral dirigida por Luis Enrique de la Villa Gil, 2005.

- "Cambios en la regulación jurídica del tiempo de trabajo: tendencias en curso", AAVV, *Nuevos tiempos del trabajo: entre la flexibilidad competitiva de las empresas y las relaciones de género*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2008.

MURCIA CLAVERÍA, A., "Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo", AAVV, *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994.

NAVARRO NIETO, F., "La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural", *Relaciones laborales*, núm. 5, 2012.

ODRIOZOLA LANDERAS, A., *La protección de la salud del trabajador nocturno a turnos*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008.

ORTEGA PRIETO, E., *El salario: estructura de la retribución del trabajo por cuenta ajena. (Comentario a las disposiciones legales sobre Ordenación del Salario)*, Madrid, Universidad de Madrid, 1974.

PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C., *La flexibilidad interna en la empresa: reformas operadas y reformas pendientes*, Colección Laboral Práctico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

PÉREZ AMORÓS, F., "Trabajo nocturno y a turnos y ritmo de trabajo", *REDT*, núm. 100, 2000.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 1994.

- *La aplicación de la Directiva 93/104 CEE al personal estatutario de la Seguridad Social,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

POLITAKIS, G., "Trabajo a turnos de las mujeres. El doble anhelo protección-igualdad", Revista Internacional del Trabajo, núm. 4, Ginebra, OIT, 2001.

PRADAS MONTILLA, R., "Reflexiones generales sobre la ordenación jurídica del salario en el ordenamiento laboral español", AAVV, *Estudios sobre el Salario*, Madrid, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1993.

PRADOS DE REYES, F.J., "El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria", *DL*, núm. 43, 1994.

- "La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores", *Relaciones Laborales*, núm. 8, 1996.

PRADOS DE REYES, F y CABRERA FERNÁNDEZ, J.A., "Contrato para la formación", AAVV, *Modalidades de contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 2003

QUESADA SEGURA, R., "Discriminación salarial por razón de sexo: Directiva comunitarias y Constitución. Notas a la sentencia TC 145/1991 de 1 de julio", *RL*, T. II, 1992.

QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Prohibición de discriminación retributiva por razón de sexo», en AA.VV., *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 1994.

RABANAL CARBAJO, P., "La Directiva 93/104/CE, sobre ordenación del tiempo de trabajo", *AL*, núm. 2, 2000.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., "Las fuentes reguladoras del salario", AAVV, *Estudios sobre el Salario*, Madrid, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1993.

RAMOS QUINTANA, M.I., "El trabajo de los menores. (En torno al artículo 6)" en El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, *REDT*, núm 100, 2000.

RIVERO LAMAS, J., "Régimen de la jornada y de los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores", *DL*, núm. 47, 1995.

RODRÍGUEZ DEVESA, C., *El salario, la jornada de trabajo y su jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1982.

RODRÍGUEZ PASTOR, G., *La modificación del horario de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

- *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Salarios y crisis", *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2011.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, Mª E., "La nueva reforma laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., "Cambio y continuidad en el régimen jurídico del salario", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, □ágs.. 41-55.

ROJO TORRECILLA, E. "La ordenación del salario tras la reforma laboral de 1994. La estructura salarial", AAVV, *Las reformas laborales de 1994 y 1997*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

ROMERO BURILLO, A.M., "Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de la absorción y compensación", *DL*, núm. 49, 1996.

ROQUETA BUJ, R., "La flexibilidad interna", AAVV, *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

RUANO ALBERTOS, S., "*El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

RUESGA BENITO, S. M. y DA SILVA BICHARA, J., "Negociación colectiva y salarios. Coyuntura salarial en España", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2010.

— *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2005 (dir. GARCÍA NINET, I.).

SAAVEDRA ACEVEDO, J. "Absorción y compensación. Normas legales", AAVV, *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Tecnos, 1971.

SAGARDOY BENGOECHEA, J. A., "Flexibilidad laboral. El caso de España", *RT*, núm. 83, 1986.

SALA FRANCO, T., "El alcance aplicativo del art. 41 ET: las modificaciones sustancias de las condiciones de trabajo", AAVV, *Alteraciones del contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo*, Madrid, CGPJ, 1996.

— "El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo", *Revista de Treball*, núm. 7, 1988.

SANGUINETI RAYMOND, W., "La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes", *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.

SEMPERE NAVARRO, A.V., *La Reforma Laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

— "Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo", AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters, 2010.

— "Mucho ruido y pocas… retribuciones: sobre el cambio jurisprudencial en el devengo del complemento", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2010.

SIMÓN, H., *Sistemas de ordenación de fuentes laborales. Los problemas de concurrencia. Ley, autonomía colectiva y autonomía individual*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1993.

- *Tiempo de trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2007.

- "La negociación colectiva y la estructura salarial en España", *Papeles de Economía Española,* núm. 124, 2010.

SOLER ARREBOLA, J. A., "Los complementos salariales consolidables. La reorganización del complemento de antigüedad", AAVV, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

THIBAULT ARANDA, J., *La compensación y absorción de salarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

TRILLO, F., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

URESTE GARCÍA, C. R., "El salario", *RMTAS*, núm. 38, 2002.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Jornada laboral y horarios de trabajo" en AA.VV., *Dieciséis lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales,* AAVV, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid, Madrid, 1977.

- "Jornada nocturna", AAVV, *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid, Acarl, 1991.

VALLE VILLAR, J. M., "Autonomía de la voluntad y fijación del salario", AA.

VV.: *Estudios sobre el Salario*, AAVV, Madrid, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1993.

- «Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica», *TS*, núm. 87, 1998.
- "Compensación y absorción como método de ajuste salarial en la negociación colectiva", AAVV, *El contenido económico de la negociación colectiva*, Madrid, MTAS, 2005.
- "Estructura de la negociación colectiva y salario", AAVV, *El contenido económico de la negociación colectiva*, Madrid, MTAS, 2005.

- «El “sistema de remuneración” no debe incluir complementos extrasalariales», *EF*, núm. 271, 2005.

ANEXO I. SENTENCIAS

TRIBUNAL SUPREMO

-STS 17 de septiembre de 1991, RJ 1991/7178.

-STS 4 de marzo de 1992, RJ 1992/1618.

-STS de 6 de julio de 1992, RJ 1992/5581.

-STS de 30 de noviembre de 1994, RJ 1994/1516

-STS 15 de septiembre de 1995, RJ 1995/6778.

-STS 1 diciembre de 1997, RJ 1997/8921.

-STS 9 de diciembre de 2005, RJ 2006/7163.

-STS de 18 de marzo de 2009, RJ 2009/1845.

-STS de 26 de noviembre de 2012, RJ 2013/1086.

-STS de 18 de junio de 2012, RJ 2012/8124.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

-STCT de 3 de octubre, RTCT/1984/8249.

-STCT de 30 de abril, RTCT/1987/9094.

-STCT de 11 de enero, RTCT/1988/3.

SENTECIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

-STSJ de Navarra, de 27 de marzo de 1990 Ar. 2054.

-STSJ de Madrid, de 26 de abril de 1990, Ar. 1558.

-STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de julio de 1991 Ar. 4519.

-STSJ de Andalucía, Málaga, de 17 de enero de 1992, Ar.130.

-STSJ de Castilla y León, de 2 de marzo de 1992, Ar. 1433.

-STSJ de Andalucía, Sevilla, de 13 de marzo de 1992

-STSJ de Madrid, de 14 de mayo de 1992 , Ar. 2711.

-STSJ de Asturias, de 4 de diciembre de 1992, Ar. 5929.

-STSJ de Andalucía, Málaga, de 9 de julio de 1993, AS 1993/3316.

-STSJ de Cataluña, de 2 de septiembre de 1993, Ar. 3807.

-STSJ Andalucía, Granada, de 16 de noviembre de 1993 Ar. 4846.

-STSJ de Madrid, de 28 de abril de 1994, Ar. 1611.

-STSJ de Galicia, de 14 de julio de 1994 Ar. 2850.-STSJ de Extremadura, de 18 de noviembre de 1994, Ar. 4320.

-STS 27 de febrero de 1995, Ar. 8978

-STSJ de Andalucía, Sevilla, de 12 de septiembre de 1995, Ar. 3400.

-STSJ de Cataluña, de 3 de enero de 1996 , Ar.1415

-STSJ de Cataluña, de 13 de junio de 1996 Ar. 2483.

-STSJ de Aragón, de 25 de septiembre de 1996 Ar. 2814.

-STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1997, Ar. 1340.

-STSJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de abril de 1998, Ar. 3478

-STSJ de Extremadura de 18 de mayo de 1998 (Ar. 2384

-STSJ de Aragón, de 17 de junio de 1998, Ar. 2619.

-STSJ de Aragón, de 3 de octubre de 1998, Ar. 3534.

-STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 27 de noviembre de 1998, Ar. 4752.

-STSJ de Cataluña, de 17 de diciembre de 1998, Ar. 4701.

-STSJ de Navarra de 9 de febrero de 1999, Ar. 516.

-STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 24 de mayo de 1999 Ar. 2367.

-STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de junio de 1999, Ar. 5923.

-STSJ de Cantabria de 27 de julio de 1999, Ar. 3387.

STSJ de Extremadura de 2 de septiembre de 1999, Ar. 3936.

-STSJ de Castilla y León, Valladolid de 26 de octubre de 1999, Ar. 4569.

-STSJ de Cantabria de 16 de noviembre de 1999, Ar. 6987.

-STSJ de Aragón de 3 de julio de 2000, Ar. 3546.

-STSJ de C. Valenciana de 5 de septiembre de 2000, Ar. 75477.

-STSJ de Madrid de 20 de septiembre de 2000, Ar. 308932.

-STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2000, Ar. 24271.

-STSJ de Castilla y León de 18 de diciembre de 2000, Ar. 80050.

-STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2000, Ar. 50294.

-STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2001, Ar. 274371.

-STSJ de Castilla y León de 27 de febrero de 2001, Ar. 149317.

-STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2001, Ar. 373.

-SSTS 10 de abril de 2001, RJ 4904; 11 de julio de 2001, Ar. 9585.

-STSJ de Madrid de 18 de junio de 2001, Ar. 2814.

-SSTS 10 de abril de 2001, RJ 4904; 11 de julio de 2001, Ar. 9585.

-STSJ de Madrid de 11 de julio de 2001, Ar. 386

-SSTS 10 de abril de 2001, RJ 4904; 11 de julio de 2001, Ar. 9585.

-STSJ de Aragón de 10 de marzo de 2002, Ar. 769.

-STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2002, Ar. 2019.

-STSJ de Asturias de 6 de septiembre de 2002, Ar. 263126.

-STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de octubre de 2002, Ar. 845.

-STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2002, Ar. 284234.

-STSJ de Andalucía, Málaga de 31 de octubre de 2002, Ar. 1040.

-STSJ de Andalucía, Málaga de 12 de diciembre de 2002, Ar. 1142

-STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 2002, Ar. 44301.

-STSJ de Murcia de 20 de enero de 2003, Ar. 54907.

-STSJ de Castilla y León, Burgos, de 28 de enero de 2003, Ar. 145292.

-STSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2003, Ar. 145307.

-STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2003, Ar. 149332.

-STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de marzo de 2003, Ar. 4365

-STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2003, Ar. 3083.

-STSJ de Cantabria de 30 de julio de 2003, Ar. 73940.

-STSJ de C. Valenciana de 27 de enero de 2004, Ar. 4799

-STSJ Cataluña de 12 de febrero de 2004, Ar. 1705.

-STSJ de Andalucía, Sevilla, de 24 de marzo de 2004, Ar. 78509.

-STSJ de Extremadura de 7 de junio de 2004, Ar. 176028.

-STSJ de Navarra de 30 de junio de 2004, Ar. 197237.

-STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de octubre de 2004, Ar. 276884.

-STSJ de Asturias de 17 de diciembre de 2004, Ar.189657.

-STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 10 de enero de 2005, Ar. 33475.

-STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de febrero de 2005, Ar. 2765

-STSJ de C. Valenciana de 18 de febrero de 2005, Ar. 85042.

-STSJ de Navarra de 9 de septiembre de 2005, Ar. 1768

-STSJ de La Rioja de 26 de septiembre de 2006, Ar. 16036.

-STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2006, Ar. 213451.

-STSJ de C. Valenciana de 14 de febrero de 2006, Ar. 2144.

-STSJ de Asturias de 24 de febrero de 2006, Ar. 21105.

-STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006, Ar. 1939.

-STSJ de Madrid de 19 de julio de 2006, Ar. 3425.

-STSJ de Castilla y León de 2 de mayo de 2006, Ar. 1442

-STSJ de Andalucía, Granada de 7 de febrero de 2007, Ar. 5434

-STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2007, Ar. 218151.

-STSJ de Madrid de 15 de marzo de 2007, Ar. 231045.

-STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2007, Ar.173549.

-STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de abril de 2007, Ar. 18275.

-STSJ de Islas Canarias de 29 de junio de 2007, Ar. 342661.

-STSJ de Cantabria de 4 de julio de 2007, Ar. 2780.

-STSJ de Islas Canarias de 18 de octubre de 2007, Ar. 268

-STSJ de Extremadura de 15 de noviembre de 2007, Ar. 66260.

-STSJ de Extremadura de 23 de noviembre de 2007, Ar. 681.

-STSJ de STSJ de Madrid de 3 de diciembre de 2007, Ar. 1243

-STSJ de Islas Canarias de 20 de mayo de 2008, Ar.287649.

-STSJ de C. Valenciana de 17 de junio de 2008, Ar. 272901.

-STSJ C. Valenciana de 8 de julio de 2008, Ar. 300488.

-STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de julio de 2008, Ar. 5678

-STSJ de Andalucía, Granada, de 11 de junio de 2008, Ar. 2992.

-STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2008, Ar. 354786.

-STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008, Ar.35428.

-STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 2008, Ar. 90842.

-STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2008, Ar. 607.

-STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de febrero de 2009, Ar. 237454.

-STSJ Galicia de 13 de marzo de 2009, Ar.33789

-STSJ de C. Valenciana de 31 de marzo de 2009, Ar. 259679.

-STSJ de Cataluña de 16 abril de 2009, Ar.1860.

-STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2009, Ar. 2088.

-STSJ Galicia de 11 de diciembre de 2009, Ar. 154.

-STSJ C. Valenciana de 26 de enero de 2010 Ar. 223461

-STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 8 de abril de 2010, Ar. 2775.

-STSJ de Extremadura de 18 de noviembre de 2010, Ar. 7865

-STSJ País Vasco de 30 de junio de 2011, Ar. 2456

-STSJ Madrid de 15 de julio de 2010, Ar.318343.

-STSJ de Asturias de 7 de octubre de 2011, Ar. 370934.

-STSJ C. Valenciana, de 17 de enero de 2012, Ar.1609

-STSJ de C. Valenciana, 1 de junio de 2012, Ar. 7889.

-STSJ de Castilla y León, Valladolid de 26 de septiembre de 2012, Ar. 361451.

-STSJ de Castilla-La Mancha, 15 de noviembre de 2012, Ar. 3456

-STSJ de Galicia, 13 de enero 2014 , Ar.211961.

-STSJ de Castilla y León, Burgos, 8 de octubre de 2014, Ar.270468.

-STSJ de Madrid, 10 de octubre de 2014, Ar. 298212.

-STSJ de Galicia, 11de diciembre de 2014, Ar. 595

-STSJ Madrid, 2 de febrero de 2015, Ar. 65426.

ANEXO II. CONVENIOS COLECTIVOS

1.-SECTORIALES

A) ESTATALES

-II CC de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (BOE 11-1-06).

-III CC único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado (BOE 12-11-09).

-CC Estatal del Personal de salas de fiesta, baile y discotecas (BOE 18-5-12).

-VI CC marco estatal de Servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 18-5-12).

-CC Estatal de Grandes almacenes (BOE 22-4-13).

-II CC Sectorial de Limpieza de edificios y locales (BOE 23-5-13).

-CC Estatal de Estaciones de Servicio 2010-2015 (BOE 3-10-13).

-CC nacional de Prensa no diaria (BOE 23-12-13).

-XXIV CC para Oficinas de Farmacia (BOE 8-5-14).

-CC Estatal para las Industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas, y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales para 2014, 2015 y 2016 (BOE 5-6-14).

-CC Estatal para la Fabricación de conservas vegetales (BOE 26-12-14).

-CC Estatal de Acción e Intervención Social 2015-2017 (BOE 3-7-15).

-CC Estatal de Artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE 15-7-15).

-CC Estatal de Empresas organizadoras del juego del bingo (BOE 19-6-15).

-XVIII CC General de la Industria química (BOE 19-8-15).

B) AUTONÓMICOS

-CC del sector "Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba, Empresas Estibadoras y Trabajadores porturarios (BO. Cantabria 5-2-02)

-CC del sector de empresas de ayuda a domicilio de Cantabria (BOC 10-5-04).

-CC del Sector de Geriátricos Privados (BO Principado de Asturias 26-2-05).

-V Convenio Colectivo de Residencias Privadas de la Tercera Edad de Castilla-La Mancha (BO 10-8-06).

-CC de Trabajo para la actividad de Residencias Privadas de Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de la Rioja para los años 2008, 2009 y 2010 (BO 3-11-08).

-CC de Hostelería de Murcia (BO Región de Murcia 15-3-08).

-CC para la actividad de Industrias de Panadería de la Comunidad Autónoma de la Rioja para los años 2007, 2008, 2009 y 2010 (BO La Rioja 20-3-08).

-CC de hostelería de Murcia (BO Región de Murcia 15-3-08).

-CC de trabajo para la actividad de Residencias privadas de Personas Mayores de la CCAA de la Rioja para los años 2008, 2009 y 2010 (BO Rioja 3-11-08).

-CC de las empresas organizadoras del juego del bingo en Islas Baleares (BO Illes Balears 24-2-09).

-CC de Hostelería y Similares del Principado de Asturias (BO Principado de Asturias 11-2-09).

-CC del sector "Comercio del Metal de Cantabria" (BOC 9-2-10).

-CC del sector del Comercio de Mayoristas de Frutas, Hortalizas y Productos Agroalimentarios de Cantabria (BOC 27-1-10).

-CC del sector de limpieza de edificios y locales de Cataluña para los años 2010-2013 (DO Generalitat de Catalunya 22-2-12).

-CC del sector de limpieza de edificios y locales de Cataluña (DO Generalitat de Catalunya 22-2-12).

-I CC marco de supermercados y autoservicios de alimentación de Cataluña (DO Generalitat de Catalunya 7-3-12).

-CC del sector de Hostelería y Actividades Turísticas de Madrid (BO Com Madrid 3-3-12).

-CC del sector de limpieza de edificios y locales de Cataluña (DO Generalitat de Catalunya 22-2-12).

-CC para la actividad de limpieza de edificios y locales de La Rioja (BO La Rioja 2-1-12).

-CC del sector de limpieza de edificios y locales de Cataluña para los años 2010-2013 (DO Generalitat de Catalunya 22-2-12).

-CC del sector de Hostelería y Actividades Turísticas de Madrid (BOCM 3-3-12).

-CC para el sector de Limpiezas de Edificios y Locales del Principado de Asturias (BO Principado de Asturias 28-6-13).

-CC de empresas organizadoras del juego de bingo de Cantabria (BOC 11-7-13).

-CC del sector de panaderías de Navarra (BO Navarra 20-6-13).

-CC para el sector de las Industrias de Fabricación, Venta y Distribución de Pan para el período entre 1-1-2013 y el 31-12-2015 (BO.Cantabria 11-12-2013).

-CC del sector de Hostelería de Cantabria (BOC 1-8-14).

-CC del sector de Empresas Navieras, Consignatarias de Buques y Empresas Estibadoras de la provincia de Valencia, art.15 jornada (BO Valencia 9-5-14).

-CC del Sector de Hospedaje de la Comunidad de Madrid (BO Com Madrid 22-3-14).

-CC del sector de Comercio del Metal de Madrid (BO Com de Madrid 23-4-14).

-CC del sector de Comercio del Metal de Madrid (BO Com de Madrid 23-4-14).

-CC del sector de Panadería del Principado de Asturias (BO Principado de Asturias 13-3-14).

-CC del sector Industria de Hostelería de Navarra (BO Navarra 8-4-14).

-CC de panaderías de Bizkaia (BO Bizkaia 11-2-14).

-CC del Sector Mayoristas y Exportadores de Pescados de la Comunidad de Madrid (BO Madrid 28-2-15).

-CC de panadería y pastelería de la Comunidad Valenciana (Diari Oficial de la Comunitat Valenciana 22-6-15).

-CC para el sector de empresas organizadoras del juego de bingo de Cataluña 2014-15 (DO Generalitat de Catalunya 29-6-15).

-CC de panadería y pastelería de la Comunidad Valenciana (Diari Oficial de la Comunitat Valenciana 22-6-15) .

-CC de sector Servicio de Ayuda a Domicilio (BO Comunidad Madrid 15-8-15).

-CC para el sector de Limpieza de Edificios y Locales de Limpieza industrial para la CC.AA de Cantabria, para el período 2014-2017 (BOC 31-3-15).

C) PROVINCIALES

-CC de pesca marítima de arrastre al fresco de Cádiz (BO Cádiz 30-7-90).

-CC de pesca marítima de arrastre al fresco de Pontevendra (BO Pontevedra 3-10-97).

-CC de Oficinas d-CC de pesca marítima de arrastre el fresco de A Coruña (BO A Coruña 29-6-98).

-CC Ofinas de Farmacia (BO Gipuzkoa 9-8-00).

-CC de la industria de panadería de Burgos (BO Burgos 19-5-00).

-CC para la flota pesquera de la pesca de bajura de la región de Murcia (BO Región de Murcia 1-4-02).

-CC de conservas y salazones de Bizkaia (BO Bizkaia 17-3-03).

-CC del sector de limpieza de edificios y locales de Tarragona (DO Generalitat de Catalunya 25-8-04).

-CC del sector de limpieza de edificios y locales de Tarragona (DO Generalitat de Catalunya 25-8-04).

-CC del sector "Estibadores Portuarios del Puerto de Ibiza" (BO Illes Balears 13-9-05).

-CC del Sector "Estibadores Portuarios del Puerto de Ibiza" (BO Illes Balears 13-9-05).

-CC de Residencias de personas mayores (BO Gipuzkoa 17-3-11).

-CC para Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón y Editoriales de Bizcaia (BO Bizkaia 2-9-11).

-CC de residencias de personas mayores guipuzkoa (BO Gipuzkoa 17-3-11).

-CC para Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón y Editoriales de Bizcaia (BO Bizcaia 2-2-11).

-CC del Sector de Pesca de Arrastre al fresco de Bizkaia (BO Bizkaia 20-2-13).

-CC del sector de la hostelería de Las Palmas (BO Las Palmas 1-2-13).

-CC de la industria de panadería de Barcelona para el período 1-7-2013 a 31-12-2014 (BO Barcelona 17-7-13).

-CC de Limpieza Pública Viaria de Gipuzkoa para 2012-2015 (BO Gipuzkoa 26-7-13).

-CC de Limpieza Pública Viaria de Gipuzkoa para 2012-2015 (BO Gipuzkoa 26-7-13).

-CC del sector de Estaciones de Servicio de Bizkaia (BO Bizkaia 18-4-13).

-CC del sector de la hostelería de Las Palmas (BO Las Palmas 1-2-13).

-CC del Sector de Juego de Bingo de Valencia (BO Valencia 28-1-13).

-CC Artes Gráficas-Papel y Cartón para los años 2013-2015 (BO Gipuzkoa 26-9-14).

-CC de las empresas estibadoras de la provincia de Barcelona para el año 2013-2014 (BO Barcelona 19-8-14).

-CC del sector de automoción de Málaga (BO Málaga 26-8-14).

-CC de las industrias de Conservas y Salazones de pescados de Huelva (BO Huelva 4-4-14).

-CC del Servicio de recogida de basuras, limpieza viaria y eliminación de las mismas del Ayuntamiento de Bilbao (BO Bizkaia 28-3-14).

-CC de las Empresas Consignatarias de Buques de Santa Cruz de Tenerife para el año 2015 (BO Tenerife 3-7-15).

-VII CC del sector de Automoción de la provincia de Huelva (BO Huelva 13-2-15).

-CC provincial para las industrial y trabajadores de panaderías sus expendedurías e industrias de este ramo que además se dedican a la bollería (BO Guadalajara 18-3-15).

-Primer CC interprovincial de oficinas de farmacia de las provincias de Girona, Lleida y Tarragona, para los años 2013 y 2014 (DO Generalitat de Catalunya 15-10-15).

2.-EMPRESA

-CC de la empresa Madrid 112 (BO Com Madrid 25-8-03).

-CC de la Cofradía de pescadores de Fisterra (DO Galicia 13-12-05).

-CC de la Cofradía de Pescadores de A Coruña (DO Galicia 4-4-05).

-II CC Marco del Grupo Viesgo (BOE 9-3-05).

-CC de la Cofradía de Pescadores de A Coruña (DO Galicia 4-4-05).

-CC del Ente Público Hospital de Fuenlabrada, personal laboral (BO Com de Mdrid 30-1-06).

-CC de la empresa "Gran Casino Real de Aranjuez, S.A" (BO comunidad de Madrid 17-9-07).

-CC de la empresa "Gran Casino Real de Aranjuez, S.A" (BO Com de Madrid 17-9-07).

-CC de la empresa Pública de Emergencias Sanitarias (BO Junta de Andalucía 26-12-07).

-CC de Editorial Iparraguirre, S.A (BO País Vasco 16-10-07).

-CC de la empresa Pfizer Consumer Healthcare (BOE 12-4-07).

-CC Editorial Iparraguirre, S.A (BO País Vasco 16-10-07).

-CC de la empresa Gran Casino del Sardinero, S.A (BOC 17-9-07).

-VII CC de la empresa Antena 3 de Televisión, S.A (BOE 19-5-08).

-CC "Editorial del Pueblo Vasco S.A" (BO País Vasco 7-10-08).

-CC de Urbaser S.A (BOC 23-12-08).

-CC de la empresa Ibermutuamur (BOE 28-11-08).

-CC del hospital de Basurto (BO Bizkaia 17-11-08).

-CC de la empresa Rapid Medical España S.L (BOC 3-9-08).

-CC de la empresa Unidad Editorial, SA (BOE 29-5-09).

-CC de la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Algeciras-La Línea (BO Cádiz 10-2-09).

-I CC de los buques del ISM (BOE 10-4-09).

-CC de la empresa Asociación de la Prensa de Madrid (BOCM 16-7-09)

-CC de la empresa Europa Press Noticias, S.A (BOCM 15-3-10).

-CC de la sociedad de Estiba y Desestiba del puerto de Santa Cruz de Tenerife (BO Tenerife 11-11-11).

-II CC de la empresa Euskaltel, S.A (BO País Vasco 13-5-11).

-CC de Gran Casino Costa Meloneras, S.A (BO Las Palmas 18-2-11).

-CC de Ediciones El País, S.L (BOE 3-2-12).

-CC del Sector Portuario del Puerto de Santander (2012-2018) (BOC 26-12-12).

-CC de ediciones El País, S.L (BOE 3-2-12).

-CC de ámbito provincial de Empresas de Hostelería de Alicante (BO Alicante 4-9-12).

-CC de Radio Popular, S.A Cope (BOE 4-1-12).

-CC de la empresa Auxiliar Conservera, S.A (BO Pontevedra 31-10-12).

-CC de Gestión de Publicaciones y Publicidad, S.L (BOE 6-8-12).

-CC para la industria Jabonera Lina, S.A (BO Región de Murcia 9-5-12).

-CC Pescados Barandica, S.A (BOC 29-5-12).

-CC de la Clínica Madrid, S.A (BOE 8-9-12).

-CC de la empresa Arbora y Ausonia, SLU (BO Alicante 8-6-12).

-CC de la empresa Bingos y juegos de Valencia, S.A (BO Valencia 7-6-12) .

-CC del centro de trabajo de Villalonquejar y delegación de Madrid de Constantia Tobepal, SLU (BOE 30-1-12).

-CC de la empresa La Vanguardia Ediciones, SLU (BOE 4-7-12).

-CC del centro de trabajo de Villalonquejar y delegación de Madrid de Constantia Tobepal, S.L.U (BOE 30-1-12).

-CC de la empresa Paccor Packaging, S.A (BO Bizkaia 3-12-12).

-CC de "Empresa Mixta Mercados Centrales de Abastecimientos de Madrid, S.A (BO Com de Madrid 10-3-12).

-CC de la empresa Paccor Packaging Spain, SA (BO Bizkaia 3-12-12).

-CC de la empresa La Vanguardia Ediciones, S.L.U (BOE 4-7-12).

-CC de la empresa "Columbian Carbón Spain, S.L" (BOC 4-2-13).

-CC del Grupo de Empresas SNIACE Torrelavega (BOC 4-2-13).

-CC de Diario ABC, S.L (BOE 10-7-13).

-CC de la empresa "Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A (BOCM 21-12-13).

-CC de la empresa "McDonald´s (BO Com Madrid 7-1-13).

-CC de la empresa "NH Hoteles España, S.L -Hotel Eurobuilding- (BO Com Madrid 3-8-13). -CC de la empresa "G y J Publicaciones Internacionales, S.L" (BO Com. De Madrid 7-9-13).

-CC de la empresa Editorial Prensa Valenciana, S.A (DO Comunitat Valenciana 15-10-13).

-CC de Onet España, S.A (actividades de servicios auxiliares) (BOE 19-6-13).

-CC de la empresa Fundación Hospital de Avilés (BO Principado de Asturias 20-11-13).

-CC de Onet España, S.A (BOE 19-6-13).

-CC de la entidad Ultracongelados Virto S.A de Funes (BO Navarra 11-4-13).

-CC de la empresa Fundación Hospital de Avilés (BO Principado de Asturias 20-11-13).

-CC de la empresa “McDonald´s” (BO Com de Madrid 7-1-13).

-CC de la empresa Mercasantander, S.A (BOC 24-12-13).

-II CC del Grupo Rodilla (BOE 8-3-13).

-CC de la empresa Initial Facilities Services, S.A (BOE 13-8-13).

-CC de la empresa Derivados del Flúor, S.A (BOC 8-8-13).

-CC de la empresa “McDonald´s” (BO Com de Madrid 7-1-13).

-CC de la empresa Meadwestvaco Embalajes, S.L (BO Bizkaia 11-1-13).

-CC de la entidad Ultracongelados Virto S.A de Funes (BO Navarra 11-4-13).

-CC de la empresa Multicanal Iberia, SLU para los años 2011-2014 (BO Barcelona 22-2-13).

-CC de Diario ABC, S.L (BOE 10-7-13).

-CC de la empresa Sporting Club Casino de A Coruña (BO A Coruña 22-8-13).

-CC de la empresa Editorial Prensa Asturiana (BO Principado de Asturias 11-8-14).

-CC de la empresa Frinova S.A (BO Pontevedra 10-10-14).

-CC de Bellsolá, S.A (BOE 13-6-14).

-CC de la empresa Tuboplast Hispania, SA (BO Territorio Histórico de Alava 15-10-14). -CC de la empresa Editorial Prensa Asturiana (BO Principado de Asturias 11-8-14).

-CC de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (BOE 13-9-14).

-CC de la empresa Clece S.A (Hospital Príncipe de Asturias) (BO Com Madrid 4-10-14).

-CC de la empresa Editorial Prensa Asturiana S.A.U (BO Principado de Asturias 11-8-14).

-CC empresa Eulen Sociosanitarios (BO Gipuzkoa 14-3-14).

-CC de la empresa Bellsolá (BOE 13-6-14).

-CC de la empresa Clece S.A -Hospital Príncipe de Asturias- (BO Com Madrid 4-10-14).

-CC de la empresa Rotocobrhi, S.A (BO Comunidad de Madrid 24-5-14).

-CC KFC Restaurants Spain, S.L (BOE 6-6-14).

-CC de la entidad Grupo Fromageries Bel España, S.L (BO Navarra 10-8-14).

-CC de la empresa Tuboplast Hispania, S.A (BO Territorio Histórico de Alava 15-10-14).

-CC de la empresa Terminales Químicos, S.A de Tarrragona para los años 2013-2017 (BO Tarragona 1-12-14).

-CC de la empresa Cepsa Comercial Petróleo, S.A (BOE 7-2-14).

-CC de la empresa "Cepsa Química, S.A" (BOCM 15-8-14).

-CC de la Fundación Carmen Arias (BO Ciudad Real 21-4-14).

-CC de la empresa Aspla Plásticos Españoles, S.A para el período comprendido entre el 1-3-14 y el 28-2-17 (BOC 30-7-14).

-CC de la empresa Radio Coruña, S.L (BO A Coruña 1-10-14).

-CC de la empresa Veripack embalajes, SLU para los años 2014-2015 (BO Barcelona 26-8-14).

-CC de la empresa fomento de construcciones y contratas (centro de trabajo de Laredo) (BOC 25-9-14).

-CC de la empresa Celulosa de Asturias, S.A (BO Principado de Asturias 26-8-14).

-CC de la empresa Repsol Exploración, S.A (BOCM 1-11-14).

-CC de la empresa Fuchs Lubricantes, SAU para los años 2013-2014 (BO Barcelona 2-4-14).

-CC de la empresa “Renault Retail Group, S.A” (BO Com Madrid 8-11-14).

-CC de TTT Ejes Zumárraga (BO Gipuzkoa 14-10-14).

-CC Endesa Ingeniería S.L (BOE 31-10-14).

-CC del grupo 20 Minutos, S.L (BOE 23-04-14).

-CC de la empresa Servimedia, S.A (BOCM 4-1-14).

-CC de la empresa Prensa Diaria Aragonesa, S.A (BO Zaragoza 8-4-14).

14).

-CC de la empresa “Diario AS, S.L” (BOCM 6-12-14).

-CC de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (BOE 13-9-14).

-CC de Eulen sociosanitarios, S.A (BO Gipuzkoa 14-3-14).

-CC de la Fundación Carmen Arias (BO Ciudad Real 21-4-14).

-CC de la empresa Clece -Centro del Hospital Príncipe de Asturias- (BOCM 4-10-14).

-CC de la empresa Ferroatlántica S.A (BO Com de Madrid 7-2-14).

-CC de la empresa Cooperativa Farmacéutica Vascongada SCL (BO País Vasco 13-2-14).

-II CC de la Corporación RTVE (BOE 30-1-14).

-CC de la empresa Gascies, S.L (BO Pontevedra 10-10-14).

-CC de Agfa Graphics NV (BOE 14-8-14).

-CC de Casino de la Toja, S.A (BO Pontevedra 10-2-14).

-CC de la empresa Bunge Ibérica, S.A (BO Barcelona 24-11-14).

-CC de la empresa “Casinos Comar Madrid, SAU) (BO Comunidad de Madrid 16-8-14).

-I CC de los hospitales agudos, centros de atención primaria, centros sociosanitarios y centros de salud mental, concertados con el Servicio Catalán de la Salud (DO Generalitat de Catalunya 29-7-15).

-CC de la empresa Federación Farmaceútica SCCL (BOE 12-1-15).

-CC de la empresa Editorial Extremadura, SA (DO Extremadura 25-3-15).

-CC de la empresa Diario el Correo, S.A.U para los años 2015-2017 (BO País Vasco 13-5-15) .

-CC de la empresa Cruz Roja española en la Comunidad de Madrid (BOCM 11-4-15).

-CC de la empresa "Grupo Hostelero Diversia, S.L" (BO Com Madrid 25-4-15).

-II CC marco del grupo EON España (BOE 30-1-15).

-CC de Metalocaucho (BO Gipuzkoa 13-2-15).

-CC Diario de Cádiz, S.L y Diario de Jerez, S.A (BO Cádiz 30-4-15).

-CC de la empresa Diario El Correo, S.A.U para los años 2015-2017 (BO País Vasco 13-5-15).

-CC de la empresa International Contract Molding España, SL (BO Navarra 11-5-15).

-CC de Metalocaucho (BO Gipuzkoa 13-2-15).

-CC de la empresa Beautyge, S.L para los años 2014 y 2015 (BO Tarragona 30-6-15).

-CC de la empresa "Tetra Pak Envases, S.A (BOCM 25-4-15).

-CC de Diario de Cádiz, S.L y Diario de Jerez, S.A (BO Cádiz 30-4-15).

-CC de Imerys Diatomita Alicante, S.A (BOE 19-8-15).

-CC de la empresa Petróleos de Canarias, S.A (BO Canarias 6-3-15).

-CC de Federación Farmaceútica SCCL (BOE 12-1-15).

-CC de la empresa Servicios Operatos Internos SAU (BOE 21-4-15).

-CC Federación farmacéutica SCCL (BOE 12-1-15).

-CC de la empresa Editorial Extremadura, S.A (DO Extremadura 25-3-15).

-CC del grupo hospitalario Quirón S.A y Grupo Hospitalario Servicios S.L (BO Gipuzkoa 13-1-15).

-CC de Ediciones Primera Plana, S.A (BOE 26-03-15).

-CC de la empresa Editorial Extremadura, S.A (DO Extremadura 25-3-15).

-CC de la entidad Hospital Nuestra Señora de la Caridad de Tafalla (BO Navarra 16-2-15).

-CC de la empresa Unión de Centros Farmaceúticos, S.A-Unicefar (Centro de Trabajo Basauri) BO Bizcaia 24-2-15).

-CC de la empresa Laboratorios Rayt (BO Barcelona 9-9-15).

-CC de la Residencia Nuestra Señora de la Merced de Soraluce (BO Guip 2-10-15).

-CC de Transmediterránea, S.A (personal de flota) (BOE 11-3-15).

-CC de la empreda Resiblock, S.L (BO Córdoba 22-7-15).

-CC de la empresa Solid Block, S.L (BO Córdoba 21-7-15).

-CC de la empresa Editorial Cantabria, SA (BOC 23-3-15).

-CC de Repsol Petróleo, S.A (BOE 11-6-15).

-CC de la empresa Reyde, S.A (BO Barcelona 2-10-15).

-CC de la empresa Editorial Extremadura, S.A (DO Extremadura 25-3-15).

-CC de la Residencia Nuestra Señora de la Merced de Soraluce (BO Gipuzkoa 2-10-15).

-CC de Federación Farmaceútica SCCL (BOE 12-1-15).

-CC de Ediciones Primera Plana, S.A (BOE 26-3-15).

-CC de la empresa Inplastic, SA de Tudela (BO Navarra 11-6-15).

-CC de la empresa Lignotech Ibérica, SA para el año 2013 (BOC 22-6-15).

-CC de la empresa Badrinas, S.A (BO Barcelona 9-9-15).

-CC de la empresa Abrasivos Manhattan, S.A (BO Territorio Histórico de Alava 8-4-15).