

La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula “opt-out”, al período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de “tiempo de trabajo efectivo”

Diego Enjuto Jareño
Abogado, Cuatrecasas

1. Introducción

Varios meses de discusión y negociación en el seno de las instituciones europeas no han logrado aunar las posturas ampliamente distanciadas de las distintas partes con intereses en la cuestión. Amplias divergencias se plantean entre la Comisión y el Parlamento europeos, presentando puntos de vista muy diversos. Pero también entre los propios países miembros de la Unión Europea, abocados, si continúan manteniéndose en sus posiciones actuales, a un largo y arduo proceso negociador ante la necesidad de alcanzar un acuerdo aceptado por (y aceptable para) la mayoría.

Son dos los motivos fundamentales que han dado lugar a este largo proceso negociador. Por un lado, la configuración de lo que debe entenderse por tiempo de trabajo. Y, por otro, la eliminación de la posibilidad de ejercicio por parte de los Estados miembros de la cláusula de “opt-out”.

Y es que la intención de modificar –y, por qué no decirlo, actualizar- la Directiva 2003/88/CE , sobre ordenación de tiempo de trabajo, que recoge, entre otros, estos dos polémicos aspectos, parece no dejar indiferente a nadie.

2. El “opt-out”

La figura del “opt-out” ya se recogía en la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Esta Directiva fue modificada y completada por la Directiva 2003/88/CE – actualmente en vigor-.

El “opt-out” se configura como la posibilidad de los Estados miembros de inaplicar el límite máximo de 48 horas de trabajo semanal establecido en el artículo 6.b) de la Directiva 2003/88/CE: *“la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días”*. Además, el artículo 22 de la referida Directiva recoge la opción de los Estados miembros –siempre que garanticen la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores- de *“no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que: a) ningún*

empresario solicite a un trabajador que trabaje más de 48 horas en el transcurso de un período de siete días (...) salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo; b) ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo; c) el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo; d) los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes (...); e) el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de 48 horas (...)”.

El consentimiento del trabajador al exceso de horas de trabajo deberá ser expreso, según la Comisión Europea y el TJCE, que en el apartado 84 de su Sentencia de 5 de octubre de 2004 (caso Pfeiffer y Nestvogel v. Deutsches Rotes Kreuz), dice: *“para establecer válidamente una excepción a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (...) que es de cuarenta y ocho horas, el consentimiento del trabajador debe ser no solamente individual, sino también expresa y libremente manifestado”*.

Son varias las razones que se apuntan por parte de los distintos interlocutores que promueven la eliminación de la cláusula de “opt-out” (el Parlamento Europeo –con el informe Cercas como pilar fundamental- y algunos Estados miembros de la UE –entre ellos España, Francia, Bélgica y Finlandia-, así como todas las organizaciones sindicales europeas). Por un lado, razones basadas propiamente en la seguridad y salud de los trabajadores. Y es que difícilmente puede fomentarse una cultura de prevención de riesgos laborales si se incrementa la duración de la jornada laboral, aumentándose con ello el cansancio físico y psíquico de los trabajadores y, con ello, el riesgo de acaecimiento de accidentes laborales.

Por otro lado, existen también argumentos para dudar de la real y efectiva libertad del trabajador a la hora de consentir la realización de un exceso de horas de trabajo. Y ello porque el trabajador puede sentirse en cierto modo presionado a la firma por el deseo de conseguir un puesto de trabajo o por el miedo a perder su puesto actual.

Además, se alega que si la tendencia actual en el ámbito laboral se dirige hacia la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en nada favorece esa meta el mantenimiento de una situación en la que los trabajadores podrían trabajar un número de horas a todas luces excesivo e incompatible con una vida personal y familiar adecuada.

Por último, también ha de destacarse la reciente incorporación (2004) como Estados miembros de la Unión Europea de algunos países del Este (Polonia, República Checa,

Eslovaquia, etc) en los que las condiciones laborales son sustancialmente inferiores a las de los Estados miembros occidentales, lo que conlleva inferiores costes sociales para los empresarios. Si se continúa admitiendo la posibilidad del “opt-out”, puede llegarse a una situación de “dumping” social insostenible tanto para dichos Estados occidentales como para el conjunto de la Unión, dado que la combinación de unos salarios mucho menores con la posibilidad de trabajar en dichos Estados del Este un mayor número de horas semanales, motivará, como parece lógico y razonable, el traslado de multitud de compañías a dichos Estados en los que obtener un mayor beneficio de la actividad económica.

En oposición –más o menos estricta– a la medida de erradicar la cláusula de “opt-out” de la Directiva, se encuentran la Comisión Europea y ciertos Estados como el Reino Unido, Polonia, Malta, así como muy probablemente Alemania y Austria.

La Comisión propone el mantenimiento de la cláusula existente, aunque con un régimen más estricto en sus condiciones de aplicación. Señala este organismo que la reforma de la Directiva 2003/88/CE ha de pretender los siguientes objetivos: alto nivel de protección de los trabajadores, mayor flexibilidad empresarial en tiempo de trabajo, mayor compatibilidad entre vida laboral y familiar, así como evitar las limitaciones empresariales irrazonables, en especial para las PYMES.

Como medio para alcanzar dichos objetivos, la Comisión plantea un sistema dual de alternativas, y así, si existe un acuerdo sobre “opt-out” entre los agentes sociales, el trabajador podrá posteriormente de manera individual acogerse al mismo; en caso contrario, el trabajador seguirá manteniendo su derecho al “opt-out” pero con unos requisitos adicionales para evitar abusos empresariales y asegurar la libertad y voluntariedad de la elección del trabajador. Entre estos requisitos se encuentran la exigibilidad de que el consentimiento del trabajador sea dado de forma escrita y nunca al comienzo de la relación laboral ni durante el período de prueba.

Por su parte, el Reino Unido da un paso más en la oposición a la eliminación del “opt-out”, no aceptando siquiera modificaciones a la configuración actual del mismo. Y ello porque considera que constituye un elemento vital para garantizar la flexibilidad del mercado de trabajo así como un requisito imprescindible para la buena marcha de la economía. Su utilización ha llevado a la Confederación Europea de Sindicatos a acusar a este Estado de practicar una repetida (y permitida) violación de las condiciones legales mínimas del “opt-out”. Y es que en el Reino Unido, país que desde un comienzo se adhirió a la opción de no aplicar el límite horario laboral, la práctica del “opt-out” está muy extendida, alcanzando a más de cuatro millones de trabajadores (según datos

aportados por el Parlamento Europeo en su Resolución de 2004 sobre ordenación del tiempo de trabajo).

A partir de ahora, en todo caso, resta todavía un arduo camino por recorrer. Una vez refrendada la propuesta en el Parlamento Europeo el día 11 de mayo de 2005, el texto se trasladó al Consejo de Ministros de la Unión, que el 2 de junio pasado confirmó la alternativa propuesta por el Reino Unido admitiendo la actual configuración del “opt-out”. Ahora vuelve a ser el turno del Parlamento que, muy probablemente, reenviará la pretensión nuevamente al Consejo para una segunda lectura, revisión y, en su caso, aprobación. Teniendo en consideración el nivel de diferencias de opinión existentes en las distintas instituciones y Estados miembros, es más que probable que hasta bien entrado el año 2006 no exista una decisión final al respecto, la cual, en caso de no alcanzarse mediante acuerdo, deberá ser tomada mediante un procedimiento de conciliación entre miembros del Parlamento y del Consejo. En el supuesto de no lograrse tampoco un acuerdo en esta última instancia, la pretensión reformadora expiraría.

Una vez analizado el estado actual de la cuestión, no podemos dejar de hacer hincapié en un asunto relacionado con la limitación máxima semanal de 48 horas expresada en la Directiva 2003/88/CE.

España, como se ha indicado, es uno de los Estados a favor de eliminar la cláusula de “opt-out” de la Directiva, lo que impediría a los trabajadores realizar un número de horas semanales superior a 48. Actualmente, la jornada laboral máxima en España es de 40 horas semanales (art. 34.1 ET), permitiéndose adicionalmente un total de 80 horas extraordinarias anuales (art. 35.2 ET). Como se conoce, el cálculo de la jornada máxima promedio se hace en cómputo anual, según el Estatuto de los Trabajadores.

En este punto, nuestro Derecho podría estar sufriendo una incoherencia legislativa desde la entrada en vigor de la Directiva 2003/88/CE, ya que el Estatuto de los Trabajadores plantea un máximo de 40 horas semanales en cómputo anual (más 80 horas extraordinarias anuales), mientras que la Directiva recoge un máximo de 48 horas semanales tomando como referencia un período de cuatro meses.

Lo que a primera vista podría parecer una diferencia únicamente en términos temporales, tiene unos efectos prácticos de gran interés, ya que, a modo de ejemplo, un trabajador en España podría prestar servicios con una jornada ordinaria de 50 horas semanales durante un período de cuatro meses, lo cual, por una parte, vulneraría la Directiva –que permite un máximo de 48 horas semanales-, pero por otra, cumpliría lo dispuesto en el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores siempre que en el período

restante del año ajustara la jornada ordinaria de trabajo para no superar en cómputo anual las 40 horas semanales.

Con la finalidad de evitar situaciones como la planteada, el art. 18 de la Directiva recoge la posibilidad de excepcionar mediante la negociación colectiva la aplicación del período de referencia de cuatro meses, siempre que se concedan a los trabajadores períodos equivalentes de descanso compensatorio. No obstante, el sucesivo art. 19 limita la excepción anterior a un período de referencia máximo de seis meses, pudiendo ampliarse el plazo referencial a doce meses por razones objetivas, técnicas o de organización si se respetan los principios de seguridad y salud de los trabajadores.

Parece, pues, que España se acoge a este art. 19 para establecer un período de referencia de doce meses (“*cuarenta horas semanales en cómputo anual*”), lo cual, ciertamente, no deja de ser curioso teniendo en cuenta que nuestro país se sitúa en el primer puesto de la escala de accidentes laborales y, por ende, en la cola europea de la prevención de riesgos laborales.

En todo caso, si finalmente la reforma del texto comunitario es aprobada y entra en vigor –lo que parece bastante probable– se establecería un período de transición para que todos los Estados miembros pudieran adaptar sus legislaciones internas a las nuevas previsiones, período que no obstante estar inicialmente previsto hasta 2010, podría adelantarse a 2007.

3. El período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria

“Los Estados miembros podrán establecer: b) para la aplicación del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), un período de referencia que no exceda de cuatro meses” (Art. 16 de la Directiva 2003/88/CE).

El art. 16.b) de la Directiva plantea una regla estándar de cuatro meses como período de referencia para la aplicación de art. 6 de la misma. No obstante, como ya hemos apuntado, se deja la puerta abierta a que la negociación colectiva en cada Estado miembro extienda el período de referencia a seis e incluso doce meses (art. 19), lo cual parece haber tenido lugar en nuestro país ya que el período de referencia previsto por nuestra legislación a día de hoy es de un año.

Las posturas –que hemos podido apreciar tan opuestas al respecto de la eliminación de la cláusula de “opt-out”– se muestran aquí mucho más conciliadoras y convergentes. Así, la Comisión Europea propone sustituir la actual regla de los cuatro meses (ampliables hasta seis e incluso hasta doce) por un plazo genérico de referencia de doce

meses, con posibilidad de ampliación si media acuerdo entre los interlocutores sociales. Justifica esta modificación en el favorecimiento de la flexibilidad del tiempo de trabajo, que permitiría así ajustar éste a las fluctuaciones de la demanda, en especial en las PYMES.

Por su parte, el Parlamento Europeo, no obstante aceptar la propuesta de la Comisión, requiere para la ampliación del período de referencia la existencia de mayores garantías para la seguridad y la salud de los trabajadores así como la previa consulta a cada trabajador afectado por la medida. Y lo hace, con total seguridad, basándose en el Informe Cercas, que a este respecto afirma que *“la ampliación del período de referencia puede tener un impacto sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, en la medida que permitirá hacer unas jornadas semanales más largas y un número de jornadas más largas a lo largo del año”*. No es menos cierto, sin embargo, como también afirma el europarlamentario Alejandro Cercas en su Informe, que la ampliación del período de referencia a una anualidad no influiría en el cómputo total de horas de trabajo al año ni en el número total de horas de descanso, sino únicamente en su distribución.

Por todo ello, parece razonable que, siempre sobre unos fundamentos sólidos y veraces que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores, se permita la ampliación del período de referencia tal y como la Comisión y el Parlamento europeos proponen.

De esta manera, además, España cumpliría las previsiones comunitarias acerca del período de referencia a computar, no dejando espacio para posibles dudas como la que hemos planteado en el apartado anterior.

4. La conceptualización del “tiempo de trabajo efectivo”

El tercero de los asuntos que muy posiblemente se verán modificados es la configuración de lo que ha de entenderse por tiempo de trabajo efectivo.

Mientras permanezca la Directiva 2003/88/CE en su estado actual, se ha de identificar esta figura con *“todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales”*. (Artículo 2.1)

El TJCE ha venido interpretando esta previsión en el sentido considerar tiempo de trabajo efectivo todo el tiempo que el trabajador permanezca en el centro de trabajo, tanto si realiza trabajo efectivo como si no realiza actividad. Por el contrario, si el trabajador solamente ha de estar localizable, sin ser precisa su presencia física en el

centro de trabajo, únicamente se computará como tiempo de trabajo el tiempo durante el que el trabajador ha prestado efectivamente servicios.

El supuesto más común en el que se plantea esta cuestión es el de los centros médico-sanitarios. Así, en las Sentencias de los casos SIMAP y JAEGER, de fechas 3 de octubre de 2000 y 9 de septiembre de 2003, respectivamente, el TJCE valora el tiempo de trabajo en profesionales sanitarios, realizando la referida distinción: *“el tiempo de dedicación a atención continuada prestado por los médicos de equipos de atención primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad (...) mientras que, por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios”*.

No obstante, parece que el criterio del TJCE podría trasladarse por analogía a cualesquiera otros trabajos que exijan la necesidad del trabajador de estar localizable en todo momento durante su jornada laboral a pesar de haber momentos en los que no tenga trabajo efectivo que realizar, entre ellos los trabajos de vigilante, portero, socorrista, etc.

La Comisión Europea, en su intento por alcanzar el equilibrio entre flexibilidad en el empleo –que favorecería a los empleadores- y seguridad y salud de los trabajadores –en favor de estos últimos-, plantea la concepción de que los períodos de tiempo latente o inactivo durante el tiempo de guardia, en los que no se realiza un trabajo real y efectivo, no deben gozar del mismo nivel de protección que los períodos realmente activos. Mantiene, en definitiva, que dichos períodos de tiempo de guardia latente o inactiva no deben ser considerados tiempo de trabajo efectivo según la definición dada por la Directiva 2003/88/CE. Deja, al menos, la posibilidad a los Estados miembros de admitir lo contrario mediante la legislación nacional de cada uno así como mediante la negociación colectiva entre los agentes sociales.

El Comité de las Regiones de la Unión Europea camina en la misma dirección que la Comisión Europea, apoyando la propuesta realizada por ésta.

Por su parte, el Parlamento Europeo, en oposición, aboga por la consideración del período latente o inactivo de guardia como tiempo efectivamente trabajado. No obstante, admite que *“por ley o por convenio colectivo, los tiempos de guardia inactivos podrán ser computados de forma específica a efectos de la duración media máxima semanal”* de 48 horas.

Esta precisión del Parlamento viene a derivar en la obligación de computar todas las horas de guardia como tiempo de trabajo efectivo pero admitiendo un cómputo especial y diferenciado de aquellas horas de inactividad, siendo posible, a modo de ejemplo, que cinco horas de guardia computadas correspondan a diez horas reales de guardia inactiva.

Da la impresión, en fin, que la futura modificación podría venir más por la vía de una aclaración o mayor concreción de los términos recogidos en la Directiva a este respecto que por un cambio profundo en su contenido. Parece, pues, que basta con definir si el tiempo que un trabajador ha de estar disponible ante un posible requerimiento empresarial para trabajar debe ser considerado a todos los efectos tiempo de trabajo o, por el contrario, no debe serlo. En cualquier caso, es improbable que el debate comunitario en este punto alcance el nivel previsto para el resto de cuestiones.

5. A modo de conclusión

La modificación de la Directiva 2003/88/CE, relativa a tiempo de trabajo, en los aspectos relativos al “opt-out”, a la ampliación del período de referencia y a la configuración de lo que debe entenderse por tiempo de trabajo efectivo, está acarreado un arduo trabajo de entendimiento entre las distintas instituciones comunitarias. No obstante, la idea de un acuerdo global sobre tiempo de trabajo permanece de manera constante en el seno de todas ellas.

Sin embargo, no parece que el acuerdo vaya a llegar con prontitud, en especial si tenemos en cuenta las grandes dificultades de consenso existentes en la actualidad en la Unión Europea en cuestiones tan esenciales para su futuro como los presupuestos, el texto constitucional, etc.

Y es que en una Europa cada vez más amplia, con mayor diversidad de intereses muchas veces enfrentados, se hace cada vez más complicado obtener un consenso más o menos general.

En todo caso, la modificación de la Directiva en los términos planteados no parece que vaya a encontrar excesivos escollos en cuanto a la ampliación del período de referencia o a la definición de tiempo de trabajo, dos temas éstos que tienen mayor reflejo sobre el bienestar laboral de los trabajadores que sobre los resultados económicos y empresariales de los Estados.

Por el contrario, el debate sobre el mantenimiento o eliminación del “opt-out” está y, sin lugar a dudas, continuará provocando los enfrentamientos más duros, puesto que de ello depende en gran medida la competitividad de algunos Estados de la Unión (y en cierto

modo de la propia Unión Europea), en especial la de los recientemente incorporados, para los que el “opt-out” constituye una de sus mayores ventajas competitivas (junto con el bajo precio de los salarios) con respecto a los Estados miembros occidentales.

Sólo resta, por tanto, esperar y ver cómo van transcurriendo las negociaciones durante los meses venideros.