

TRABAJO EFECTUADO POR:

**M.<sup>a</sup> PILAR SABORIT TEL**

*Licenciada en Derecho*

ACCÉSIT PREMIO *ESTUDIOS FINANCIEROS* 1995

---

## *Sumario:*

---

- I. Introducción.
- II. El trabajo nocturno.
  - 1. Regulación del trabajo nocturno antes del Estatuto de los Trabajadores.
  - 2. La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
  - 3. La reforma.
- III. Conclusiones.

## IV. Apéndices.

Apéndice 1. Bibliografía.

Apéndice 2. Convenios colectivos consultados.

Apéndice 3. Jurisprudencia estudiada.

**ABREVIATURAS**

<b>AL:</b>	Revista Actualidad Laboral.
<b>Art.:</b>	Artículo.
<b>BOE:</b>	Boletín Oficial del Estado.
<b>CC:</b>	Convenio colectivo.
<b>CE:</b>	Constitución Española de 1978.
<b>Edit.:</b>	Editorial.
<b>ET:</b>	Estatuto de los Trabajadores de 1980.
<b>LISOS:</b>	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 7 de abril de 1988.
<b>LRL:</b>	Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976.
<b>LPL:</b>	Ley de Procedimiento Laboral.
<b>OIT:</b>	Organización Internacional del Trabajo.
<b>Op. cit.:</b>	Obra citada anteriormente.
<b>Por ej.:</b>	Por ejemplo.
<b>Pág.:</b>	Página.
<b>R.A.:</b>	Repertorio Aranzadi.
<b>R.D.:</b>	Real Decreto.
<b>REDT:</b>	Revista Española de Derecho del Trabajo.
<b>Res.:</b>	Resolución.
<b>SS:</b>	Siguientes.
<b>STCo:</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional.
<b>STCT:</b>	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
<b>STS:</b>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<b>STSJ:</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (de una Comunidad Autónoma determinada).
<b>TRET:</b>	Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.
<b>TRLGSS:</b>	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
<b>VVAA:</b>	Varios Autores.

## I. INTRODUCCIÓN

Si ha de explicarse el porqué de la elección del trabajo nocturno como tema a desarrollar en este primer trabajo, la respuesta partiría de la innegable importancia que en nuestro ordenamiento laboral ha tenido la reciente reforma sufrida por el mismo en 1994. El tema que nos ocupa queda situado a partir del cambio sufrido por el ET en el art. 36, dejando entonces de figurar como contenido del art. 34.6 del ET en su redacción anterior.

El primer motivo de esta «asombrosa» transformación no admite duda, puesto que el tratamiento del tema en el antiguo precepto no admitía otra calificación que no fuese la de obsoleta e insuficiente. Pero no es sólo que el legislador se parase a observar tal precariedad, sino que se vio obligado a reparar en ella y a ponerle solución cuando la Europa Comunitaria le lanzó un «aviso» sobre éste y muchos otros temas en forma de Directiva 93/104/CEE, empujándolo a lo que después fue la urgente reforma de la que estamos hablando.

Una vez dado el paso, y volviendo a referirnos al nuevo art. 36, ha resultado del esfuerzo un artículo moderno, completo y a la altura de las exigencias de nuestros vecinos de la Comunidad Europea. Y no sólo eso, sino que tomando como referencia la citada Directiva y considerando como mínimos sus preceptos, hemos sido capaces de superarlos en muchos casos y garantizar la salud y la seguridad de nuestros trabajadores nocturnos y, en definitiva, de ofrecer un panorama legislativo suficiente para este colectivo.

Claro está, y también hay que decirlo, que nunca llueve a gusto de todos y no son pocos los autores que piensan que se ha desaprovechado una oportunidad estupenda para conseguir una regulación que hubiera podido ser mucho más completa y justa, ya que creen que en el afán de modernizar una regulación que necesitaba su urgente intervención se ha dado un paso atrás en el nivel de garantías de los trabajadores. Ello debido a que el hecho de eliminar unos mínimos de derecho necesario debilita sin duda alguna la posición del trabajador y lo deja, a pesar de lo completa y moderna que resulte ser la nueva normativa, a merced de circunstancias que él no puede controlar, llámense éstas negociación colectiva, voluntad del empresario, etc.

Pero todo eso lo iremos viendo poco a poco; baste por ahora señalar que el tema elegido, el trabajo nocturno, resulta de gran interés por haber recibido un reciclaje y una puesta al día que deja a los estudiosos de Derecho Laboral con la esperanza de comprobar a un plazo no demasiado largo, los resultados positivos del trabajo realizado.

## II. EL TRABAJO NOCTURNO

– Qué se entiende por tal.

El trabajo nocturno no es más que una de las posibilidades de realización de la jornada laboral, la ubicación de la cual en el tiempo no es coincidente para todos los trabajadores aunque existe un modelo que podríamos llamar «típico» y que es el trabajo diurno (1). No obstante, no puede olvidarse que existen otros tipos de jornadas, como son las mixtas, adjetivo que nos dice más o menos en qué consisten (2) y la nocturna, que es de la que nos vamos a ocupar de ahora en adelante.

– Por qué es objeto de un tratamiento específico.

Claramente la jornada nocturna es objeto de un tratamiento diferente por ser más gravosa para el trabajador, que está invirtiendo su ritmo de vida con respecto al resto de la sociedad puesto que se ve obligado a trabajar de noche y descansar durante el día; además se coloca en una situación diferente con respecto a la de los miembros de su familia, sus amigos, e incluso sus vecinos (tema este que no es en absoluto insignificante si tenemos en cuenta que el trabajador nocturno ve muchas veces entorpecido su descanso diurno por circunstancias normales de la vida cotidiana de aquellas personas que le rodean y que no tienen su mismo horario).

No obstante, determinadas actividades relacionadas con la seguridad, la salud o la economía necesariamente han de prestarse durante la noche (por ej. hospitales, hoteles, transportes, comunicaciones, vigilancia, etc.). Sin embargo, la necesidad de que estos servicios se cubran no es óbice para que existan también ciertos límites y ciertas compensaciones para las personas que los realizan.

Pero aunque esta jornada sea más penosa y sus trabajadores merecedores de ciertas compensaciones o garantías, no debe contemplarse este tema solamente desde el punto de vista del trabajador, ya que hay que tener en cuenta también que las condiciones en que éste se encuentre van a afectar necesariamente a su rendimiento, y es interesante para el empresario conseguir que éste sea máximo.

---

(1) ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La ordenación del tiempo de trabajo». Madrid, (Tecnos) 1988. Pág. 133.

(2) Parece que es fácil entender en qué consiste una jornada mixta puesto que si el diccionario identifica «mixta» con «combinada», una jornada de trabajo de esas características será aquella que se componga de horas diurnas y nocturnas a la vez. Sin embargo, más adelante, al comentar el nuevo art. 36 del ET veremos cómo un trabajador cuya jornada sea del tipo que ahora comentamos se considera un trabajador nocturno.

Numerosas experiencias, entre ellas las de Hawtorne, han demostrado que tanto las condiciones físicas como por ejemplo la salud, la adecuada alimentación, el debido descanso...como las de medio ambiente como la iluminación, ventilación, higiene o la comodidad tienen una notable influencia sobre la moral del trabajador y esta última, a su vez, sobre su rendimiento laboral (3).

Por esta razón, cualquier intento de mejora que recaiga sobre las condiciones ambientales, de seguridad, higiene o comodidad, bien sea en el lugar de trabajo o también en el horario del trabajador..., seguramente va a traer como consecuencia un aumento del rendimiento, no tanto por la mejora en sí como por el efecto psicológico que para el trabajador produce el hecho de que se tenga en cuenta su comodidad y bienestar, lo cual constituye una auténtica motivación (4).

## 1. Regulación del trabajo nocturno antes del Estatuto de los Trabajadores.

### 1.1. Los convenios internacionales: la Organización Internacional del Trabajo.

La unificación de las normas laborales constituía una reivindicación obrera desde finales del siglo XIX y concretamente en el año 1897 se celebra en Zurich el primer Congreso Internacional de Protección Obrera, participando en el mismo diversas naciones. En 1900 se funda en Paris la Asociación Internacional de Legislación Obrera y en 1901 se inaugura la primera oficina internacional con sede en Basilea. Como consecuencia de la actividad de ésta, se celebrarán en Berna tres conferencias internacionales en 1905, 1906 y 1913 en las que participan diversos Estados, entre ellos España, y en las que se concluyen los primeros convenios internacionales.

La Primera Guerra Mundial obstaculiza el desarrollo de estos contactos internacionales pero a su vez propicia el común deseo de incluir, en el tratado que ponga fin a la misma, un capítulo relativo a las relaciones de trabajo. Este deseo se concretó en el nombramiento de una Comisión para el estudio del contenido laboral a incluir en el Tratado, en el transcurso de la primera sesión de la Conferencia de Paz de 25 de enero de 1919. Esta Comisión se reunió varias veces hasta que sus conclusiones fueron aprobadas por la Conferencia el día 11 de abril de 1919. El texto resultante pasó a formar parte del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 naciendo así la OIT.

En su primera etapa, la OIT se hallaba plenamente vinculada a la Sociedad de Naciones, pero diversos factores, entre los cuales encontramos la Segunda Guerra Mundial, propiciaron su independencia, plasmándose así la misma en la Constitución tras las reformas de 1945 y 1946, acordando

---

(3) FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, M.: «Psicología del trabajo. La adaptación del hombre a su tarea». Madrid, (INDEX.) 1980. Pág. 254.

(4) FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, M.: «Psicología del trabajo. La adaptación del hombre a su tarea». *Op. cit.* Pág. 126.

do con las Naciones Unidas el reconocimiento de la OIT como «un organismo especializado competente para emprender la acción que considere apropiada, de conformidad con su instrumento constitutivo básico, para el cumplimiento de los propósitos expuestos en él» (5).

Los propósitos a los que nos acabamos de referir podrían concretarse en tres, que son los que justificarán una acción legislativa internacional sobre las cuestiones laborales y son:

- Asegurar la paz mundial;
- Eliminar aquellas condiciones de trabajo claramente injustas que conducen a la miseria;
- Lograr que la competencia internacional no obstaculice la mejora de las condiciones sociales de cada una de las naciones.

Estamos ante una organización que luchará por conseguir mejoras sociales y que tan sólo tendrá en cuenta objetivos de carácter económico con miras a la consecución de las primeras. Va a otorgar, además, un valor extraordinario a la igualdad, la dignidad y a la libertad, aplicándolas a todos los trabajadores y en general, a todos los seres humanos.

Dejando ya esta especie de introducción, nos centraremos un poco más en el tema definiendo los convenios de la OIT como uno de los principales instrumentos que constituyen una importante concreción de su función normativa. Su elaboración es competencia exclusiva de la Conferencia General (uno de los tres órganos principales de esta organización junto con la Oficina Internacional del Trabajo y el Consejo de Administración), pero hay que saber que, al no ser la OIT una organización supranacional, estos convenios no obligan automáticamente a los Estados miembros, sino que más bien tienen naturaleza «prelegislativa». Éstos, van a ser sometidos a las autoridades de cada Estado (normalmente, el Parlamento) para ser discutidos y decidir la conveniencia de su ratificación. Si es que el Estado en cuestión decide ratificar un convenio va a ser sometido a dos tipos de obligaciones:

- Genérica: que consiste en el compromiso de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas sus disposiciones, tanto a nivel legislativo como en su aplicación práctica;
- Específica: que requiere el envío de Memorias anuales sobre las medidas concretas que cada Estado miembro ha adoptado para ejecutar los convenios a los que se ha adherido, las que van a someterse al control por parte de los órganos que la OIT tiene establecidos para el ejercicio de esa función.

---

(5) VVAA: «Instituciones de Derecho del Trabajo». Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.). 1991. Pág. 79 y ss.

Por último, definir también las Recomendaciones Internacionales del Trabajo como normas de jerarquía inferior no destinadas a la ratificación por los Estados. Se trata de orientaciones o sugerencias que van dirigidas a los Miembros pero sin carácter vinculante, cuya función es desarrollar o completar las normas contenidas en los convenios. No obstante, es posible que aborden, en su totalidad, temas que no han sido regulados por ningún convenio anterior (6).

Dicho esto, vemos ahora los Convenios y Recomendaciones que tienen por objeto, expresamente, la regulación del trabajo nocturno, los que presentamos por orden cronológico clasificados según el grupo de trabajadores a quienes van dirigidos:

#### 1. MUJERES

- Convenio núm. 4: relativo al trabajo nocturno de las mujeres. Washington, 29 de octubre de 1919-29 de enero de 1920. España lo ratifica el 8 de abril de 1932.
- Convenio núm. 89: relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en San Francisco, 17 de junio-10 de julio de 1948).
- Recomendación núm. 13: sobre el trabajo nocturno de las mujeres en la agricultura. Ginebra, 25 de octubre de 1921.

#### 2. MENORES

- Convenio núm. 6: relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria. Washington, 29 de octubre de 1919-27 de enero de 1920. Ratificado por España el 8 de abril de 1932.
- Convenio núm. 79: relativo a la limitación del trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales. Montreal, 19 de septiembre-9 de octubre de 1946. Ratificado por España el 8 de abril de 1971.
- Convenio núm. 90: relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria. Revisado en San Francisco del 17 de junio al 10 de julio de 1948. Ratificado por España el 8 de abril de 1971.
- Recomendación núm. 14: sobre el trabajo nocturno de los menores en la agricultura. Ginebra, 25 de octubre de 1921.
- Recomendación núm. 80: sobre la limitación del trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales. Montreal, 19 de septiembre de 1946.

---

(6) VVAA: «Convenios y Recomendaciones de la OIT (1919-1990), dir. Giménez Chornet, E. Madrid (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). 1991.

### 3. PANADERÍAS

- Convenio núm. 20: relativo al trabajo nocturno en las panaderías. Ginebra, 19 de mayo-10 de junio de 1925. Ratificado por España el 8 de abril de 1932.

### 4. OTROS

Finalmente hay que mencionar el Convenio núm. 171 sobre el trabajo nocturno (Ginebra, 6-27 de junio de 1990) que no ha entrado todavía en vigor por no haber recibido el número necesario de ratificaciones, ya que el art. 13.2 del mismo convenio exige que al menos dos ratificaciones hayan sido registradas para que empiece a contar el plazo de 12 meses a partir del cual entrará en vigor.

Sería interesante comentar ahora lo más destacable que encontramos tras leer detenidamente este conjunto de disposiciones: todos los convenios van a tener en común, antes de nada, la descripción de su ámbito de aplicación, lo cual es lógico. Todos ellos definen también qué se considera por «noche» (7), fijando normalmente un número de horas consecutivas, que varía según se trate de uno u otro convenio, coincidentes siempre con el período que va del atardecer a la madrugada del día siguiente. Coinciden también casi todos en exceptuar la prohibición de trabajo nocturno para estos trabajadores en caso de fuerza mayor o en casos especiales como por ejemplo trabajos relacionados con materias de fácil alteración.

Preven, también, la mayoría, una posible reducción del período nocturno para ciertos países con unas características determinadas como suele ser el clima, que hace excesivamente penoso el trabajo diurno por las altas temperaturas que se alcanzan a ciertas horas.

Para finalizar, como un dato curioso, mencionar solamente que todos los convenios contienen modificaciones a la aplicación de los mismos para La India.

Sin embargo, no es esto lo que más nos llama la atención sino que es justamente el Convenio núm. 171 sobre el trabajo nocturno que, como hemos dicho, todavía no ha entrado en vigor. En él encontramos importantísimas novedades que constituyen un precedente para nuestro actual art. 36 del ET, entre las que podemos señalar la diferenciación de los conceptos de trabajo nocturno y tra-

---

(7) A modo de ejemplo, el Convenio núm. 4 relativo al trabajo nocturno de las mujeres, contiene un art. 2.º en el que se dice que: «A los efectos del presente Convenio, 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.»

El Convenio núm. 90 relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria (revisado en 1948) contiene un art. 2.º:

«1. A los efectos del presente convenio, el término "noche" significa un período de 12 horas consecutivas, por lo menos.

2. En el caso de personas menores de 16 años, este período comprenderá el intervalo entre las diez de la noche y las seis de la mañana.

3. En el caso de personas que hayan cumplido 16 años y tengan menos de 18, este período contendrá un intervalo fijado por la autoridad competente de siete horas consecutivas, por lo menos, comprendido entre las 10 de la noche y las 7 de la mañana; la autoridad competente podrá prescribir intervalos diferentes para las distintas regiones, industrias, empresas o ramas de industrias o empresas, pero consultará a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores antes de fijar un intervalo que comience después de las once de la noche».



bajador nocturno, la evaluación gratuita del estado de salud del trabajador nocturno, la posibilidad de ser trasladado a un puesto de trabajo distinto si es que el trabajador nocturno tiene problemas de salud relacionados con el hecho de esta nocturnidad... En fin, temas que comentaremos más adelante y que harán que la regulación en este punto pase de ser obsoleta e insuficiente a mucho más moderna y completa.

## *1.2. La regulación en España.*

### 1. La proposición del Sr. Dávila.

Por empezar de algún modo, lo haremos con la proposición de ley del Diputado don Manuel Dávila sobre el trabajo de los niños, de los menores de edad y de las mujeres, empleados en la industria, presentada el 26 de abril de 1877. Se trata de uno de los antecedentes de lo que será más tarde la Ley de 18 de marzo de 1900 sobre el trabajo de mujeres y menores (8).

La protección de los niños llega con este ilustre señor tardíamente ya que, como ocurre en muchas ocasiones se le habían adelantado los países europeos más adelantados como por ej. Inglaterra, Francia, Países Bajos e incluso Portugal. Con ella, se buscaba la tutela del menor incluso contra los abusos y la explotación permitidos por sus propios padres al enviarles a trabajar desde muy niños. Pero no sólo eso, ya que debido a la precocidad con que se les consideraba aptos para el trabajo, la instrucción primaria pasaba a ser un privilegio que casi nadie podía permitirse, entre otra cosa, por la falta de tiempo para asistir a estos centros y también por la escasez de los mismos.

Don Manuel Dávila se fijó ya en el trabajo nocturno proponiendo lo siguiente: «los jóvenes menores de dieciséis años y las jóvenes menores de diecisiete no podrán trabajar de noche, considerándose como período nocturno el que abarcaba desde las 21 horas hasta las 5 de la mañana del día siguiente.

### 2. La Comisión de Reformas Sociales y la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre trabajo de mujeres y menores.

La creación de esta Comisión de Reformas Sociales en 1883 tuvo por finalidad «el estudio de las cuestiones que interesen a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales y que afecten a las relaciones entre capital y trabajo». Con ella se acepta el evidente retraso que lleva España con respecto a otros países de Europa en la llamada «cuestión social», causada por su ideología pero también por el temor a la competencia de los mercados internacionales.

(8) Cuando, en las primeras etapas de la revolución industrial las jornadas de trabajo eran agotadoras y los ambientes insalubres, la reacción humanitaria, que tuvo una vital importancia en los orígenes del Derecho del Trabajo, se fijó especialmente en el trabajo femenino y en el realizado por menores. En este sentido hay que decir que muchas de las primeras normas de intervención estatal sobre las condiciones de trabajo se refirieron a ellos, como por ejemplo la Ley de 24 de julio de 1873. ALONSO OLEA, M.: «Derecho del Trabajo». Madrid (Universidad de Madrid, Facultad de Derecho; Sección de publicaciones). 1973. Pág. 43.

La discusión en el Parlamento de los distintos proyectos de ley sobre el trabajo de mujeres y niños se inicia con respecto a la que será la Ley de 13 de marzo de 1900 en el año 1889 con un proyecto de ley sobre el trabajo de los niños de la Comisión de Reformas Sociales. Tanto este proyecto como todos los siguientes hasta llegar al definitivo, van a tener en cuenta el trabajo nocturno prohibiéndolo en el sector industrial.

En la Ley de 13 de marzo de 1900 el trabajo nocturno queda definitivamente prohibido «para los niños de ambos sexos comprendidos entre los 10 y los 14 años, y para los que tienen entre 14 y 18 años, las Juntas Locales y Provinciales determinarán las industrias en las que también quedará prohibido el trabajo nocturno».

Con respecto a qué se considera período nocturno será el comprendido entre las 19 horas y las 5 de la mañana a efectos de las disposiciones de esta ley. El art. 4.º de la ley continúa señalando que: «...y caso de trabajarse a tal edad, de 14 a 18 años, deberá disfrutarse de un descanso de hora y media como mínimo y no exceder la jornada de 48 horas semanales...».

El Reglamento de aplicación (de 13 de noviembre del mismo año), cometía un evidente contrasentido al establecer la jornada semanal de 66 horas como máximo (en lugar de 48) lo cual iba claramente en contra del tenor literal de la ley (9).

### 3. La Ley de 11 de julio de 1912, prohibiendo el trabajo industrial nocturno de la mujer.

El antecedente más inmediato de esta ley está en el Convenio Internacional de 26 de septiembre de 1906, en el que se prohibió el trabajo nocturno de la mujeres empleadas en las industrias.

El 13 de octubre de 1910 entra en las Cortes el proyecto de ley con fecha de 26 de septiembre del mismo año, prohibiendo el trabajo industrial nocturno de la mujer. Tras la discusión de las enmiendas y dictámenes en el Congreso y en el Senado, se aprueba la Ley el 21 de junio de 1912, apareciendo publicada con fecha de 11 de julio.

La prohibición queda restringida al trabajo industrial prestado en los talleres, sin alcanzar al trabajo estrictamente doméstico ni al realizado a domicilio, y en cuanto al ámbito personal afecta exclusivamente a las mujeres independientemente de su edad (10).

(9) 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». *Revista de Trabajo* núm. 51 de 1975. Págs. 65 a 95.

(10) No es posible dejar de comentar la importante discusión habida acerca del número máximo de obreras que era imprescindible para considerar el trabajo realizado por ellas como «industrial». Se creía que en el trabajo doméstico, familiar...entre cuatro o cinco obreras de una misma familia no podía inmiscuirse el Estado, por lo cual se consideraba taller «únicamente cuando las obreras no tuvieran entre sí vínculos familiares». Por ello y por la influencia del Convenio de Berna que imponía un mínimo con la frase «más de 10 obreros y obreras» se defendía esta postura frente a quienes opinaban que el trabajo de noche perjudicaba del mismo modo a una mujer que compartiera su trabajo con dos obreras que a otra que lo hiciera con diez o más. Finalmente, la fórmula quedó del siguiente modo: «Art. 1.º: Se prohíbe el trabajo industrial nocturno y remunerado de las mujeres en talleres y fábricas», redacción que resultó ser mucho más adecuada y beneficiosa al incluirse la nota de la remuneración y eliminarse la referencia al número de obreras.

Dos garantías para esta prohibición:

- El señalamiento del período nocturno, de las 22 horas a las 5 de la mañana; y
- El derecho reconocido a la mujer de disfrutar de un descanso continuado de once horas entre jornadas, que claramente debía comprender el intervalo de las 22 a las 5 señalado arriba. Ello admitiendo siempre, al igual que vimos con los convenios de la OIT, un par de excepciones si es que se tratase de casos de fuerza mayor o de industrias que trataran con materias susceptibles de fácil alteración.

#### 4. El trabajo nocturno en la industria de la panificación.

Debido a las condiciones en que venía prestándose el trabajo en este sector, se encargó al Instituto de Reformas Sociales un estudio sobre las condiciones de higiene, salubridad y seguridad... y especialmente sobre las circunstancias en que se realizaba el trabajo nocturno. Socialmente se reconocía que el trabajo realizado de noche, cualquiera que fuera éste, resultaba nocivo y perjudicial por las razones obvias antes comentadas y que se basan en la inversión de los horarios de trabajo y descanso.

Tras largas discusiones en las Cámaras de los diversos proyectos de ley que pretendían prohibir el trabajo nocturno en el sector (11), se llegó a 1919 regulándose por vía de Decreto (y dictándose éste el mismo día en que se dictó el Real Decreto que establecía la jornada máxima de 8 horas, o sea, el 3 de abril) la prohibición del trabajo nocturno en la industria de la panificación.

Este Real Decreto contenía una interdicción consistente en la imposibilidad de prestar trabajo durante seis horas consecutivas en un período que va de las 8 horas de la tarde a las 5 de la mañana, pudiendo trabajar antes y después de ese margen horario pero respetando siempre un descanso de seis horas que recayera dentro de ese intervalo arriba mencionado.

Como hemos visto ya en otras normas, se contiene en ésta una posibilidad de suspensión de este mandato cuando se den casos extraordinarios como fiestas, o también en caso de accidente o por motivos de interés general o de necesidad pública.

#### 5. El Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927 sobre el trabajo nocturno de la mujer.

Lo más importante de esta disposición será el señalamiento de doce horas, superior a las once previstas por el convenio núm. 4 de la OIT sobre el trabajo industrial nocturno de la mujer. Se tratará de un descanso mínimo susceptible de ser aumentado pero no de ser interrumpido.

---

(11) Por poner un ejemplo, citamos uno de los preceptos del Proyecto de 1914 que prohibía el trabajo nocturno en tahones, hornos y fábricas de pan durante seis horas consecutivas que habían de comprender necesariamente el intervalo que va desde las nueve de la noche hasta las cinco de la mañana. Este precepto fue tomado como modelo para la regulación de este punto en el Real Decreto de 1919.

Por otra parte, su campo de aplicación es mucho más extenso puesto que abarca fábricas, talleres y demás explotaciones industriales y mercantiles añadiendo, pues, el sector mercantil al industrial que contemplaba únicamente el Convenio núm. 4 de la OIT. En cuanto al ámbito personal, incluye a las mujeres sin distinción de edad pero con un gran número de excepciones como son aquellas que prestan servicio doméstico, las que realizan trabajo a domicilio y las que trabajan en talleres de familia (12).

Como tantas veces, las excepciones a este descanso vendrán motivadas por la fuerza mayor, trabajo con materias de fácil alteración...que coexisten aquí con otras como son las trabajadoras que prestan sus servicios en albergues y centros benéficos, empleadas en servicios públicos de comunicaciones y transportes y las trabajadoras del sector textil (para posibilitar la prolongación de la jornada de los equipos diurnos, se reduce el período obligatorio de descanso a seis horas) (13).

#### 6. Ley de 1 de julio de 1931 de Jornada Máxima de trabajo.

A pesar de la incuestionable importancia de esta ley con respecto a la reducción de la jornada máxima laboral a 8 horas diarias, hay que decir que omite totalmente el tema de la jornada nocturna salvo alguna pequeña mención como por ej. la del art. 6.º 2 al señalar que: «Cuando las horas extraordinarias se presten durante la noche o en domingo, el recargo no podrá ser inferior al 40 por 100».

#### 7. Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario.

En su art. 5.º B) referido a los complementos salariales de puesto de trabajo, incluye los complementos por trabajos nocturnos. Después de enumerar todos aquellos complementos que entran dentro del mismo grupo, dice textualmente lo siguiente: «Este complemento es de índole funcional y su percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, por lo que no tendrá carácter consolidable».

#### 8. Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

La Ley de Relaciones Laborales nació «con el propósito de actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa de trabajo, introduciendo normas nuevas o actualizando otras que se consideraban superadas por la realidad». Esta ley tiene el carácter de mínima y constituye la base sobre la que se apoyarán las relaciones laborales, con la esperanza de que tanto las ordenanzas laborales como los convenios colectivos, los contratos y la dinámica de las relaciones de trabajo completarán y mejorarán su normativa. En materia de jornada, además de introducir la semana de 44 horas, se ofrece una regulación para las horas extraordinarias y para el trabajo nocturno.

---

(12) Sigue subsistiendo la idea de «intimidad familiar» y junto con la dificultad de inspección de estos casos hace que se trate de un tema problemático; por ello, se da una solución anticipada a este problema que es la de la exclusión de este colectivo del campo de aplicación de la ley, con lo cual la desprotección de estas mujeres no encuentra solución legal ni apoyo alguno.

(13) GARCÍA NINET, J. I.: «Elementos para el estudio de la evolución histórica del Derecho español del Trabajo: regulación de la jornada laboral de 1855 a 1931». II parte. *Revista de Trabajo* núm. 52 de 1975. Págs. 7 a 121.

Con esta referencia al trabajo nocturno se establece la primera precisión del período nocturno para los adultos (ya que anteriormente siempre se había hablado solamente de mujeres y niños) y el art. 23.5, que es el encargado de hacerlo constituye también un ejemplo paradigmático del precepto que regulará este tema en el posterior ET de 1980. Por su significación lo citamos:

«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 retribución específica incrementada, como mínimo, en un veinte por ciento sobre el salario ordinario. Se prohíbe 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, previo informe de la Organización Sindical».

La Ley de Relaciones Laborales no contenía una disposición que derogara expresamente la regulación anterior, pero su disposición final segunda disponía que se refundieran distintas normas en un solo texto, citando, entre otras, el Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927 sobre prohibición del trabajo nocturno (14).

## 2. La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

### 2.1. Trayectoria del proyecto de ley en Las Cámaras.

Como consecuencia del mandato contenido en el art. 35 de la Constitución Española de 1978 en orden a la elaboración de una norma básica reguladora de las relaciones laborales, el gobierno remitió al Congreso de los Diputados el correspondiente proyecto de ley con fecha de 22 de junio de 1979. Desde este momento se iniciaron una serie de movimientos políticos, sociales, y legislativos, que culminaron con la redacción definitiva del texto del ET, publicado en el BOE de 14 de marzo de 1980.

En lo que respecta al trabajo nocturno, hay que decir que la regulación del mismo se presentaba como contenido del art. 34.6 del E.T. Este artículo nació como art. 32.7 del texto del proyecto, pero aunque varió su posterior ubicación en el texto definitivo, su redacción no fue en absoluto modificada a lo largo del camino que esta ley recorrió en las Cámaras hasta que nos fue presentada tal y como la conocemos.

---

(14) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada de trabajo, horario y horas extraordinarias». Madrid (Edersa). 1977. Págs. 196 a 201. Y el mismo autor con el mismo título en «El Estatuto de los Trabajadores» (VVAA, dir. Borrajo Dacruz, E.), Madrid (Edersa) 1982. Pág. 140.

Este párrafo 6.º que citamos seguidamente, formaba parte del art. 34 dedicado a la regulación de la jornada (precepto que a la vez estaba incluido en la Sección 5.ª, reguladora del tiempo de trabajo, del Capítulo II para el contenido del contrato de trabajo, del Título Primero dedicado a la relación individual de trabajo), y nos dice 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 retribución específica incrementada, como mínimo, en un 25 por 100 sobre el salario base».

En cuanto a la retribución específica para horas de trabajo nocturno, fueron presentadas dos enmiendas por los grupos PSOE y SE, con los números 332 y 415, respectivamente, siendo defendidas por el Sr. Vida. Éstas proponían la sustitución de la última expresión «salario base» por la de «salario ordinario», y ello por las dos siguientes razones: la primera, de carácter formal, consideraba la expresión como «no normal», ya que aparecía por primera vez en el articulado de la ley, y la segunda, opinando que el trabajador se veía perjudicado si su salario era superior al salario base en razón de estar cobrando determinados complementos como pluses, primas, premios, etc., ya que al aplicarse ese 25 por 100 solamente sobre la cantidad correspondiente al salario base, recibía menos de lo que realmente le correspondía. Era lógico que se tuviera en cuenta el salario ordinario, con el complemento que se establece por ser realizado durante la noche.

Replicó el Sr. PÉREZ MIYARES (UCD), aclarando que el concepto «salario base» estaba acuñado ya en la legislación y en la jurisprudencia. Y en cuanto al segundo punto, recordó que la norma operaba como mínima y que la negociación colectiva sería la encargada de prevenir estos temas y se producirían, lógicamente, los incrementos porcentuales normales para este tipo de casos.

Intervino el Sr. CAMACHO (PCE) para exponer lo que «en cierta medida es una especie de enmienda de aproximación». Manifestó que en relación a la enmienda de los compañeros socialistas deseaba aclarar que, en el argot de los trabajadores, se entendía por «salario base convenido» y que al hablar de salario base podría pasar que las horas de noche fueran pagadas, en muchos casos, a la mitad de lo que cobraban. Que para él quedaba claro que no se trataba en absoluto del salario base convenido, sino que debería ser el salario «global» o lo que correspondiera al salario hora.

La presidencia preguntó al Sr. Camacho si estaría conforme con que se dijera «salario real» y, ante su asentimiento, sometió a votación la enmienda originaria de los grupos socialistas con la aproximación del PCE, la cual fue rechazada por el siguiente resultado: 16 votos en contra, 13 votos a favor, y por último, 2 abstenciones.

Como ya se ha citado el párrafo 6.º del art. 34 tal como quedó en el texto definitivo, empezaremos comentando su similitud con el art. 23.5 de la LRL, puesto que no existe otra diferencia más que el aumento del plus de trabajo nocturno del 20 al 25 por 100 (15) además del hecho de que se haya desgajado la parte final de este último relativa a la prohibición de realizar horas extraordinarias durante el período nocturno, que pasará a formar parte del contenido del art. 35.6 del ET.

---

(15) ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios al mismo de estos autores». Madrid (Comentarios Breves Civitas). 1991. Pág. 122 y ss.

Este párrafo 6.º del art. 34 ha permanecido invariable hasta la reforma del ET de 1994, de la que hablaremos más tarde, a pesar de las modificaciones que la Ley 32/1984, de 2 de agosto, introdujo en el Título Primero con objeto de «adaptar el mercado de trabajo a las circunstancias de la economía española de la época» (16). Vamos, pues, a analizarlo detenidamente y comentar por separado cada uno de los puntos que merecen resaltarse.

## 2.2. Análisis del art. 34.6 del ET regulador del trabajo nocturno.

### 1. Ámbitos funcional y personal.

El art. 34.6 abarca todo el ámbito laboral, siempre teniendo en cuenta que los menores de 18 años [conforme al art. 6.º 2 (17) del ET] quedan excluidos de la realización de trabajo nocturno por la expresa prohibición que lo impide. Por otra parte, en lo que respecta a la mujer embarazada, la que ha dado a luz y la que está en período de lactancia también tienen prohibida su realización por la Directiva 92/85 del Consejo, de 19 de octubre de 1992 (18). Sin embargo, la Directiva 76/207 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea de 25 de julio de 1991 sobre el asunto Stoeckell, dejan suficientemente claro que los Estados miembros no pueden prohibir lícitamente el trabajo nocturno de las mujeres que no se encuentren en ninguno de los tres casos arriba citados si no hacen lo mismo para los hombres (principio que ha sido recogido posteriormente por nuestro Tribunal Constitucional) (19).

Ello debe ser así porque en caso contrario estaría atentándose contra el art. 14 de nuestra Constitución, ya que se trataría de un caso claro de discriminación, tal y como entiende la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 31 de marzo de 1984 (20). Otra sentencia del TCT que deja muy claro el tema y en la que vale la pena detenerse un momento es la de 10 de octubre de 1988 (21).

- 
- (16) Exposición de Motivos de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores.
- (17) Art. 6.º 2 del ET: «Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos...».
- (18) Es éste un tema en el que deberíamos detenernos pero lo haremos más adelante, al comentar el nuevo art. 36 del ET, por considerarlo sistemáticamente más adecuado.
- (19) PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Derecho del Trabajo». Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Colección Ceura). 1993. Págs. 663 y 664.
- (20) VVAA: «Curso de Derecho del Trabajo» (dir. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.). Valencia (Tirant lo Blanch.) 1992. Pág. 364.
- (21) STCT 10 octubre 1988 (Ar. 6154); Ponente: Ilmo Sr. D. Pablo Burgos de Andrés: «...respecto de las mujeres, carece de fundamento su prohibición (la del trabajo nocturno) al amparo del Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927, a lo que cabe añadir también al de los arts. 1.º, 2.º y 3.º del Convenio núm. 89 de la OIT de 9 de julio de 1948, porque entrada en vigor la Constitución Española, a tenor de sus arts. 14 y 35 desarrollados en el art. 17 del ET, el tratamiento laboral ha de ser igual para todos los trabajadores, sin discriminación alguna, incluso favorable, a la mujer, y con derogación de las normas que se apoyan en dicho principio, de acuerdo con lo que dispone la disposición final tercera del ET que desarrolla los principios constitucionales expuestos anteriormente y sobre el tema de comentario».

## 2. El período nocturno.

Se considera tal el comprendido entre las 22 horas y las 6 de la mañana del día siguiente. Este período de ocho horas juega imperativamente en cuanto que todas las horas trabajadas dentro de ese intervalo serán retribuidas con el recargo establecido por este precepto. Por tanto, ni la autoridad laboral ni la autonomía de las partes pueden reducir ni trasladar este período, ya que estos límites de la nocturnidad son de derecho necesario absoluto. Sin embargo, estos límites tienen el carácter de mínimos que, por las vías antes mencionadas, pueden ser superados en beneficio del trabajador (22).

## 3. La retribución.

Sobre la misma, comentaremos cuatro puntos separadamente:

### 1.º La «retribución específica».

Al igual que sucedía con lo dispuesto en el art. 23.5 de la LRL, el recargo que el art. 34.6 indica deberá aplicarse, solamente, sobre cada una de las horas trabajadas entre las 22 y las 6 de la mañana, diferenciándose con lo cual de lo dispuesto en Reglamentos y Ordenanzas laborales que trataban de manera distinta el caso según el trabajador prestase o no un número mínimo de horas dentro del período nocturno. Así pues, si se rebasaba ese número mínimo de horas se pagaba el incremento por toda la jornada, mientras que si no llegaba, se pagaba el incremento solamente por las horas efectivamente trabajadas (23).

Como vemos, insistiendo en el significado de la expresión «retribución específica», consiste en que todas las horas comprendidas dentro del período citado, también si es una sola hora o una fracción de la misma, y sólo ellas, serán retribuidas con ese recargo del 25 por 100 previsto, o con un porcentaje superior, si es que así se ha establecido en un convenio colectivo (24), cosa que, por otra parte, es bastante frecuente (25).

---

(22) Hay que decir que, de todos los Convenios Colectivos estudiados, la mayoría de ellos no varían el período nocturno ciñéndose a lo que la ley dispone al respecto; sin embargo, alguno de ellos como por ej. el Convenio para el Comercio de Pescado Fresco de La Coruña, Res. de 28 de diciembre de 1993 (BOE de 28 de enero de 1994) en su art. 12 dispone que «...Se entiende por jornada nocturna a partir de las 21 horas». Con ello está ampliando el período nocturno, lo cual influye el derecho a la percepción del plus.

(23) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada de trabajo, horario y horas extraordinarias». En «El ET», *op. cit.* Pág. 133.

(24) ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: «Derecho del Trabajo». Madrid (Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones.) 1993. Pág. 259.

(25) Habiéndose consultado gran número de convenios colectivos, es de resaltar el hecho de que la gran mayoría no varía el porcentaje del recargo ciñéndose al 25 por 100 establecido en el ET. Sin embargo, son algunos los que sí lo hacen oscilando este porcentaje del 30 al 50 por 100. Otros, sin embargo, optan por el establecimiento de una cantidad fija que varía tan sólo en función de la categoría que cada trabajador ostenta dentro de su empresa. Siendo imposible citar ahora todas las posibilidades destacaremos dos de ellas:



La jurisprudencia es al respecto abundante y reiterativa, y entre todas las sentencias encontradas que podríamos traer aquí (STCT de 10-7-84, de 9-9-86, 13-10-86, 24-11-86, etc.) consideramos esencial transcribir parcialmente la STCT de 6 de febrero de 1987, que nos ayuda a aclarar el tema: «... ya que la jornada comprende de las seis de la tarde a las tres de la mañana del día siguiente, con lo que se producen cinco horas legalmente conceptuadas como tributarias del recargo establecido en el art. 34.6 del ET (...) habrá de obtener éxito en parte el recurso, ya que tal retribución complementaria es aplicable a las horas trabajadas entre las diez de la noche y las seis de la mañana, aunque no constituyan la jornada completa y ésta abarque una parte del horario legalmente diurno...».

También se considera significativa la STCT de 18 de mayo de 1988 (Ar. 240) en la que se afirma que el devengo del plus de nocturnidad se produce exclusivamente por trabajos efectuados dentro del período nocturno. No obstante, estamos hablando de una norma de derecho mínimo necesario (26), como ya sabemos, por lo cual, podría pactarse en un convenio colectivo la percepción de dicho incremento en el salario correspondiente a los días de descanso, que es precisamente el tema dilucidado en esta sentencia.

## 2.º El trabajo nocturno por su propia naturaleza.

Averiguaremos ahora a qué se refiere el art. 34.6 cuando habla del «trabajo nocturno por su propia naturaleza». Éste va a diferenciarse de aquel otro trabajo que también es prestado de noche pero sin la naturaleza nocturna puesto que no es prestado normalmente en dicho período o, al menos, no tiene necesariamente que ser así. No se trata de una clasificación insignificante ya que de que un trabajo posea o no esta naturaleza de la que hablamos, va a depender el que el trabajador que los realice tenga o no derecho a la percepción del plus de nocturnidad.

Sin embargo, no es cuestión sencilla separar y diferenciar claramente las dos categorías ya que según el propio TCT habrá que atenerse a cada caso en concreto. Algunos autores (27) opinan al respecto que el trabajo nocturno por su propia naturaleza es el correspondiente al trabaja-

---

La primera se observa con el Convenio para el Comercio de Pescado Fresco de La Coruña, de fecha 28 de diciembre de 1993 (ya citado anteriormente), cuyo art. 12 dice así: «Todas las horas de trabajo que se realicen en períodos nocturnos impuestos por la afluencia de pesca se abonarán con el recargo del 100 por 100 sobre el salario tipo fijado en el presente convenio, tanto para el personal masculino como para el femenino, con las limitaciones que para este convenio previene la ley». Se observa una extraordinaria generosidad en el porcentaje, lo que hace singular esta regulación.

La segunda la constituye el art. 25 del Convenio para «Servicios Inmobiliarios, S.L.» de Las Palmas: «Por la ejecución de los trabajos a realizar entre las 22 y las 6 de la madrugada del día siguiente se establece un plus, en compensación por los trabajos nocturnos de 15.000 ptas. brutas mensuales». Es su confusa redacción lo que le hace digno de mención, puesto que no se dice nada acerca de si es o no necesario trabajar durante todo el período nocturno para que el trabajo se retribuya de ese modo, o qué ocurre si son pocas o una o fracción de una hora el tiempo que se ha trabajado de noche; ni tampoco qué sucede si en un mes se trabaja de noche muchas horas y en otro muy pocas.

(26) El art. 34.6 dice expresamente «...como mínimo, en un 25 por 100 sobre el salario base».

(27) VVAA: «Curso de Derecho del Trabajo» (dir. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.). Valencia (Tirant lo Blanch). 1992. Págs. 363 y 364.

dor contratado expresamente para trabajar de noche (28), o cuando su salario ha tenido en cuenta el carácter nocturno del trabajo realizado (29), hecho que en todo caso deberá probar el empresario (30).

No tendrá el trabajo dicha naturaleza cuando en la empresa haya varios turnos, ya que en ese caso, es evidente que el mismo trabajo se puede desarrollar en jornada diurna o nocturna. Éste sería el caso, por ej. de una sala de fiestas en la que hubieran dos sesiones, una por la tarde y otra por la noche, caso visto en la STCT de 15 de diciembre de 1983 (31).

Por el contrario, el caso de un vigilante contratado mediante remuneración fijada en atención a este tipo de trabajo, carece del derecho al plus, según considera el TCT en Sentencia de 25 de enero de 1982, ya que su trabajo ha de realizarse necesariamente fuera de los períodos normales de actividad. Es éste un caso típico de trabajo nocturno por su propia naturaleza ya que la jornada de un vigilante es habitualmente nocturna, por lo que no existe en su horario laboral nada extraordinario que motive una retribución complementaria. Lo mismo ocurre con el personal de salas de fiesta y de discotecas (a no ser que en dichas salas o discotecas se den también sesiones diurnas), celadores de oficinas y despachos, personal de salas de juego o casinos, personal sanitario en instituciones que prestan servicios de urgencias, etc. Pero, para dejar el asunto más que claro, las STCT de 3 de febrero de 1981 y la de 17 de marzo del mismo año afirman que «no es trabajo nocturno por su propia naturaleza el prestado en turno de noche si hay turno de día. De todas formas, tendrá ese carácter si el salario fue fijado teniendo en cuenta la nocturnidad del trabajo a realizar» (32).

### 3.º La base reguladora del recargo.

Como puede leerse en el precepto, el incremento del 25 por 100 se calcula sobre el salario base; ahora bien, es el art. 25.2 del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario (actualmente derogado), el que nos va a decir en qué consiste el mismo: «es salario base la parte de la retribución del trabajador fijada por unidad de tiempo, sin atender a las circunstancias que expresa el art. 5.º (33)...».

---

(28) Véase STCT de 10 de diciembre de 1980 (Ar. 6497); Ponente: Ilmo Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández; y STCT de 27 de enero de 1988 (Ar. 42); Ponente: Ilmo Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

(29) Véase STS - Sala de lo Social - de 6 de julio de 1992 (Ar. 5581); Ponente: Exmo Sr. D. R. Martínez Emperador.

(30) Véase STCT de 16 de febrero de 1983 (Ar. 1333); Ponente: Ilmo Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente.

(31) RODRÍGUEZ SANTOS, B.: «Comentarios al Estatuto de los Trabajadores». Tomo I. Valladolid, 1985. Págs. 469 y 470.

(32) RODRÍGUEZ SANTOS, B.: «Comentarios al Estatuto de los Trabajadores». *Op. cit.* Pág. 469.

(33) Se refiere al art. 5.º del mismo cuerpo legal que se dedica a clasificar los complementos salariales en seis grupos diferentes (personales, de puesto de trabajo, por cantidad o calidad de trabajo, de vencimiento periódico superior al mes, en especie y de residencia).

Este punto supone una gran novedad, ya que la LRL, en su art. 23.5, se decía expresamente que el incremento debía aplicarse sobre el salario ordinario, o sea, el resultante de aplicar los complementos sobre el salario base. El TCT entendió reiteradamente que el salario ordinario al que nos referimos comprendía «la totalidad de los beneficios obtenidos por el trabajador por sus servicios u otros, incluyendo en el mismo no sólo las retribuciones directas e inmediatas a su labor, sino también las indemnizaciones por esfuerzo, etc. (...) excluyéndose solamente los conceptos con carácter indemnizatorio según el art. 2.º del Decreto de 17 de agosto sobre ordenación del salario» y las gratificaciones extraordinarias, pues éstas no participan de ese carácter de paga ordinaria (34).

Pero, como decimos, esto cambia con el ET y la jurisprudencia no deja lugar a dudas. Por ej. el Tribunal Supremo afirma que «... este precepto no habla en ningún momento de salario real, ni de salario ordinario, sino de "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"...». Es cierto que el art. 4 del Decreto de 17 de agosto sobre ordenación del salario nos define (de alguna manera) el salario base, pero no es menos cierto que esta norma no puede ser calificada como una disposición de derecho necesario, por tanto, puede ser alterada o modificada en convenio colectivo, según se desprende del art. 37.1 de la Constitución y de los arts. 82 y ss. del ET (35).

El TS sigue en esta misma línea al insistir en que «... el incremento que se consagra en el art. 34.6 del ET para el plus de nocturnidad opera sobre el salario base, el cual no es identificable con el salario "real" ni con el "ordinario", por lo cual su fijación ha de ser establecida en la estructura salarial que refleja el convenio colectivo, refiriendo a aquél la parte de la retribución fijada por unidad de tiempo, sin atender a las circunstancias que se consideran para la determinación de los correspondientes complementos» (36).

Es decir, que aunque el art. 34.6 es claro al especificar que el plus se aplicará sobre el salario base, se entiende que este concepto no se corresponderá siempre con el que nos muestra el art. 4.º del Real Decreto de 1973, ya que por convenio colectivo puede establecerse que a la hora de aplicar el incremento de nocturnidad, se considerará salario base, por ej. el sueldo base más el premio de antigüedad, que es un complemento salarial (37).

---

(34) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada de trabajo, horario y horas extraordinarias» en «El ET». *Op. cit.* Págs. 135 y 136.

(35) El art. 3 del Convenio de la OIT de 26 de junio de 1978 no dispone que la base y el porcentaje de aumento de la retribución de las horas extraordinarias, de las horas nocturnas y de las horas trabajadas en festivos no puedan ser establecidos en convenio colectivo, ni que necesariamente tengan que estar regulados por norma legal. (STS - Sala de lo Social - de 23-1-1991).

(36) STS - Sala de lo Social - de 13 de enero de 1992 (Ar. 35); Ponente: Exmo Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

(37) STS - Sala de lo Social - de 22 de mayo de 1992 (Ar. 3593); Ponente: Exmo Sr. D. Mariano Sampedro Corral: ...«Es perfectamente válido que un C.C. contenga un precepto que rece así: «El personal que en jornada normal preste sus servicios durante las horas comprendidas entre las 22 y las 6 horas, percibirá un plus nocturno consistente en un 30 por 100 durante 1990 y 1991, sobre los importes correspondientes a salario y antigüedad».

#### 4.º Sustitución del complemento salarial por una reducción en el tiempo de trabajo.

La jurisprudencia ha admitido que en la fijación del plus cabe el juego de la autonomía de la voluntad; por tanto, sería admisible un acuerdo que sustituyese el abono del plus por una compensación mediante la reducción de tiempo de trabajo. Según una parte de la doctrina sería perfectamente lícita esta fórmula de compensación estableciendo un tiempo menor de trabajo para la jornada nocturna que para la diurna. Se plantea, pues, una nueva posibilidad consistente en trocar este complemento salarial de puesto de trabajo cual es el plus de nocturnidad por una ventaja distinta de la monetaria.

La admisibilidad de esta compensación con una jornada más reducida parece ir ligada al principio de autonomía de la voluntad que preside la ordenación del tiempo de trabajo y también a la idea de que «compensar aquella circunstancia con un horario de trabajo más reducido (...) implica, en definitiva un mayor salario» (38).

SEMPERE y GARCÍA nos señalan un par de notas a tener en cuenta sobre esta doctrina del Tribunal Supremo:

- Llama la atención que no se haya traído a colación lo establecido en el art. 35.1 en materia de horas extraordinarias (39) con respecto a la posibilidad de pactar en convenio colectivo la compensación de las mismas con un tiempo de descanso superior y no con una retribución económica. Parece pues, que en el caso del plus de nocturnidad, también habría de pactarse la sustitución del mismo por tiempo de descanso en un convenio colectivo.
- Esta compensación sólo será posible cuando el complemento por nocturnidad se haya tenido presente al determinar la jornada, ya que en otro caso (turnos rotativos, horas extraordinarias...) no será posible más que la aplicación del porcentaje del art. 34.6 del ET.
- Finalmente, especificar que sólo se pretende la posibilidad de que por vía convencional se prevea un trabajo nocturno compensado con una menor duración (e igual retribución) que el diurno; en términos económicos, el valor-hora sigue siendo superior, tal como exige la ley, aunque el trabajador de noche gane lo mismo que el de día (40).

---

(38) STS - Sala de lo Social - de 4 de marzo de 1992 (Ar. 1618); Ponente: Exmo Sr. D. Víctor Fuentes López. En la misma línea, la STCT de 18 de abril de 1985 de la cual transcribimos la siguiente frase : «Una molestia se contrarresta más adecuadamente con un bienestar de naturaleza homogénea que con una prestación económica sucedánea... »

(39) Se refiere al art. 35.1 anterior a la reforma de 1994, ya que a partir de ésta, no ha de pactarse la compensación de las horas extraordinarias mediante descansos, puesto que se presupone así «en ausencia de pacto al respecto».

(40) SEMPERE NAVARRO, A. y GARCÍA LÓPEZ, R.: «Jurisprudencia Social. Unificación de la doctrina. 1991-1992». Pamplona (Aranzadi). 1993. Págs. 84 y 85.

### 3. La reforma.

#### 3.1. Causas y alcance.

La persistente recesión, el aumento vertiginoso del paro y, en definitiva, la crisis palpable que envolvía la situación del mundo del trabajo en el momento, provocaron una alarma cuya consecuencia sería una espectacular reforma de la legislación laboral. El primer instrumento elaborado con ese propósito fue el Real Decreto-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, continuando dicha labor reformadora la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo. Ya el primero de ellos califica en varias ocasiones de «urgente» la reforma que él mismo emprende y que alcanza a todo el sistema normativo laboral (41), de la cual surgirá una nueva norma estatutaria que más tarde se transformará en el TRET.

Más tarde, ya en 1994, la reforma es ya un hecho con la aprobación de las Leyes 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación y 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del ET, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Se tratará de un reforma flexibilizadora que intentará adecuar el ordenamiento jurídico laboral y sus instituciones a los cambios sociales, económicos y productivos que han transformado la realidad en la que este ordenamiento ha de ser aplicado.

Un año después, no es difícil darse cuenta de «la importancia, persistencia y frecuencia del fenómeno de cambio normativo a que sigue estando sometido el ordenamiento laboral y, dada la intensidad y amplitud de ese cambio en la reforma laboral iniciada en 1994, la conveniencia y necesidad de su ordenación a través de la refundición» (42). Se refiere al proceso refundidor que culmina con la elaboración del TRET, del que luego hablaremos y que en este momento puede considerarse la «culminación» de la reforma iniciada, como estamos viendo, muchos meses antes.

Son muchos los aspectos de esta reforma que pueden calificarse como «destacables», pero aquí nos ceñiremos al análisis de aquellos que tienen una mayor incidencia en nuestro tema y que son los relativos a la ordenación del tiempo de trabajo, considerando que son de gran interés ya que atañen a una de las prestaciones esenciales del contrato de trabajo. Teniendo en cuenta, por otra parte,

---

(41) CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RE, F.: «La Reforma del Mercado de Trabajo». Madrid (La Ley) 1994. Págs. 3 a 11.

(42) CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RE, F.: «Legislación delegada y ordenamiento laboral». *Relaciones Laborales* núm. 8, abril 1995. Pág. 4.

las derivaciones que la ordenación del tiempo de trabajo puede plantear, todavía le concedemos mayor importancia, en cuanto que la protección de la salud laboral, afectada por horarios excesivos, nocturnos, etc., y también la vida social y familiar del trabajador se verán totalmente afectados por dicha ordenación (43). Y no sólo eso, sino que además intentará conseguirse un mejor reparto del tiempo de trabajo facilitando, solidariamente, nuevas colocaciones, un objetivo nada desdeñable en estos tiempos en los que el paro forzoso está batiendo récords (44).

El actual TRET dedica al tiempo de trabajo los arts. 34 a 38, los que también se han visto modificados por esta reforma. Entre estos preceptos, nos interesa principalmente el art. 36 puesto que regula el trabajo nocturno, tema que hemos convertido en el objeto de este trabajo.

Con la nueva redacción del art. 36 se hace palpable el intento por parte del legislador de paliar las repercusiones negativas que para la salud y, en general, para la esfera personal y familiar del trabajador provoca una determinada organización productiva, esto es, la caracterizada por la necesidad de obtener el máximo beneficio empresarial (45).

En este artículo vemos claramente algo que después será objeto de un mayor detenimiento por nuestra parte, pero que podemos ahora comentar con carácter general; se trata del espíritu flexibilizador que se quiere imponer en la ordenación de las relaciones laborales, el cual caracteriza la reforma, y la retracción y cambio de signo de la intervención pública administrativa en el mercado de trabajo, concretada aquí en la reducción de regulación legal y consiguiente transferencia de competencias a la disponibilidad de la negociación colectiva.

Pero no se pretende alargar demasiado esta especie de introducción al nuevo art. 36 del TRET, sino que su relevancia, contenido y también sus precedentes los veremos seguidamente, empezando por estudiar la influencia esencial que ha tenido la Directiva 93/104/CEE en la reforma y, en particular, en el precepto que nos ocupa.

### 3.2. La Directiva 93/104 del Consejo de la CEE de 23 de noviembre de 1993.

Antes de nada, empezamos con sus antecedentes para así seguir una evolución que nos facilite la comprensión de sus fundamentos y fines y de la influencia de la misma en nuestra legislación.

---

(43) ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: «Jornada y ordenación del tiempo de trabajo». Valencia (Tirant lo Blanch). 1994. Págs. 13 a 15.

(44) GARCÍA NINET, J. I.: «La ordenación del tiempo de trabajo». *Tribuna Social* núm. 43 de 1994. Pág. 39.

(45) VALDÉS DAL-RE, F.: «La reforma del mercado laboral». Valladolid (Lex Nova). 1994. Pág. 294.

Esta Directiva es el último de los intentos comunitarios para aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de tiempo de trabajo. El primer hito en la Política Social comunitaria de carácter programado y sistemático se encuentra en el primer Programa de Acción Social aprobado por el Consejo el 21 de enero de 1974, fruto del cual fue la Recomendación de 22 de julio de 1975 en la que se quería conseguir que la duración de la jornada máxima semanal de 40 horas y la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, de 4 semanas, fuera común para todos los Estados miembros. Posteriormente, la Resolución del Consejo de 18 de diciembre de 1979 aprueba las orientaciones en las que se debería basar la actuación comunitaria en materia de ordenación del tiempo de trabajo considerando que «...estas medidas deben concebirse en la perspectiva de una mejora de las condiciones de vida y de trabajo...».

En 1984, y centrados todos en la grave crisis del empleo, el Programa de Acción Social de 22 de junio y más tarde, en 1985, en las Conclusiones del Consejo de Ministros sobre un programa de medidas específicas para el empleo, se propugna una reorganización y reducción del tiempo de trabajo por los Estados miembros.

Pero un problema considerable entorpecía la consecución de este objetivo: por un lado, todas las actuaciones comunitarias que se han citado adolecían de una carencia significativa para su propósito, ya que no tenían fuerza vinculante para los Estados miembros; y por otro, si la solución estaba en la aprobación de una Directiva sobre jornada laboral (con fuerza vinculante), ello no era posible ya que el Tratado Constitutivo de la CEE requería una unanimidad del todo inaccesible habida cuenta de la postura del Reino Unido en materia de Política Social.

Así pues, quedaba claro que la armonización del tiempo de trabajo requería como paso previo la modificación del TCEE ampliando las competencias de la Comunidad en materia de Política Social y facilitando la consecución de acuerdos en el seno de las instituciones comunitarias (46).

El Acta Única Europea firmada en Luxemburgo el día 17 de febrero de 1986, introduce en el Tratado de Roma, entre otros, los arts. 100.A y 118.B, brindando la posibilidad de que el Consejo, mediante una mayoría cualificada, apruebe medidas para la armonización de legislaciones nacionales en materias relativas a «...la mejora... del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores...». Con ello y tal como se dice claramente en la introducción de la Directiva 93/104/CEE, el primer fundamento jurídico para la adopción de la misma es el art. 118.A del TCEE. Siempre sin olvidar que también se funda esta Directiva en la «Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989» y en los principios de la OIT relativos «a la distribución del tiempo de trabajo, incluidos los que se refieren al trabajo nocturno».

---

(46) FERRANDO GARCÍA, F. M.: «Sobre la Directiva 93/104/ CE (LCEur 1993, 4042), Relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo». Aranzadi Social de 1994, Tomo III. Pamplona (Aranzadi, S.A.) 1994. Págs. 2.293 a 2.325.

Vistos los fundamentos de esta Directiva, veremos los objetivos y los efectos que esta norma relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo ha tenido sobre la legislación laboral en España. Lo principal aquí es que ha sido «clave» a la hora de impulsar la reforma, ya que, a la insuficiencia ya comentada de nuestro ordenamiento en esta materia, se añadía la necesidad de adecuar la legislación interna a la normativa comunitaria. Esta Directiva impone a los Estados miembros en la disposición final del art. 18.1.a) la obligación de poner en vigor «las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, a más tardar el 23 de noviembre de 1996, o se asegurarán (los Estados miembros), a más tardar en dicha fecha, de que los interlocutores sociales establezcan las disposiciones necesarias mediante convenio». Para finalizar, recalcando esta idea, se afirma que «los Estados miembros deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar en todo momento los resultados impuestos por la presente Directiva».

La cuestión no es baladí, ya que a partir de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, que admitió la adhesión de España a la CEE (Tratado CEE de 25 de marzo de 1957) y a la CECA (Tratado Constitutivo de 18 de abril de 1951), el Estado español contrae diversas obligaciones y competencias que afectarán de lleno a su legislación interna y a sus relaciones exteriores (47).

De esta manera, España quedó vinculada instantáneamente (sin perjuicio del régimen transitorio que previenen los arts. 28 y ss. del Acta) al acervo comunitario y, por tanto, también a las disposiciones y actos hasta entonces emanados de la CEE.

Como ya se ha dicho y sobre todo debido a que la influencia de la economía particular de cada Estado es esencial en la política social del mismo, ésta en principio no aparece en el Tratado Constitutivo como un tema en el que debería establecerse una política común, ya que, el hecho de que los objetivos básicos de las tres comunidades era de carácter económico, se desprendía ya claramente de sus propias denominaciones, que son suficientemente elocuentes en este sentido (48). Sin embargo, es una realidad que el Derecho Social Europeo tiende a expandirse y a cobrar cada vez mayor relevancia, lo que hace que las legislaciones nacionales se aproximen cada vez más en este aspecto, como consecuencia de lo cual nace la Directiva que ahora estudiamos.

---

(47) Se compromete, ratificando el Acta de Adhesión el día 12 de junio de 1985 al cumplimiento de «las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados por las instituciones de las Comunidades» con anterioridad al día 1 de enero de 1986 en que entran en vigor todos los efectos de dicha ratificación (art. 2.º Acta). Queda también adherida a «las decisiones y acuerdos adoptados por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros en el Seno del Consejo» (art. 3.º 1 Acta); obligada a «adherirse a los convenios contemplados en el art. 220 del TCEE ... y asimismo obligada respecto de declaraciones, resoluciones... del Consejo y también a respetar los principios y orientaciones que se desprenden de las mismas (art. 3.º 3 Acta). Y también todas las obligaciones que se desprenden del art. 4.º del Acta junto con ciertos derechos que también tendrá por adherirse a las Comunidades».

(48) GALIANA MORENO, J. M.: «El lento camino de gestación de la política social comunitaria desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht». *REDT* núm. 58 de 1993. Pág. 189 y ss.



De esta manera, la política social comunitaria implicará la adopción de un punto de vista diferente a la hora de tratar las cuestiones sociales dentro de la CEE, basándose en tres ideas fundamentales:

- Armonización de las legislaciones nacionales y adopción de Directivas tendentes a promover la mejora del medio de trabajo y proteger la salud y seguridad de los trabajadores (art. 118.A, nuevo).
- Promoción del diálogo social hasta alcanzar, incluso, relaciones estables basadas en un acuerdo europeo (art. 118.B, nuevo).
- Mayor cohesión económica y social frente a los desequilibrios territoriales, proponiéndose un desarrollo armonioso a pesar de las desigualdades regionales (art. 130.A, nuevo), ayuda a las regiones más atrasadas y reconversión para zonas industriales en decadencia (art. 130.C, nuevo) y la reordenación general de los Fondos Comunitarios orientándolos hacia los objetivos que se han enunciado (49).

Si observamos las materias sociolaborales (comprensivas de otras más específicas) sobre las que se han dictado disposiciones básicas y que son de aplicación en España, encontramos: libre circulación, condiciones laborales -retribución, despidos, vacaciones...-, seguridad e higiene en el trabajo, empleo y formación profesional. La Directiva 93/104/CEE se incluiría dentro del apartado de la seguridad e higiene en el trabajo, cosa fácil de entender si se lee lo que ella misma define como su objeto (art. 1.º 1).

Veamos ahora los objetivos perseguidos por esta Directiva:

1. El primero y más inmediato consistiría en armonizar los ordenamientos nacionales para obtener «la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el lugar o medio de trabajo». Desde un punto de vista finalista, se trata claramente de una Directiva de seguridad y salud dictada en el marco de la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, si bien de carácter específico en materia de ordenación del tiempo de trabajo.
2. Se pretende también mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores en la Comunidad, llevando a la práctica lo previsto en el TCEE y en el Tratado de Maastricht en cuanto a los fines que debe perseguir la Política Social Comunitaria.
3. Por último, el fin «mediato» de esta Directiva sería, en definitiva, su condición, anteriormente ya mencionada, de instrumento concreto en el marco de la realización de la dimensión social del mercado interior.

---

(49) VVAA: «Instituciones de Derecho del Trabajo». *Op. cit.* Págs. 98 y 99.

Finalmente, sólo comentar que los preceptos de esta Directiva que se refieren al trabajo nocturno se irán viendo más adelante, conforme nos vayan siendo de interés, al hilo del estudio del nuevo art. 36 del TRET que es el encargado de regular esta materia tras la reforma y al que las disposiciones de esta norma comunitaria le han servido de paradigma.

*3.3. La Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.*

No hay que decir que una reforma en el plano legislativo laboral es imposible sin que la misma afecte a normas tan esenciales en esta campo como la LPL, la LISOS y, sobre todo, el ET. Ello no significa que la creación de empleo (uno de los problemas que tratan de aliviarse con esta reforma) sea simplemente una cuestión de política laboral, ya que muy variadas circunstancias influyen en este tema tan espinoso y de tan difícil solución.

Diversos factores motivaron la reforma del ET de 1984, los cuales, se han ido acentuando ya que cuanto mayor es el tiempo transcurrido, mayores son las diferencias que presenta la economía con respecto a la existente en el año 1980 (año en que entró en vigor el ET) en materias como la innovación tecnológica, competencia internacional, etc. Todo ello nos lleva a una situación económica distinta en la que la crisis y el problemático tema de la creación de empleo no encuentran una solución fácil. Por ello, se hace irremediable la toma de ciertas medidas en todos los terrenos de la política y sobre todo en el ámbito laboral, «para fortalecer nuestra economía a través de una mejora de la competitividad de las empresas españolas».

Aunque podría parecer que la supresión de una serie de garantías de los trabajadores posibilitaría una rápida mejora en la competitividad de las empresas, ello es a todas luces imposible ya que no puede permitirse la desaparición de grandes logros del Estado de Derecho como son la libertad sindical, la negociación colectiva o la protección social. Va a ser, pues, necesario, encontrar una fórmula que compatibilice estas garantías de los trabajadores con la posibilidad de adaptación de la actividad empresarial a las circunstancias del momento.

Esta adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral va a tener por objeto la conservación del empleo y la creación de nuevos puestos de trabajo, ya que si esto no se consigue, todo el conjunto de derechos o de garantías de los trabajadores pasarán a ser algo puramente formal sin posibilidad alguna de aplicación práctica.

De acuerdo con estas ideas, la reforma del ET sigue dos líneas fácilmente reconocibles: la potenciación de la negociación colectiva como instrumento regulador de las relaciones de trabajo y de sus condiciones, y la introducción de mecanismos de adaptabilidad distribuidos en todas las fases del desarrollo de la relación laboral. Ello, supone la desregulación de muchos sectores considerados hasta el momento de «derecho necesario», dejándolos en manos de la negociación colectiva.

Respecto al desarrollo de la relación laboral, se pretende conseguir una gestión más flexible de los recursos humanos en la empresa, en temas como el salario, las modificaciones de la prestación laboral y la ordenación del tiempo de trabajo. A este último tema vamos a dedicar nuestra atención de ahora en adelante por considerarlo de vital importancia en la regulación de las relaciones laborales, no sólo como elemento de organización empresarial sino también en cuanto instrumento para la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. Además, la política de empleo incidirá en este tema, actuando sobre la jornada de trabajo para repartir el volumen del empleo y para «construir un marco jurídico que consiga la máxima eficiencia del proceso productivo» (50).

Algunos autores, como GUY AZNAR, piensan incluso que la solución al problema del paro no necesita más que una reordenación del tiempo de trabajo, incidiendo en temas como por ej. el trabajo a turnos (el cuarto turno) o las horas extraordinarias (la total supresión de las mismas) (51).

Finalizando esta especie de comentario a la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, y por lo que nos interesa ahora de manera más especial, decir que la regulación de la jornada de trabajo, descansos,... y sobre todo el trabajo nocturno han sido ampliamente modificados, tanto por razones de política de empleo, como en materia de seguridad e higiene, como también por la obligada adaptación a la legislación de la CEE impuesta, como ya se ha dicho, por la Directiva 93/104/CEE.

Tal y como indica el propio título de la ley, no es sólo el ET el que trata de reformarse, sino que también la LPL y la LISOS se van a ver afectadas por la misma. Vemos pues, uno de los preceptos de la LISOS que afecta al tema de este trabajo y que tras las modificaciones sufridas queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 7.º Son infracciones graves:

3. La transgresión de las normas y los límites legales o paccionados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refiere la Sección Quinta, Capítulo II, Título Primero del ET y el artículo 22 de la misma ley.»

---

(50) Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

(51) Un par de propuestas de este autor que pretende solucionar el problema del paro con una modificación en la ordenación del tiempo de trabajo, son aquellas que inciden sobre el sistema del trabajo a turnos y sobre la realización de horas extraordinarias. En cuanto a la primera de ellas, consiste en que las empresas que practiquen el sistema de los tres turnos de 8 horas, lo cambien por otro consistente en la contratación de un cuarto turno, sin que ello signifique una rebaja de sueldo para el trabajador ni tampoco un coste suplementario para la empresa. Este cuarto turno, supondría dos grandes mejoras, la disminución de la jornada laboral nocturna, y la disminución directa del volumen del paro. En cuanto a la segunda propuesta, se piensa en la total supresión de las horas extraordinarias, afirmando que «no puede permitirse que en un período de fuerte paro, los trabajadores que disfruten ya del privilegio de un trabajo, acumulen además la posibilidad de realizar horas extraordinarias, cuando es seguro que eliminándolas se crearían puestos de trabajo». La solución, sería facilitar todo lo posible la contratación y así se daría una transferencia de las horas extraordinarias a las nuevas contrataciones. GUY AZNAR: «Trabajar menos para trabajar todos» Ediciones Hoac. Madrid, 1994. Págs. 178 a 179 y 264 a 266.

Este precepto nos muestra el listado de materias cuya regulación no debe ser transgredida, puesto que si así es, el hecho se considerará una infracción grave. Nos interesa mencionarlo ya que la Ley 11/1994 añade el trabajo nocturno a esta lista. Más tarde, éste será uno de los preceptos que dejará de ubicarse en la LISOS para integrar el TRET.

Como se ha repetido en varias ocasiones, el precepto clave en este estudio es el nuevo art. 36; vamos, pues, a observar la trayectoria seguida por el mismo desde su nacimiento en el proyecto original, hasta su redacción definitiva tal y como puede leerse hoy en el TRET, siendo esta Ley 11/1994 la que le dio tal redacción.

El «Proyecto de ley por el que se modifican determinados artículos del ET y del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral» contenía un art. 36 cuyo título era «trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo» (52), el cual va a permanecer, tal como fue concebido, hasta su redacción definitiva, con una pequeña añadidura que seguidamente comentaremos. Ello no fue debido a una falta de atención sobre el mismo por parte de los Grupos Parlamentarios, ya que las enmiendas presentadas al mismo nos demuestran la importancia que se concede al tema objeto de este precepto, las que citamos seguidamente para mejor comprender lo que de loable y de criticable posee la nueva regulación del trabajo nocturno:

Con fecha de 17 de febrero de 1994 se ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de las enmiendas al artículo Cuarto. Tres del Proyecto, que se corresponde con el art. 36 del definitivo ET:

- Enm. núm. 1. Firm. Rosa Aguilar Rivero (Grupo Parlamentario Federal IU-IC). Es una enmienda a la totalidad.
- Enm. núm. 2. Firm. Grupo Parlamentario Coalición Canaria. Se trata de otra enmienda a la totalidad del proyecto (53).
- Enm. núm. 23. Firm. D. Xabier Albistur Marín (Grupo Mixto-EA-EE). La justifica queriendo recuperar el contenido del anterior art. 34.6, ya que opina que la desregulación de esta materia atenta contra una adecuada política de empleo y salud laboral, y no se compensa con las pretendidas ventajas de una mayor flexibilidad.

---

(52) No lo citamos ahora por su considerable extensión y porque después lo citamos a medida que vayamos comentándolo párrafo a párrafo.

(53) La justificación de dicha enmienda considera el proyecto presentado por el Gobierno como una consecuencia del comportamiento apresurado e improvisado del Ejecutivo ante el fracaso de su intento por conseguir un Pacto Social. El grupo IU-IC presenta otra alternativa que considera «más respetuosa del necesario equilibrio en las relaciones laborales, sin que se obvie por ello la necesaria incorporación de mejoras técnicas y sistemas agilizadores de los conflictos de intereses, siempre considerados como mínimos alterables por la voluntad negocial de las partes».

- Enm. núm. 58. Firm. Grupo Parlamentario Vasco (PNV). Para ellos, motivos de salud aconsejan una debida consideración a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia.
- Enm. núm. 59. Firm. PNV. Se propone lo mismo que en la enmienda núm. 23.
- Enm. núm. 93, 94, 95 y 96. Firm. D. Lorenzo Olarte Cullen (Grupo Parlamentario de Coalición Canaria). La 93 y la 95 encuentran justificación en la mejora técnica; la 94 propone exactamente lo mismo que la 23 y la 59; y, por último, la 96 propone la adición de un nuevo apartado núm. 6 justificándose en las garantías del procedimiento.
- Enm. núm. 157 y 169 . Firm. D. José María Mur Bernad (Grupo Mixto-Par). Se refieren al trabajo a turnos.
- Enm. núm. 231. Firm. Grupo Popular. Pretende concretar la aptitud a la que se refiere el art. 36.4 párrafo 2.º del ET, desde el punto de vista profesional.
- Enm. núm. 330. Firm. Grupo Federal IU-IC. Intenta proteger los derechos de los trabajadores tomando en cuenta a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia a la hora de posibilitar un cambio de horario en su jornada nocturna sustituyéndola por una jornada diurna.

De todas estas enmiendas que acabamos de ver, una fue para el art. 36.1; cinco de ellas lo fueron para el art. 36.2; tres para el 36.3; dos para el 36.4 y una pretendía la creación de un nuevo apartado que hubiera sido el 36.6.

Lo más destacable de ellas es la crítica que contienen sobre varios puntos en concreto, repetidos en algunos casos, y que no carecen de importancia. Se critica la técnica utilizada en la redacción del precepto, pero sobre todo estamos ante un deseo colectivo de no permitir la desprotección del trabajador desde dos puntos de vista: primero, desde el lado de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y segundo, desde el punto de vista económico, habiendo quedado totalmente desregulado aquello que fue de derecho necesario en el art. 34.6 y que suponía un mínimo de garantía para el trabajador.

Después de todo, sin embargo, tan sólo fue aprobada una de las enmiendas, del Grupo Parlamentario Popular, que supuso la única modificación realizada al art. 36 tal como fue redactado originalmente, habiéndose añadido al 36.4, al final del párrafo 2.º, el término «profesionalmente» con objeto de concretar la aptitud a que se refiere dicho párrafo, desde el punto de vista profesional. La votación realizada para esta enmienda núm. 231 dio como resultado 34 votos a favor y 4 en contra en la Comisión de Política Social y de Empleo del Congreso de los Diputados.

Tras pasar el proyecto inicial por todas las fases necesarias, pasó a ser la que conocemos como Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del ET, del TALPL y de la LISOS, siendo publicada en el BOE del lunes 23 de mayo de 1994.

*3.4. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*

El último paso que nos lleva por fin a la situación actual lo constituye el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, concluyendo el proceso legislativo iniciado por la delegación legislativa contenida en la disposición final sexta de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de la que ya se ha hablado con anterioridad. Esta delegación fue reiterada por la disposición final séptima de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, y completada, en el sentido de ampliada, por la disposición final número 2 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad. Según la disposición final única del citado Real Decreto Legislativo, éste y el texto refundido que aprueba entrarían en vigor el día 1 de mayo de 1995.

Comenzando por el mandato refundidor contenido en la disposición final sexta de la Ley 11/1994, se observa que existe un plazo máximo de 6 meses tras la entrada en vigor de la misma en el que ha de ser cumplido; además, incluye tres puntos que son los siguientes:

1. Incorporar, además de las modificaciones introducidas por dicha ley, las efectuadas por las normas que cita, para así concretar el ámbito normativo al que se refiere el contenido de la delegación.
2. Incorporación, por otra parte, de los cambios derivados de otras disposiciones, que también se citan, para darles la ubicación «que les corresponda» dentro del texto que resulte de dicha delegación.
3. Y, por último, deberá procederse a las «actualizaciones» que resulten procedentes a causa de los cambios que se hayan producido en la organización de la Administración General del Estado desde la promulgación de la Ley del ET en 1980.

Con esta delegación parece que se trataba solamente de autorizar la elaboración de un texto único que «pusiera al día» el ET de 1980, mediante la incorporación o sustitución de los preceptos de las leyes que en alguna ocasión transformaron el contenido de esta norma estatutaria, incluidos en el mandato de refundición siempre que no hubieran sido ya derogados por otra norma posterior.

Como ya se ha dicho, la delegación de la que hablamos abrió un proceso que fue continuado por otra disposición cual fue la disposición final séptima de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre. Esta última, pretendía modificar la delegación refundidora de la que hablamos con el fin de incorporar al texto refundido resultante las modificaciones que sus propias normas producían, junto con las modificaciones procedentes de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación.

Esta delegación, poseía un contenido distinto a la primera, ya que, por una parte, añadía al listado de las leyes objeto de incorporación y «ubicación» la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, con lo cual estaba ampliando el campo de aquélla. Por otra parte, lo reducía en cuanto que eliminaba el mandato de incorporación del Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales (disposición final sexta, punto primero, letra c) de la Ley 11/1994, de 19 de mayo), seguramente por la general falta de vigencia de sus disposiciones laborales. Por último, esta última ley delegante parecía haberse fijado con mayor detenimiento en la dificultad que suponía la incorporación de la LISOS al texto refundido del ET.

Para algunos autores como CASAS BAAMONDE y VALDÉS DAL-RE, la incorporación al texto refundido de infracciones laborales y sindicales, juntas, no fue una decisión acertada, puesto que opinan que hubiera sido mejor incorporar solamente al ET el concepto del art. 5 de la LISOS sobre infracciones laborales de los empresarios, remitiéndose en todo lo demás a la propia LISOS (54).

Es de resaltar que esta Ley 42/1994, contenía en su art. 36.3 un mandato específico de refundición que autorizaba al gobierno a incluir «debidamente regularizado y armonizado, el contenido de los dos números anteriores del propio precepto en el texto refundido a que se refirió, en un principio, la disposición final sexta de la Ley 11/1994». Esto es relevante en el sentido de que la autorización refundidora alcanza mayor intensidad en cuanto que busca la regularización y armonización de los efectos en la relación laboral de las situaciones de incapacidad temporal e invalidez permanente (art 36.1 y 2 de esta ley) con el resto de normas que han de ser objeto de la refundición y con la propia norma estatutaria.

Finalmente, la Ley 4/1995, de 23 de marzo, realiza nuevas modificaciones en el ordenamiento laboral y ordena incorporar las mismas «al texto refundido... a que se refiere la disposición final séptima de la Ley 42/1994».

Vemos con lo dicho la complejidad de todo este proceso «delegativo» del que ha resultado el Texto Refundido del ET.

Parece que este sistema de legislación delegada se da frecuentemente dentro del ordenamiento laboral, justificándose esto, para algunos autores, «en la sobrecarga que experimentan los órganos legislativos o en la dificultosa labor que supone el sometimiento a deliberaciones parlamentarias todos los extremos de materias técnicamente muy complejas» (DE OTTO). No hay más que pensar, por otra parte, y como señalan la profesora CASAS y el profesor VALDÉS (55), que tres de

---

(54) CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RE, F.: «Legislación delegada y ordenamiento laboral: el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». *Op. cit.* Pág. 3.

(55) CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RE, F.: «Legislación delegada y ordenamiento laboral: el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». *Op. cit.* Pág. 5.

los textos normativos más importantes dentro del ordenamiento laboral -la Ley de Seguridad Social, la Ley de Procedimiento Laboral y, finalmente, el ET- son leyes delegadas en su variante de Textos Refundidos.

Para finalizar sólo decir que la vía de la delegación legislativa se ha considerado óptima, técnicamente hablando, para reunificar en un solo cuerpo legal toda la «materia estatutaria» que se hallaba dispersada debido a los recientes y numerosos cambios sufridos por la normativa laboral, además de incorporar al mismo otras disposiciones normativas (diferentes de lo que hemos llamado «materia estatutaria») procedentes de otros cuerpos legales. Esto nos trae a la memoria el mandato que ya el legislador del primer ET encomendó al gobierno referente a la elaboración de un «Código de Trabajo», el cual reunificaría toda la «legislación laboral» en el sentido en que utiliza esta expresión el art. 149.1.7.<sup>a</sup> de la CE. No es extraño pensar que, una vez metidos en la realización de este texto refundido y en espera del desarrollo reglamentario por parte del Gobierno de todas las leyes que han participado en «la reforma» se está ante una excelente oportunidad para acometer la elaboración del Código de Trabajo del que hablamos (56).

### 3.5. Análisis del nuevo art. 36 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

#### **ARTÍCULO 36 DEL TRET:** TRABAJO NOCTURNO, TRABAJO A TURNOS Y RITMO DE TRABAJO.

Muchas han sido las variaciones que se han producido en la ordenación del trabajo nocturno, desde su ubicación dentro del articulado del ET, la complejidad de su contenido, su modernización y adaptación a la normativa Comunitaria... A partir de ahora vamos a ir párrafo a párrafo, frase a frase, hasta desgranar este nuevo precepto para así comprender la magnitud del cambio producido en la regulación de este trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo (57).

(56) Antes de concluir definitivamente con este recorrido normativo y adentrarnos en el concreto tema del trabajo nocturno, se ha creído digna de un breve comentario la opción tomada por el legislador delegado acerca del mantenimiento de la ordenación interna anterior del ET (lo cual es aquí de interés en cuanto que nuestro art. 36, sigue siendo el mismo en cuanto a su ubicación y en cuanto a su contenido). Los autores de este último artículo citado califican por ello la técnica refundidora utilizada como «conservadora», la cual, «se expresa en la salvaguarda de la anterior estructura de la norma estatutaria y en la conservación de la vieja correspondencia entre numeración y contenido de los preceptos (aun a costa de la extensión, excesiva sin duda, de algunos) y, en alguna ocasión, de las disposiciones adicionales». Por otra parte, y sin que se trate de una crítica desfavorable, éste era el proceder más sencillo para el legislador delegado, ya que si no se varía la numeración del articulado, la operación se limita a «añadir, sustituir o eliminar los preceptos añadidos, modificados o suprimidos por las leyes refundidas», teniendo en cuenta, además, que es de alabar el hecho de que el trastorno ocasionado por la ubicación en el nuevo texto resultante de normas laborales procedentes de otras "leyes externas" haya sido mínimo». CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RE, F.: «Legislación delegada y ordenamiento laboral: el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». *Op. cit.* Pág. 6 y ss.

(57) Como puede observarse, el tema que nos ocupa es el trabajo nocturno, y a éste nos dedicamos con mayor detenimiento, sin olvidar que debe también mencionarse el trabajo a turnos y el ritmo de trabajo por formar parte de este mismo artículo, pero sin que éstos merezcan ahora una excesiva atención por parte de quien se dirige al lector.



Pero, aunque han sido muchos los cambios que se han producido, ninguno de ellos ha afectado a la prohibición que afecta a los menores de 18 años para trabajar en período nocturno [art 6.º 2 del ET: «Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos (58)...»]. Con ella se intenta proteger al menor frente a la penosidad que supone esta circunstancia, protección que viene ya de antiguo y que por razones obvias se sigue manteniendo.

Sin embargo, en lo que respecta a las mujeres, la prohibición para ellas de realizar trabajo nocturno fue una constante, como hemos visto, en los Convenios de la OIT. Hoy día, en cambio, la disposición final tercera del ET y el art. 17 del mismo, impiden que esto sea así, ya que su diafanidad no deja lugar a dudas al decir textualmente que «Se entenderán 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 retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo...». Por si este mandato no fuera suficiente, no hay más que seguir el art. 14 de la CE, que prohíbe la discriminación (entre otras razones) por razón de sexo, artículo este del que el 17 del ET supone una concreción.

Por otra parte, la jurisprudencia es también clara al respecto y entre las diversas sentencias encontradas sobre el tema, se observa que las decisiones siempre se basan en el principio de igualdad y no discriminación de los arts 14 y 35 de la CE (59), desarrollados en el art. 17 del ET (60).

- 
- (58) Art. 6.2 del TRET: «Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo 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 o humana».
- (59) Art. 35 de la CE: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de la profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».
- (60) Sirvan de ejemplo las STCT de 10 de octubre de 1988 (Ar. 6154); Ponente: Ilmo Sr. D. Pablo Burgos de Andrés, y la STCO 28/1992, de 9 de marzo (Ar. 28); Ponente: Exmo. Sr. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos.
- STCT de 10-10-88 : «... Esta Sala (la 1.ª) tiene declarado ... respecto al trabajo nocturno de las mujeres, que carece de fundamento su prohibición al amparo del Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927, a lo que cabe añadir también al de los arts. 1.º 2.º y 3.º del convenio núm. 89 de la OIT de 1948 (...) porque, entrada en vigor la CE, a tenor de sus arts. 14 y 35, desarrollados en el 17 del ET, el trato laboral ha de ser igual para todos los trabajadores, sin discriminación alguna, incluso favorable, a la mujer...».
  - STCO de 9-3-92: «El art. 14 de la CE persigue la interdicción de determinadas diferencias contrarias a la dignidad de la persona entre las que se encuentra la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, lo que impide, en principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, y se traduce por ello un mandato de parificación que encuentra su consagración legal en el art. 17.1 del ET que declara nulas y sin efecto todas las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones «favorables o adversas...por circunstancias de sexo». No obstante (...) son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el 9.º 2 de la CE que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva».

## 1. Artículo 36.1 del TRET.

– Artículo 36.1, párrafo primero: delimitación horaria y deber empresarial de informar a la autoridad laboral.

«A los efectos de lo dispuesto en la presente ley, se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana. El empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral».

Antes de nada, empezar ofreciendo el concepto de trabajo nocturno que, como acabamos de ver, será aquel que se realice entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana siguiente. Es lógico pensar que este concepto irá siempre ligado a lo que se considere «noche» o «período nocturno» a efectos laborales, ya que el trabajo realizado dentro del intervalo de tiempo que se considere tal, será considerado trabajo nocturno a efectos legales y será el tenido en cuenta para todas las consecuencias que la regulación reserve para el mismo.

Dicho esto, nos fijamos en la redacción de este primer párrafo, que contiene dos puntos fácilmente diferenciables, y que son la delimitación horaria y el deber de informar, los cuales estudiaremos por separado.

a) Con respecto a los límites que marcan el inicio y el final de la jornada nocturna, no existe ninguna diferencia con respecto al régimen anterior, ya que también ahora se considera el intervalo de las 22 a las 6 horas. Sin embargo, sí se puede resaltar algo y es que en lo referente a la adecuación del Derecho interno a la normativa comunitaria, se ha mejorado el mínimo establecido en el art. 2.º 3 de la Directiva 93/104/CEE, el cual considera 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 y la 5 horas». El hecho de considerar este precepto como mínimo, es posible gracias al art. 15 de la misma Directiva, que lleva por título «Disposiciones más favorables» y que permite que los Estados miembros, por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos, hagan posible un régimen más favorable para los trabajadores (61). También se sigue manteniendo el carácter de derecho necesario relativo a estos límites del período nocturno, ya que, aunque quede totalmente vedado reducir o trasladar en el tiempo este período, sí puede perfectamente ampliarse por medio de convenio colectivo o contrato individual, cosa que,

---

(61) Art. 15 Directiva 93/104/CEE. Disposiciones más favorables: «La presente 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 de la salud de los trabajadores, o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, más favorables a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores».

como ya se ha dicho, era también posible con anterioridad a la reforma (62), si bien es cierto que la mayoría de convenios que incluyen una regulación sobre el trabajo nocturno se limitan a adoptar el período establecido en la ley, y eso tanto los anteriores como los posteriores a la reforma (63).

b) Vamos ahora a una novedad importante consistente en la obligación empresarial de información, la cual existe con independencia de si el período nocturno es el que fija la ley o es otro distinto fijado en la negociación colectiva.

Esta nueva obligación del empresario es otra consecuencia del mandato establecido por el legislador comunitario en el art. 11 de la Directiva 93/104/CEE (64), y bien sea por la innovación que supone o por la clara imprecisión del precepto, ha planteado varias dudas de las que hablamos enseguida, pero comentando únicamente antes de hacerlo la finalidad de esta obligación empresarial. Ésta, según MONGE RECALDE, consiste en el interés existente en «que la Autoridad tenga constancia de esa circunstancia a los efectos de garantizar los derechos de los trabajadores en materia de protección de la salud» (65). Por su parte, MURCIA CLAVERIA, nos dice que «la Autoridad Laboral tiene encomendados por la legislación vigente el control y vigilancia en materia de seguridad y salud en el trabajo, y ésta lo lleva a cabo por medio de la Inspección de Trabajo», refiriéndose también a este deber de información (66). Antes de la reforma, sólo por la vía indirecta del art. 41 del ET podía disponer la autoridad laboral de tal información, bien fuera por medio del escrito de aceptación, por parte de los representantes de los trabajadores de la modificación sustancial de condiciones de trabajo o, cuando no había acuerdo, mediante la necesaria intervención que a tal efecto realizaba la autoridad laboral.

---

(62) Por citar un par de ejemplos, vemos el art. 12 del Convenio para los Establecimientos Sanitario de Hospitalización y asistencia de Pontevedra (Res. de 17-8-94 y BOP de 10-10-94), que dice así:

«entendiéndose al respecto como jornada nocturna, la comprendida entre las 22 y las 8 horas». Y como segundo ejemplos, el art. 75 del Convenio de Radiodifusión y Televisión X, convenio colectivo del ente público RTVE, Radio Nacional de España, S.A. y Televisión Española, S.A. (Res. de 8-3-94 y BOE de 25-3-94), que considera jornada nocturna la efectuada entre las 22 y las 7 horas.

(63) Por ej. el art. 25 del Convenio para Transporte de Viajeros por Carretera de Las Palmas (Res. de 13-1-94 y BOP de 4-2-94) que establece que «se considera trabajo nocturno el realizado entre las 22 y las 6 horas de la madrugada del día siguiente». Y también el art. 25 del Convenio Interprovincial para la Industria del Calzado (Res. de 7-9-94 y BOE de 11-10-94), con el siguiente tenor literal: «las horas trabajadas durante el período comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana (...) tendrán la consideración de trabajo nocturno». Muchos otros son los ejemplos de estos convenios que se ciñen a lo que dice la ley sin modificar ningún detalle, incluso algunos de ellos se remiten literalmente «a lo que disponga la ley para estos efectos».

(64) Art. 11 de la Directiva 93/104/CEE: «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».

(65) MONGE RECALDE, J. L.: «Comentarios a la Reforma Laboral de 1994». Barcelona (Bosch Casa Editorial, S.A.). 1994. Pág. 66.

(66) MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo» en «La Reforma del Mercado Laboral». Valladolid (Lex Nova). 1994. Pág. 296.

Siguiendo con el tema de los problemas de interpretación del precepto, o, si no de interpretación, de aplicación del mismo en la práctica, vemos las tres dudas planteadas principalmente por la doctrina:

- La primera de ellas consiste en saber cuándo deberá considerarse que el recurso al trabajo nocturno es «regular». El profesor GARCÍA NINET piensa que puede tratarse de «trabajos siempre nocturnos, en régimen o no de actividad continuada o en turnos, o solamente trabajos nocturnos de modo discontinuo» (67). MURCIA CLAVERIA, sin embargo, opina que «recurrir regularmente» equivale a «utilizar el período nocturno de forma ordinaria para el desempeño del objeto empresarial, quedando por tanto exentos de tal deber de informar los empresarios que excepcionalmente acudan a la realización de trabajo durante la noche» (68). Esta autora continúa su explicación en una nota al pie que nos ofrece, entre otras cosas, una definición del verbo «recurrir», el cual, según el Diccionario de la Real Academia, significa «emplear medios no comunes para el logro de un objetivo». Nos parece algo curioso que esta autora, después de ofrecer como sinónimos de «regularmente» términos como «comúnmente», no diga nada acerca de la aparente paradoja o, al menos, contradicción, que existe en la frase «recurso regular», ya que si regularmente equivale a «comúnmente», se contradice con el requisito que impone el verbo recurrir de emplear medios, precisamente, «no comunes». En fin, sin intención de complicar demasiado las cosas ni de aburrir al lector, seguimos con lo que hemos llamado primera «duda».

Añadir solamente que la redacción del precepto comunitario (art. 11 Directiva) en lo que respecta a cuándo nace la obligación del empresario es exactamente igual, por tanto, no podemos recurrir al mismo para solucionar este problema.

- El segundo punto conflictivo consiste en la regularidad con la que la información deberá prestarse, o sea, si esta información ha de ser temporal, permanente, periódica... No hemos encontrado una respuesta, sin embargo, parece que la solución debe hallarse en un punto en que queden asegurados los derechos de los trabajadores, evitando que la intención protectora del precepto sea estéril, pero a la vez, procurando que no se haga de ese deber algo excesivamente gravoso y en algunos casos poco útil, siendo necesario encontrar la fórmula menos molesta para el empresario, sin que el trabajador quede desamparado.
- El tercer y último problema de interpretación es la falta de especificación sobre qué autoridad es la competente, siendo la opinión del profesor GARCÍA NINET (69), que se tratará de la autoridad laboral competente de la localidad donde se halla ubicado el centro de trabajo.

---

(67) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo» en «Comentarios a las leyes laborales» dir. BORRAJO DACRUZ, E. Tomo II. Madrid, (EDERSA) 1994. Pág. 78.

(68) MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 296.

(69) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo» en «Comentarios a las leyes laborales». *Op. cit.* Pág. 78.

Cabe apuntar que la obligación de la que hablamos se articula en nuestro ordenamiento de manera distinta que en el art. 11 de la citada Directiva, ya que en este último la información se dará a instancia de las autoridades (70), mientras que en nuestro art. 36.1 se contiene una obligación que nace sin necesidad de que dicha información sea requerida por la autoridad laboral, ya que el empresario está obligado a darla *motu proprio*. Ello se fundamenta en el objeto de conseguir una regulación más favorable para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores (según el art. 15 de la Directiva, que ya hemos visto, esto es perfectamente lícito) y es posible dado el carácter de derecho mínimo de la norma comunitaria, tal como se extrae del art 1.º 1 de esta norma que establece lo siguiente: «la presente Directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo».

Se trata simplemente de otro deber que viene a engrosar la lista de los que tiene el empresario sobre protección de la salud y la seguridad, que incluyen, además de los dispersos preceptos que forman parte de decretos, ordenanzas, etc., aquellos que se contienen en un conjunto numeroso de convenios de la OIT ratificados por España (y que sería largo e inútil citar ahora). Una de las causas de esta dispersión normativa y por tanto de la carencia de una adecuada ordenación sistemática en esta materia, es la ausencia de la tan esperada ley relativa a la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, que tan urgente la consideramos en este punto (71).

Para terminar ya con este párrafo primero, sólo apuntar que un asunto no demasiado claro era el de las consecuencias que para el empresario derivarían del incumplimiento de este deber de informar. Con el reciente TRET, parece lógico incluir este supuesto dentro del apartado 4. del art. 95 del TRET, dedicado a la regulación de las infracciones graves, puesto que el trabajo nocturno se cita expresamente como una de las materias reguladas por este precepto, además de que el art. 36 queda también incluido expresamente en el mismo (72).

– Artículo 36.1, párrafo segundo: limitación de la jornada nocturna y prohibición de realizar horas extraordinarias.

«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. Dichos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias».

---

(70) Es de resaltar que esta Directiva 93/104/CEE no siguió en este caso al pie de la letra la redacción ofrecida en la Propuesta de la Comisión, la cual tampoco requería que la información fuera pedida por la autoridad competente, sino que, como en el caso de nuestro art. 36 del ET, la información debía darse obligatoriamente por parte del empresario. Citamos el art. 9.º de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución de tiempo de trabajo: «El empresario que recurra regularmente a trabajadores nocturnos deberá informar oportunamente a las autoridades competentes en materia de salud y seguridad». Parece que esta opción fue de más agrado para el legislador español.

(71) MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 297. Téngase en cuenta la existencia, en la actualidad, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 10 de noviembre de 1995.

(72) Art. 95 del TRET: «Son infracciones graves:

4. La transgresión de las normas y los límites legales o paccionados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 23 y 34 a 38 de la presente ley.

Otra vez nos encontramos con dos temas distintos que precisan de un tratamiento por separado.

a) La limitación de la jornada laboral de los trabajadores que realizan su prestación dentro del período nocturno.

Se trata de una cuestión totalmente novedosa incorporada a la ley de reforma del ET, ya que el anterior precepto no decía nada sobre esto. Con este máximo de ocho horas de trabajo diarias y no de nueve como establece el art. 34.3, segundo párrafo para el trabajo diurno, se está dando una protección especial en materia de seguridad y de salud para los trabajadores nocturnos. En este nuevo punto no existe flexibilización, lo cual significa que este período puede ser reducido, pero nunca ampliado.

Ahora bien, aunque la intención es loable, no lo es tanto la redacción del precepto, ya que algunos autores piensan que en cuanto al período de referencia de los 15 días se plantean algunos problemas de interpretación que han de ser clarificados.

Así pues, GARCÍA NINET cree que «...esta mención a los quince días debería haberse hecho con expresa mención a los días laborales, pues de facto las semanas suelen ser ya de cinco días de trabajo a la semana» (73). MONGE RECALDE, por otra parte, afirma que el texto es ambiguo y necesita aclaración, ya que, según la literalidad del texto podría interpretarse que «es posible que un trabajador realice, en alguna ocasión, más de ocho horas en período nocturno, y en otras, menos de ocho, e incluso ninguna. Pues bien, lo que se pretende es que sea la media de horas nocturnas realizadas en tal período de referencia la que se tome en cuenta, y no la jornada nocturna prestada esporádicamente». Y si esto es lo que critica en lo que atañe al promedio de ocho horas, veamos qué opina con respecto al período de referencia de 15 días: «... si bien su enunciado es muy claro, no se indica quién lo elige, con lo cual, no faltarán situaciones en las que, según el período que se tome concurrirán, o no, las circunstancias antedichas. Tal vez la solución más racional sea la de que, existiendo un período de referencia de quince días en que se produzcan dichas circunstancias, se considerará existente el trabajo nocturno, aunque haya otros períodos en que no se cumplan esos requisitos» (74).

Otros autores opinan que «la limitación de la jornada nocturna se ha hecho confusamente en un intento de conciliar el margen de disponibilidad empresarial en la distribución del tiempo de trabajo y el derecho del trabajador a la protección de su salud y su integridad en el mismo. Por ello se permite superar el límite de las ocho horas si así interesa a la empresa, siempre que, otros días, dentro del período señalado de los 15, se trabaje en relación con el tiempo proporcionalmente excedido» (75).

---

(73) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo» en «Comentarios a las leyes laborales» *Op. cit.* Pág. 79.

(74) MONGE RECALDE, J. L.: «Comentarios a la Reforma Laboral de 1994». *Op. cit.* Pág. 66.

(75) VVAA: «Lecciones de Derecho del Trabajo», dir. QUESADA SEGURA, R. Madrid (Centro de estudios Ramón Areces S.A.) 1994. Págs. 645 a 647.

También aquí se han seguido las pautas marcadas por la Directiva 93/104/CEE, la cual en su art. 8.º referente a la duración del trabajo nocturno (76) para los trabajadores incluidos en esta Directiva (77) establece un promedio de 8 horas diarias para el mismo.

Ahora bien, existe alguna diferencia como por ejemplo el hecho de que el art. 8.º de esta Directiva establece un período de referencia de 24 horas y no de 15 días, pero eso no supone ningún problema, puesto que el art. 16.3 párrafo 1.º de la misma, que se ocupa precisamente de los períodos de referencia, dice literalmente que «los Estados miembros podrán establecer:

3) En la aplicación del art. 8.º, 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». Esto, según la profesora MURCIA CLAVERIA es muy significativo, ya que pueden plantearse dudas acerca de si se ha seguido o no lo dispuesto en esta norma comunitaria, puesto que el período de referencia de 15 días del art. 36.1 del ET no se ha fijado previa consulta de los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional... tal como dicho precepto exige.

Se trata, en definitiva, de compensar la mayor gravosidad del trabajo de noche con una menor duración de la jornada, opinando la profesora FERRANDO GARCÍA, que hubiera sido mejor garantizar ese objetivo con una disposición complementaria que estableciera, en todo caso, que el tiempo de trabajo del trabajador nocturno debe ser inferior a la jornada normal de un trabajador que durante el día preste los mismos servicios (78).

---

(76) Art. 8.º de la Directiva 93/104/CEE: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que:

1. El tiempo de trabajo normal de los trabajadores nocturnos no exceda de ocho horas como media por cada período de veinticuatro horas;
2. Los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes no trabajen más de ocho horas en el curso de veinticuatro horas durante el cual realicen trabajo nocturno».

Podría interpretarse que lo que significa esta previsión es que en los casos en que el trabajo suponga riesgos o tensiones especiales para el trabajador -entre los que deberá tenerse en cuenta los efectos y riesgos inherentes al trabajo nocturno- no será posible prolongar la jornada por encima de las ocho horas de trabajo efectivo, ni siquiera acudiendo a la realización de horas extraordinarias. Esto parece venir avalado por el art. 7.º 3 de la Propuesta de la Directiva que dice así: «...los trabajadores de noche no deberán realizar horas extraordinarias antes o después de un período diario de trabajo que suponga trabajo nocturno en ocupaciones que comporten riesgos especiales o una tensión física o mental importante». FERRANDO GARCÍA, A.: «Sobre la Directiva 93/104/CEE (LCEur 1993, 4042) Relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en Aranzadi Social de 1994, Tomo III. Pamplona (Aranzadi S.A.) 1994. Pág. 2.312.

(77) Es interesante saber que el art. 1.º 3 de esta Directiva excluye expresamente de su campo de aplicación «el transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, de la navegación interior, de la pesca marítima, de otras actividades marítimas y de las actividades de los médicos en período de formación».

(78) Esto fue propuesto en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de la Comisión, en atención a lo establecido al respecto, por el ap. 4.2, de la Recomendación 178) de la OIT. FERRANDO GARCÍA, F. M. «Sobre la Directiva 93/104/ CEE...». *Op. cit.* Pág. 2.312.

Por otra parte, no existe duda alguna acerca del obligatorio cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 2.º de este art. 16.3 de la Directiva 93/104/CEE (79).

Con todo lo dicho y a pesar del límite de las 8 horas diarias de trabajo nocturno que acabamos de ver y de los límites legales a los que se somete toda jornada de trabajo y que son las 12 horas de descanso mínimo entre jornadas y el día y medio ininterrumpido, también mínimo, de descanso semanal, es muy difícil ofrecer jornadas nocturnas «tipo», ya que con la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, se observan diversos supuestos. Éstos variarán en función de que exista una distribución regular o irregular de la jornada y en este 2.º caso, tal irregularidad puede afectar incluso al cómputo anual (normalmente cuando se superan las 9 horas diarias llegando a rebasar el límite de las 40 semanales), pero siempre sin conculcar los límites de descanso necesario diario, semanal y quincenal antes comentados (a salvo de las excepciones previstas por la ley), sin olvidar el límite de las dos semanas consecutivas de permanencia en el turno de noche, establecido para los trabajadores en régimen de turnos por el art. 36.3 párrafo 2.º del ET (80).

b) La prohibición de realizar horas extraordinarias.

He aquí un mandato tajante y claro conformado con los caracteres propios del derecho necesario absoluto. El establecimiento de esta medida responde tanto a razones de protección de la salud y seguridad en el trabajo, como a razones del mejor reparto del empleo existente (81). Ahora bien, esto no impide que el actual art. 35.3, al igual como lo hacía el anterior, contemple una excepción a este límite en la realización de horas extraordinarias en situaciones excepcionalmente urgentes (82).

Pero lo más significativo es el cambio sustancial que se ha producido aquí, ya que se ha pasado de prohibir la realización de horas extraordinarias en el período nocturno, a prohibir la realización de las mismas a los trabajadores nocturnos. Se trata de una cuestión muy importante ya que ahora, cualquier trabajador que entre dentro de las características del art. 36.1 párrafo 3.º (que veremos luego), no podrá trabajar horas extras ni siquiera en período diurno, a diferencia de lo que ocurría anteriormente en que este mismo trabajador hubiera podido realizarlas al terminar su jornada

---

(79) Art. 16.3, párrafo 2.º de la Directiva 93/104/CEE: «Si el período mínimo de veinticuatro horas de descanso semanal exigido por el art. 5.º quedare comprendido en este período de referencia, no se tomará en consideración para el cálculo del promedio».

(80) MURCIA CLAVERIA, A: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». *Op. cit.* Págs. 299 y 300.

(81) Recordar lo que afirmaba GUY AZNAR sobre la supresión, en general, de las horas extraordinarias (*ver supra*).

(82) Art. 35.3 del ET: «No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias». Este artículo ha sido también modificado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, aunque tan sólo para sustituir el término «compensación» por el anterior de «abono», lo cual no tiene más significado que el puramente semántico. Este precepto tiene su origen en el art. 64.2 de la LCT, que prevé la posible obligación del trabajador de prestar mayor trabajo que el acordado en casos de remediar accidentes o prevenir grandes males, siempre a condición de la correspondiente indemnización.



nocturna, ya en período diurno (83), o antes de empezarla, con el consiguiente riesgo para su salud y seguridad que ello implicaba. Contrariamente, aquellos trabajadores que no tengan la consideración de nocturnos, sí pueden, desde la nueva redacción de este precepto realizar horas extraordinarias aunque estén dentro del período nocturno, claro que siempre con arreglo a lo dispuesto en la regulación general de estas horas extraordinarias.

Para concluir, anotar que la famosa Directiva 93/104/CEE no impone este mandato prohibitivo del que hablamos, aunque es indudable que la limitación de las horas extraordinarias está dentro de la línea global del pensamiento europeo. Sí lo hacía el art. 7.3 de la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo de 3 de agosto de 1990, pero este mandato prohibitivo no pasó al texto definitivo de esta Directiva (84), quedando tan sólo una idea que se limita a dejarse entrever en la Exposición de Motivos de la misma (85).

Por otra parte, esta medida puede considerarse como una disposición más favorable que el Estado Español puede tomar para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, según le está permitido por el art. 15 de la Directiva 93/104/CEE.

– Artículo 36.1, párrafo tercero: concepto de trabajador nocturno.

«Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará trabajador nocturno a 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 pueda realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual».

Es ésta otra novedad significativa ya que, definiendo el concepto de trabajador nocturno, que es el que se va a tener en cuenta principalmente a efectos de jornada y salud laboral, se observa la diferencia existente entre el mismo y el trabajo nocturno objetivamente considerado, que comprende el trabajo realizado en un determinado período de tiempo.

- (83) El Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, declarado vigente durante un año expresamente por la disposición final tercera de la Ley 11/1994 y derogado a excepción de sus artículos 45, 46 y 47 por el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre (BOE de 26 de septiembre), contenía un art. 42 que prohibía «la realización de horas extraordinarias durante el período nocturno...» excepto en determinados supuestos (prevención o reparación de siniestros, los que puedan derivarse de irregularidades en los relevos de turnos, los que sean consecuencia de ampliaciones de la jornada...). La prohibición no distinguía a trabajadores nocturnos de los diurnos, ya que se refería a todos. Este artículo contenía, como vemos, determinados supuestos que salen fuera de lo que se considera un caso urgente o la prevención o reparación de siniestros del art. 35.3 del ET, por lo cual, éstos debían entenderse derogados por la disposición derogatoria única de la Ley 11/1994 por cuanto que la redacción dada por esta ley al art. 36.1 del ET no contempla la posibilidad antes prevista de que el Ministerio de Trabajo autorice la realización de horas extraordinarias nocturnas en casos y actividades especiales. En este sentido, FERRANDO GARCIA, F. M.: «Sobre la Directiva 93/104/CEE...» *Op. cit.* Pág. 2.313. MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno...» *Op. cit.* Pág. 300.
- (84) Art. 7.3. Propuesta de Directiva del Consejo de 3 de agosto de 1990: «... los trabajadores de noche no podrán realizar horas extraordinarias antes o después de un período ordinario de trabajo que supone trabajo nocturno en ocupaciones que comporten riesgos especiales o una tensión física o mental importante».
- (85) Exposición de Motivos de la Directiva 93/104/CEE: «... Considerando que... procede limitar la duración del trabajo nocturno, con inclusión de las horas extraordinarias...».

Se trata de un precepto poco claro que ha necesitado fijar dos clases de trabajadores nocturnos para recoger a todos los que se van a considerar tales, pero, así y todo, su imprecisión es objeto de críticas por parte de la doctrina.

La primera de ellas la firma el profesor MONGE RECALDE que afirma que la expresión «que realice normalmente» puede recibir dos interpretaciones totalmente distintas: o bien se refiere a horas realizadas en jornada normal, o sea, no extraordinarias, o bien apunta a las horas que se prestan habitualmente y no con carácter esporádico.

Pero no es ésta la única crítica de este autor, sino que además cree que lo que se está buscando es que no se tenga en cuenta a los trabajadores que realicen una jornada nocturna inferior a tres horas diarias o a un tercio de su jornada anual, al efecto de establecer el promedio de horas nocturnas trabajadas cada día (86).

Por otro lado, GARCÍA NINET pone su atención en la siguiente frase: «... aquel que se prevea que puede realizar...», ya que resulta muy difícil saber cuándo se prevé que dentro de dicho período va a llevarse a cabo, al menos, un tercio de su jornada anual de trabajo, salvo que de entrada se considere a los trabajadores a turnos (a tres turnos, se entiende), que en el art. 36.3 tienen su propia regulación, como trabajadores nocturnos, ya que ellos sí tienen la certeza de cambiar de turno semanalmente, por ej. , realizando al cabo del año un tercio de su jornada en turno de noche.

Otra crítica de este autor, es la de quién va a decidir «ante tempus» que un trabajador debe considerarse nocturno porque «seguramente» realizará un tercio de su jornada anual en la franja nocturna (87).

Lo que sí está claro es que todos estos problemas de interpretación necesitan un reglamento de desarrollo que aclare estas dudas y facilite la correcta aplicación de las nuevas normas del ET al compás que la jurisprudencia y la doctrina realizan su labor.

Es de resaltar que, siguiendo la línea de ampliación del alcance de la negociación colectiva, parece lógico que por medio de la misma pueda reducirse este número de horas diarias o de jornadas anuales para considerar a un trabajador dentro de la categoría de los nocturnos y así hacer que un mayor número de trabajadores puedan beneficiarse de todos los derechos y todas las restricciones que la ley establece para ellos.

Para finalizar, nos resta detenernos otra vez en la Directiva 93/104/CEE, que en su art. 2.º 4 nos define al trabajador nocturno y cuyas ideas básicas asume nuestro art. 36.1 párrafo tercero (88).

---

(86) MONGE RECALDE, J. L.: «Comentarios a la Reforma Laboral». *Op. cit.* Pág. 67.

(87) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo» en «Comentarios a las leyes laborales». *Op. cit.* Pág. 82.

(88) Art. 2. Directiva 93/104/CEE: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por:  
4. Trabajador nocturno:

Con respecto a la adecuación de nuestro art. 36.1 párrafo tercero a la normativa comunitaria podríamos afirmar lo mismo que cuando estudiábamos el período de referencia de los 15 días en el límite de la jornada nocturna, acerca de la consulta previa a los interlocutores sociales que debe realizar el legislador nacional a la hora de establecer la parte del tiempo de trabajo anual que será necesaria para considerar un trabajador como nocturno.

Por otro lado y sin nada que ver con lo que se acaba de comentar pero también digno de mención, es lo que opinan los profesores ALFONSO MELLADO y GARCÍA ORTEGA acerca de este art. 2.º 4) de esta Directiva del 93, y es que un análisis del mismo le lleva a entender que el primer supuesto se refiere a los trabajadores que no van a turnos, llevando a considerar a un trabajador como «nocturno» aunque realice la mayor parte de su jornada en período diurno. Y en cuanto al segundo supuesto, cree que va dirigido a los trabajadores a turnos, ya que si trabajan a tres turnos (uno de los cuales es nocturno) quedan todos ellos incluidos dentro del concepto de trabajador nocturno (89).

– Artículo 36.1, párrafo cuarto: previsiones del art. 34.7 del ET; limitaciones y garantías adicionales.

«Resultará de aplicación a lo establecido en el párrafo segundo, lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 34 de esta Ley. Igualmente, el Gobierno podrá establecer limitaciones y garantías adicionales a las previstas en el presente artículo para la realización de trabajo nocturno en ciertas actividades o por determinada categoría de trabajadores, en función de los riesgos que comporten para su salud y seguridad».

Es éste otro precepto que podemos separar en dos partes para comentarlas separadamente.

a) Por un lado, se está habilitando al Gobierno para que, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, pueda establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus particularidades así lo requieran (art. 34.7 del ET).

- 
- a) Por una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario realizadas normalmente;
  - b) Por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate:
    - Por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o
    - Por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional.

(89) ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: «Jornada y ordenación del tiempo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 68.

Si comparamos este art. 34.7 con el anterior 34.5 (90), regulador de la misma materia, se observa una mayor concreción y delimitación de las facultades concedidas en este punto al Gobierno.

Pero no sólo comparamos el nuevo precepto con el anterior, sino que también resulta interesante hacerlo con la disposición final cuarta, párrafo primero del ET-1980 (que ha sido expresamente derogada por la Ley 11/1994) (91) y con la disposición adicional de la Ley 4/1983, de 29 de junio (92), en cumplimiento de la cual se dictó el Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, «sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos». Al hacerlo vemos cómo se ha producido una clara deslegalización en materia de ordenación, duración de la jornada de trabajo y de los descansos, si bien referida solamente a los sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran. Por lo tanto, el Gobierno podrá reglamentariamente poner excepciones que amplíen o disminuyan los límites de duración de la jornada nocturna si un determinado sector o trabajo presenta peculiaridades que así lo aconsejen (93).

b) En cuanto al segundo de los temas que formaban parte de este párrafo 4.º del art. 36.1, ha de decirse que está relacionado con el anterior, aunque puede tratarse de forma separada. Se trata de la posibilidad otorgada al Gobierno de establecer limitaciones y garantías adicionales en la realización del trabajo nocturno para determinadas actividades o clases de trabajadores, en función de los riesgos que afectan a su salud y seguridad.

- 
- (90) Art. 34.5 del ET-1980: «El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, podrá establecer ampliaciones o limitaciones a la jornada de trabajo».
- (91) Disposición final cuarta del ET-1980: «Las disposiciones con rango de ley que regulan cuestiones relativas a jornada, salarios y cualesquiera otros aspectos y circunstancias de las relaciones laborales individuales no reguladas por esta ley, continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias y podrán ser derogadas o modificadas por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo». Expresamente derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 11/1994.
- (92) Disposición adicional de la Ley 4/1983, de 29 de junio: «Por el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, se procederá, según lo previsto en el art. 34.5 y en la disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores, a la revisión de la normativa sobre jornadas especiales vigente en la fecha de entrada en vigor de esta Ley, ajustándola a la nueva jornada máxima legal, dictando a este respecto las normas procedentes».
- (93) MURCIA CLAVERIA opina acerca de esto que, a diferencia de otras delegaciones legislativas que por su considerable generalidad han llevado a cuestionar la legalidad del reglamento resultante, no va a suceder aquí lo mismo, y si sucediera, la función del control de legalidad de los reglamentos que el ordenamiento encomienda a los tribunales integrados en la jurisdicción contencioso-administrativa deberá realizarse de acuerdo con el método apuntado por VALDÉS DAL-RE, quien apunta la necesidad de que en cada caso sean confrontados el contenido del precepto reglamentario del que se duda su legalidad, con el contenido y alcance de la correspondiente delegación legislativa, rechazándose una solución para estos casos en la genérica afirmación de que «el contenido del contrato de trabajo no forma parte de ninguna reserva de ley», como sucedió en el caso de ciertos artículos del Real Decreto 2001/1983, afirmación compartida por la mayoría de la Sala 3.ª del T.S. en Sentencia de 31 de enero de 1990 (Ar. 574). MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 302. VALDÉS DAL-RE, F.: «El lugar del Reglamento en el ordenamiento laboral». Y en *RL* núm. 19 de 1990, pág. 1 y ss.; y II en *RL* núm. 22 de 1990, pág. 1 y ss.

Este apartado, al igual que el anterior, vienen directamente influenciados por el art. 10 de la Directiva 93/104/CEE (94), que tiene una redacción muy similar a la de nuestro art. 36.1, párrafo 4.º.

Pero, si nos fijamos en la práctica, observamos que un colectivo que cumple con todos los requisitos que este precepto establece para obtener una protección especial es el de las mujeres embarazadas, las que han dado a luz y las que se encuentran en período de lactancia. Sin embargo, no existe en el ordenamiento español una norma estatal que claramente sintetice todas las actividades de las que puede exonerarse la mujer que se encuentra en alguna de las tres situaciones que acabamos de citar, precisamente, para evitar los riesgos que el trabajo nocturno puede acarrear para su salud y seguridad, y por si fuera poco, la negociación colectiva apenas toma en cuenta a este colectivo cuando tiene posibilidad e incluso obligación de hacerlo.

Varias de las enmiendas al art. 36 del ET en su tramitación parlamentaria que consideraban necesaria la inclusión de este colectivo femenino fueron rechazadas, consecuencia de lo cual obtenemos la desprotección de estas trabajadoras junto con la evidente contradicción e inadecuación de nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria.

La Directiva 92/85 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 la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, incluye un art. 7.º que de forma clara protege a la mujer que se encuentra en cualquiera de las tres situaciones antes mencionadas frente a la penosidad del trabajo nocturno (95).

Sin embargo, no sólo es este art. 7.º el que debemos tener en cuenta, sino que todo el articulado es paradigmático para el ordenamiento laboral español; pero es que además, el art. 14.1 (en las disposiciones finales) de la misma Directiva 92/85, obliga a los Estados miembros a dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma estableciendo un plazo máximo de dos años que, por otra parte, han transcurrido ya sin que fueran adoptadas las medidas oportunas para adecuar nuestro ordenamiento laboral a este mandato que se nos impone por parte de la Comunidad Europea.

(94) Art. 10 de la Directiva 93/104/CEE: «Garantías para el trabajo nocturno. 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 implique un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores que lo realicen».

(95) Art. 7.º de la Directiva 92/85 del Consejo de 19 de octubre: trabajo nocturno.

«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que los trabajadores a que se refiere el art. 2.º (mujeres embarazadas, que han dado a luz y en período de lactancia) no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad y la salud de la trabajadora afectada.  
2. Con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, las medidas contempladas en el apartado 1, deberán incluir la posibilidad:

- a) Del traslado a un trabajo diurno, o
- b) De una dispensa de trabajo, o de una prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados».

Existe actualmente una Ley de Prevención de Riesgos Laborales que pretende la adecuación de este aspecto y de otros conectados con la seguridad e higiene en el trabajo a la normativa de la CEE, cuyo art. 26 protege la maternidad evaluando los riesgos que en el trabajo pudieran ocasionarse para la mujer embarazada y en período de lactancia en evitación de los cuales puede incluirse la no realización de trabajo nocturno.

## 2. Artículo 36.2 del ET.

– Artículo 36.2: párrafo único: retribución del trabajo nocturno.

«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».

La retribución específica del trabajo nocturno no supone ninguna novedad; sin embargo, la redacción del precepto que dispone esta retribución tras la reforma sí incorpora importantes novedades que, por otro lado, no están exentas de polémica, doctrinalmente hablando, diversas interpretaciones y serias críticas.

Se trata pues, para empezar, de un precepto que sigue perfectamente la línea trazada por la Ley 11/1994 en cuanto que se inspira de forma clara en las ideas de flexibilización y desregulación que ya han sido comentadas y que tantos cambios pueden producir en el plano laboral.

Si comparamos este precepto con el anterior art. 34.6 del ET-1980, nos damos cuenta de que el único objeto del mismo (además de concretar el período nocturno) era el establecimiento de un plus que compensara las horas trabajadas de noche, denominado precisamente «plus de nocturnidad» con una excepción que se daba cuando el salario se hubiera establecido atendiendo a que el trabajo fuera nocturno por su propia naturaleza (cosa que también copia nuestro actual precepto), concepto que ya hemos estudiado, al igual como lo que la jurisprudencia tiene dicho al respecto y que sigue siendo totalmente válido.

Ahora bien, si nos vamos a las novedades introducidas con la reforma, encontramos que en este punto se reducen a dos, que volvemos a tratar de manera diferenciada para su mejor comprensión y desarrollo.

### a) Compensación del trabajo nocturno con descansos adicionales.

La novedad consiste en el hecho de que esta posibilidad sea contemplada en el ET, pero no es ningún descubrimiento puesto que este sistema de compensación que establece una duración para las jornadas nocturnas inferior que para las diurnas fue utilizado en la normativa sectorial, en las

Reglamentaciones de Trabajo, y más tarde en las ordenanzas y convenios colectivos (96). Sin embargo, la práctica consistente en remunerar el trabajo nocturno mediante el establecimiento de un recargo o incremento sobre el salario correspondiente al trabajo diurno fue la que tuvo mayor difusión y la que recibió consagración legislativa con el art. 23.5 de la LRL. Éste fue el sistema que el ET de 1980 incorporó siguiendo a este art. 23.5, lo cual supuso la no aceptación por parte de la jurisprudencia de otro sistema compensatorio que no fuera el monetarista, el único contemplado por la ley literalmente. Esto ha cambiado más tarde, como prueban diversas sentencias entre las que citamos la STS de 4 de marzo de 1992 (Ar. 1618), Ponente: Exmo Sr. D. Víctor Fuentes López (97) y la STSJ de Madrid, de 28 de abril de 1994 (Ar. 1611), Ponente: Ilmo Sr. D. Pedro Francisco Armas Andrés (98).

Con esto pues, la nueva regulación no ha hecho más que adaptarse a lo que la jurisprudencia tenía claro desde hacía años.

La otra cuestión que merece ser destacada es la falta de precisión a la hora de trocar ese trabajo nocturno por un determinado tiempo de descanso compensatorio. De acuerdo con el profesor GARCÍA NINET (99), habría que aclarar si se trata de cambiar, sin más, hora nocturna por hora diurna o si tal vez cada hora nocturna vale un porcentaje más que cada una de las diurnas (al igual que el plus mínimo establecido del 25% anterior). Lo más probable es que la solución a esto esté en la norma paccionada, ya que, si como veremos seguidamente la «retribución específica» va a fijarse ahora en la negociación colectiva, el mismo convenio que la regula para un colectivo de trabajadores será también el encargado de establecer la compensación en tiempo de descanso cuando ése sea el caso.

b) Desaparición del mínimo de incremento del 25 por 100 garantizado en el art. 34.6 del ET-1980 y remisión a la negociación colectiva para la determinación de la retribución específica.

---

(96) GARATE CASTRO, J.: «En torno a la configuración jurisprudencial del plus de nocturnidad». *REDT* núm. 7 de 1981. Pág. 383.

(97) STS de 4 de marzo de 1992- Sala de lo Social - (Ar. 1618), Ponente: Exmo. Sr. D. Víctor Fuentes López. : «... la mayor penosidad que ciertamente supone trabajar permanentemente en horas nocturnas, se compensa con el menor número de horas que trabajan; (...) se ha querido compensar aquella circunstancia con un horario de trabajo más reducido, lo que en definitiva implica mayor salario. Esto es así porque el salario es el mismo para la jornada nocturna y la diurna, siendo compensados los trabajadores nocturnos con un menor número de horas de trabajo aunque su retribución sea la misma».

(98) STSJ de Madrid, de 28 de abril de 1994. (Ar. 1611), Ponente: Ilmo Sr. D. Pedro Francisco Armas Andrés. «... la específica modalidad de la jornada nocturna realizada en días alternos con una duración de diez horas diurnas y setenta horas en jornada bisemanal, inferior a las ochenta horas de la jornada diurna en igual período establecido, compensa la mayor penosidad del trabajo nocturno».

(99) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo». *Op. cit.* Pág. 77.

He aquí un claro ejemplo de la filosofía de la reforma dirigida a eliminar mínimos de derecho necesario que, considerándose «perturbadores», han sido trasladados al campo de la norma paccionada.

No se puede afirmar, ciertamente, que la determinación de la retribución específica que corresponde al trabajo nocturno por este procedimiento sea una total novedad, ya que anteriormente, gran número de convenios colectivos han variado el mínimo establecido por la ley concretando un porcentaje superior (100), bien incrementando el porcentaje, bien fijando una cantidad mensual que resultara superior. Sí lo es, sin embargo, el hecho de la supresión del incremento mínimo que estaba previsto en la regulación anterior y que garantizaba ese plus de nocturnidad consistentemente.

Nos encontramos pues, con un reconocimiento del derecho «en abstracto», según palabras del mismo autor que citábamos antes, con una desregulación absoluta. Ya no existe mínimo, ni referencia al salario base, pero lo más grave es el vacío legal existente para el caso de que este plus no sea regulado convencionalmente.

Ya antes de que la Ley 11/1994, portadora de tantas innovaciones en este tema, viera la luz, en el período de su gestación en las Cortes Generales, diversas enmiendas trataron de dar una redacción diferente a este párrafo, la mayoría de las cuales oponiéndose a la inseguridad y desprotección que para el trabajador iba a suponer la mencionada supresión del plus necesario del 25 por 100. Pero no solamente esto, sino que también se criticó la técnica utilizada, cuestión que no es baladí y que puede llevar a la confusión y a la diversidad de interpretaciones, como por ejemplo las que MURCIA CLAVERIA (101) observa y nos explica de la manera siguiente:

- Una primera interpretación nos llevaría a concluir que la negociación colectiva va a ser la encargada de regular la retribución específica del trabajo nocturno, entendiendo por tal no solamente lo que tradicionalmente se ha denominado «plus de nocturnidad» sino cualquier otra forma de compensación como por ejemplo la reducción en la jornada de trabajo. Incluso podría afirmarse que la regulación convencional cedería en todo momento ante lo acordado en pacto individual en el que se estableciera el salario atendiendo a la consideración de un trabajo como nocturno por su propia naturaleza y también cuando lo pactado fuera la compensación del trabajo por descansos. Ahora bien, la duda aparece cuando se deja en blanco la determinación de cuál va a ser la fuente jurídica que «establezca» («se haya establecido») un salario atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza, y

---

(100) Cuando hablábamos del art. 34.6 del ET de 1980, ya nos referimos a ello y citamos algún convenio en el que se viera lo que estamos comentando, pero podemos ver otro ejemplo con citar este art. 36 del Convenio Colectivo del personal laboral del Servicio Nacional de Productos Agrarios, Res. de 11 de febrero de 1994 y BOE del 22: «Los trabajadores que tengan que realizar excepcionalmente su jornada laboral desde las 22 horas a las 6 de la mañana del día siguiente, percibirán un complemento de nocturnidad en cuantía igual al 50 por 100 del salario base, sin antigüedad, por cada jornada laboral de trabajo».

(101) MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». *Op. cit.* Págs. 304 a 307.



que «acuerde» («se haya acordado») la compensación de ese trabajo por descansos, con lo cual, nos impide asegurar que el precepto se dirija exclusivamente a la autonomía individual.

- La segunda interpretación parte de entender por «retribución específica» solamente el plus de nocturnidad. En ese caso y partiendo de ese convencimiento, puede llegarse a dos conclusiones distintas:
  - Considerar que el convenio colectivo regularía tan sólo lo referente a este plus, mientras que la autonomía individual determinaría otras formas de remuneración. Para esta tesis, el adverbio «salvo» convertiría a la negociación colectiva en dispositiva para las partes.
  - La segunda conclusión o tesis nos lleva a que no solamente es el plus de nocturnidad el que se determina en la negociación colectiva, sino la opción entre éste y la otra forma de compensación en descansos, y también la determinación de los trabajos que son nocturnos por su propia naturaleza.

Teniendo en cuenta la literalidad de la norma y el antecedente normativo del 34.6 del ET-1980, podría decirse que «retribución específica» podría identificarse con «plus de nocturnidad», tal y como postula la primera de estas dos últimas opciones, sin embargo, personalmente, parece más acorde con la realidad y con espíritu flexibilizador de la ley, buscar la eficacia práctica de la norma y con su aplicación, conseguir los resultados que han impulsado a su creación.

Podría afirmarse que, siendo el trabajo nocturno un recurso no generalizado y más bien propio de determinadas normas o sectores, sería la normativa sectorial la más adecuada para regular la retribución del mismo y no sólo lo referente al plus de nocturnidad sino también la determinación de qué trabajos son nocturnos por su propia naturaleza (siempre cumpliendo los requisitos que la jurisprudencia señala para que pueda considerarse tal) y la opción de una compensación en tiempo de descanso. Esto no significa que esta normativa señalada no pudiera, en ciertos casos, ceder ante la autonomía individual, pero no aceptar sin más que esta última prevalezca siempre sobre lo señalado en la negociación colectiva, sobre todo en el tema de la compensación del trabajo en tiempo de descanso, puesto que podría llegarse a un caos en el que se produjesen desórdenes y disfuncionalidades con respecto a la aplicación de otras condiciones laborales contempladas en la norma convencional sobre ordenación del tiempo de trabajo.

Para el profesor SALA FRANCO, por otra parte, la mayor duda interpretativa consiste en averiguar si es la ley la que establece el derecho a una retribución incrementada del trabajo nocturno, o es el eventual convenio colectivo (102). Se trata del reconocimiento del Derecho «en abstracto» que nos decía GARCÍA NINET, cuya concreción pasa por la negociación colectiva o por la autonomía individual, según qué tesis de las anteriores se considere más acertada.

---

(102) SALA FRANCO, T.: «La reforma del mercado de trabajo». Valencia (CISS), 1994. Pág. 142.

No se ha dicho nada todavía sobre qué entendemos al hablar de «negociación colectiva», expresión que incluye, como el último autor citado señala, tanto los convenios colectivos estatutarios como los extraestatutarios y también a los pactos de empresa.

Si se ha llegado ya a la fase en que se ha tomado la opción del plus de nocturnidad clásico, es conveniente saber que, como en la normativa anterior, va a seguir siendo un complemento funcional y no personal, en cuanto que será percibido únicamente por el trabajo realizado en las horas comprendidas dentro del período nocturno antes señalado.

Para terminar, nos referiremos a la situación de aquellos trabajadores que venían percibiendo el plus de nocturnidad bajo la regulación anterior; no existe problema alguno en mantener tal derecho, puesto que la disposición adicional primera (103) de la Ley 11/1994 se cura en salud al establecer la permanencia de estas condiciones mientras en convenio colectivo no se establezca una regulación diferente (104). Pero ¿qué ocurre con el resto de trabajadores?, pues parece ser que en ausencia de convenio colectivo u otra norma paccionada que solucione el tema, el vacío legal es absoluto en cuanto que el trabajador no puede reclamar derecho alguno, y van a ser las partes o quizás la más poderosa de ellas (el empresario) quienes convengan la forma de retribuir el trabajo nocturno del modo que consideren más conveniente, lo cual supone una desprotección del trabajador y una «vía libre» para el abuso empresarial.

### 3. Artículo 36.3 del ET.

– Artículo 36.3, párrafo primero: concepto de trabajo a turnos.

«Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos 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 semanas».

Se trata de una de las posibilidades existentes a la hora de elegir el horario de trabajo que la empresa va a seguir: o bien todos los trabajadores prestan servicios en un único turno, o bien los trabajadores pueden hacerlo en turnos distintos (porque hay varios), y además deben trabajar sucesi-

---

(103) Disposición adicional primera de la Ley 11/1994: «Las modificaciones introducidas por la presente ley en la regulación legal del salario no afectarán a los conceptos retributivos que tuvieran reconocidos los trabajadores en la fecha de su entrada en vigor, que se mantendrán en los mismos términos que rigieren en ese momento hasta que por convenio colectivo se establezca un régimen salarial que conlleve la desaparición o modificación de dichos conceptos»

(104) Véase STSJ del País Vasco de 13 de septiembre de 1994 (Ar. 3564), Ponente: Ilmo Sr. D. Luis José Escudero Alonso. Este tema se razona claramente en los Fundamentos de Derecho Tercero a Quinto de esta sentencia, que no son citados por su considerable extensión.

vamente en varios o en todos ellos. A esta última posibilidad se la denomina «turno rotatorio» según MONTOYA MELGAR (105) y es la única jurídicamente relevante según palabras de ALFONSO MELLADO (106).

La nueva regulación, según autores como por ej. MONGE RECALDE (107) es bastante aceptable y «contribuye, desde luego, a una mayor fijación de conceptos». Para otros, como GARCÍA NINET (108), se trata de una definición «que poco añade a lo ya sabido de trabajar organizadamente en equipos o grupos similares de trabajadores que van de modo sucesivo ocupando los mismos puestos de trabajo...».

Lo que no da lugar a dudas es que la nueva definición de trabajo a turnos es un fiel reflejo de la que nos ofrece la Directiva 93/104/CEE en su art. 2.º 5) (109). De la misma extraemos las tres notas que, concurriendo simultáneamente, caracterizan al sistema de trabajo a turnos desde la perspectiva jurídico-laboral:

- 1.ª Hablamos de una organización del trabajo en equipo.
- 2.ª La sucesión de los trabajadores en los mismos puestos debe responder a «un cierto ritmo (110), continuo o discontinuo».

Existe en este punto una diferencia, sutil pero importante, con respecto a la redacción utilizada en el precepto comunitario, el cual hace mención expresa del ritmo rotatorio, con lo que se facilita la interpretación de qué debe entenderse por «cierto ritmo», que es la expresión utilizada por el art. 36.3, dentro del cual ha de incluirse el rotatorio. De esta manera, el ritmo elegido podrá ser rotatorio o no, según se considere conveniente y a su vez, continuo o discontinuo.

---

(105) MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho del Trabajo». Madrid (Tecnos) 1994. Pág. 346.

(106) ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: «Jornada y ordenación del tiempo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 64.

(107) MONGE RECALDE, J. L.: «Comentarios a la Reforma Laboral de 1994». *Op. cit.* Pág. 68.

(108) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo». *Op. cit.* Pág. 86.

(109) Art. 2.º 5 de la Directiva 93/104/CEE. Trabajo por turnos: «Toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupan 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». Este art. 2.º 5 se diferencia palpablemente del contenido en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo de 3 de agosto de 1990, el cual innegablemente era de más confusa interpretación y definía el trabajo a turnos del siguiente modo: «el método de distribución del trabajo por el que los trabajadores se suceden según una pauta determinada; el trabajo por turnos puede ser continuo o discontinuo, con equipos alternos o sucesivos».

(110) El concepto de ritmo de trabajo es nuevo y su inclusión en nuestro ordenamiento es también consecuencia de la tan aludida Directiva del 93. Esta expresión se utiliza como sinónimo de «sistema de trabajo», el cual puede también mostrar una visión objetiva en la que el ritmo de trabajo puede ser rotatorio, de jornada partida, continuado... y una subjetiva en la que este ritmo se considera monótono, acompasado, repetitivo... MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 309.

- 3.<sup>a</sup> La tercera nota es que el trabajo a turnos deberá implicar para el trabajador la obligación de realizar su prestación «en horas diferentes en un período determinado de días o semanas».

Para algunos autores, esto que acabamos de decir excluye de la aplicación de este precepto a todos los casos en los que el trabajador tiene asignado un mismo horario de trabajo y también aquellas organizaciones del tiempo de trabajo que, aunque constan de diversos horarios, no cumplen los requisitos del trabajo a turnos en los que sólo coloquialmente (pero incorrectamente desde el punto de vista técnico-jurídico) puede decir un trabajador que está asignado al turno de mañana, o de tarde, o al de noche.

No se dice absolutamente nada acerca de quién va a establecer inicialmente el sistema de trabajo a turnos. Parece lógico creer que tal facultad debería corresponder al empresario en virtud de su poder de dirección. MONTOYA MELGAR lo da por sentado añadiendo tan sólo una alusión al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo cuando la adopción de este sistema afecte a un régimen de trabajo preexistente (111). MURCIA CLAVERIA, sin embargo, opina que aunque el horario de trabajo de un trabajador por turnos es variable de por sí, los horarios y la modificación de los mismos han de estar previamente determinados y solamente en el caso de que no exista una regulación convencional directamente aplicable en el momento inicial de la puesta en funcionamiento de una actividad productiva, tendrá competencia exclusiva del empresario para establecer el ritmo que va a regir su empresa. Por otra parte, una vez diseñado el sistema y fijadas las condiciones, cualquier modificación al respecto puede suponer una modificación sustancial de condiciones de trabajo, cosa que debería resolverse bien a través de la novación contractual, bien a través del art. 41 del ET y, ya que nada dice la ley sobre las fuentes que determinan el modo de fijación y los ritmos concretos por los que se rige el trabajo a turnos al que queda adscrito el trabajador contratado, parece que debe ser la negociación colectiva o el contrato de trabajo (por disposición o por defecto de la anterior) quienes se ocupen de ello (112).

– Artículo 36.3, párrafo segundo: rotación de los turnos. El turno de noche.

«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».

Estas reglas son sustancialmente idénticas a las precedentes. Así pues, los trabajadores tienen derecho a rotar en los diversos turnos y además a no quedar afectados al de noche más de dos semanas consecutivas, a no ser que se renuncie a este derecho adscribiéndose a dicho turno voluntariamente.

---

(111) MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho del Trabajo». Madrid (Tecnos) 1994. Pág. 346.

(112) MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 310.

ALARCÓN CARACUEL califica de «simplemente absurdo» el hecho de que los límites fijados en este precepto se tengan en cuenta simplemente cuando se trate de empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, puesto que, «entre otras cosas (...) puede haber turno nocturno permanente, baste pensar en los establecimientos de los *drugstore* que abren de diez de la mañana a cinco de la madrugada» (113).

No dice nada la Directiva 93/104/CEE sobre la mayor penosidad del turno de noche. Si lo hacía, sin embargo, la Propuesta de Directiva de 3-8-90 varias veces aludida en su art. 7.2): «En caso de trabajo por turnos que suponga trabajo de noche, estará prohibido trabajar dos turnos consecutivos a tiempo completo». El legislador español, sí ha tenido en cuenta esto, lo cual supone otra ventaja para los trabajadores.

– Artículo 36.3, párrafo tercero: opción entre trabajar semanas completas o contratación de personal para ciertos días de la semana.

«Las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana».

Aunque se ha omitido el párrafo segundo del anterior art. 36.4 referido a la cotización de los «corretornos», se sigue manteniendo la posibilidad de que cuando el trabajo no se interrumpa los domingos ni los días festivos pueda optarse por la organización de los turnos o por la contratación de personal para ciertos días a la semana. En caso de darse esta última posibilidad, estaríamos ante un caso típico de trabajo a tiempo parcial (114), el cual tiene ahora una regulación propia contenida anteriormente en el art. 12 del ET-1980, pero que la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación derogó y sustituyó por su art. 4.º, titulado «contrato a tiempo parcial y contrato de relevo», y ubicada desde la publicación del TRET, en el art. 12 de dicho cuerpo legal.

Al igual que ocurre con otras circunstancias, el hecho de trabajar durante distintas horas durante ciertos períodos, conlleva unas consecuencias negativas para el trabajador que merecen una compensación mediante un complemento de puesto de trabajo que supone para el trabajador de estas características un incremento retributivo. Es el llamado «plus de turnicidad» cuya cuantía y determinación deberá concretarse en la negociación colectiva. Además, si pensamos que casi siempre existe un turno de noche, a este plus de turnicidad se añadirá el de nocturnidad o bien la compensación en tiempo de descanso. La jurisprudencia declara la compatibilidad de los mismos alegando su

---

(113) ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La ordenación del tiempo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 142.

(114) ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: «Jornada y ordenación del tiempo de trabajo». *Op. cit.* Págs. 64 a 66. Comparte esta opinión SALA FRANCO, T.: «La reforma del mercado de trabajo». *Op. cit.* Pág. 143.

distinta finalidad y naturaleza. Éste no es el caso de otros complementos, puesto que es abundante la jurisprudencia que declara incompatible el plus de nocturnidad con, por poner un ejemplo, el plus de atención continuada, ya que se considera que el segundo absorbe al primero (115). Es posible, según la nueva regulación, que un trabajador a turnos realice el número de horas exigido por el art. 36.1, párrafo tercero para considerarse trabajador nocturno, con lo cual añadirá a su condición de trabajador a turnos la de trabajador nocturno. Esto podría llegar a ser un problema, a juicio de la doctrina, puesto que este art. 36.3, párrafo tercero entraría en ocasiones en contradicción con lo dispuesto en el 36.1 (párrafos segundo y tercero), de modo que si un trabajador ostenta la condición de nocturno y a la vez de «a turnos», no podrá hacer uso de la opción que se le permite referente a estar más de dos semanas consecutivas en el turno de noche, ya que podría conculcar el límite dispuesto de las ocho horas en un período de referencia de 15 días para los trabajadores nocturnos.

Finalmente, sólo mencionar que el trabajador que curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional, tiene preferencia en la elección del turno si tal es el régimen instaurado en la empresa (116). Ello es así porque de esa manera lo dispone el art. 23.1 a) del ET, la transgresión del cual supone, una infracción grave de las contempladas en el art. 95.4 del TRET. Este derecho a la promoción y formación profesional, constituye una manifestación jurídico-laboral de los derechos fundamentales contemplados en los arts. 27 (derecho a la educación) y 35.1 (derecho al trabajo y deber de trabajar) de la CE de 1978. Sobre esta facultad que tiene el sujeto que cumple estas características, solamente comentar dos puntos:

- El primero, es que si observamos en qué consiste realmente este derecho, vemos que se trata de una preferencia para no ser un trabajador a turnos, puesto que si puede elegir el que más le conviene, no tendrá que cambiar de horario periódicamente y con ello, deja de serlo. Esto puede suponer una contrariedad para el empresario que quiera instaurar en su empresa un régimen de trabajo a turnos, sobre todo si son varios los trabajadores que reúnen las condiciones para ejercer ese derecho.
- El segundo es que la frase «si tal es el régimen instaurado en la empresa» puede provocar, como consecuencia de una interpretación literal, que queden fuera de la aplicación del precepto algunos tipos de organización empresarial en los que técnicamente no se está ante un trabajo a turnos, pero que, sin embargo, hay una jornada de mañana y otra de tarde. Sería lamentable, pues, que un trabajador que tuviera asignado permanentemente uno de los dos horarios, no pudiese elegir el otro si se adecuase mejor a sus obligaciones de estudiante. La solución sería una interpretación flexible del art. 23.1 a) del ET, que tuviese en cuenta la intención y finalidad del precepto.

---

(115) Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 27 de junio de 1989; STS de 29 de septiembre de 1992; STSJ de Cataluña de 25 de julio de 1994...

(116) VVAA: «Curso de Derecho del Trabajo» dir. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. Valencia (Tirant lo Blanch). 1994. Págs. 360 y 361.

#### 4. Artículo 36.4 del ET.

– Artículo 36.4, párrafo primero: protección de la salud y la seguridad.

«Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados, y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa».

Se trata de un precepto novedoso y sumamente interesante procedente (de nuevo) de la Directiva 93/104/CEE. En esta ocasión es el art. 12 de la misma el que se ha tomado como modelo por parte del legislador español, fundiendo en un solo párrafo los dos de los que consta el precepto europeo, y el que hay que poner en relación con el inciso final del art. 8.º del mismo texto (117).

Se pretende proteger tanto a los trabajadores nocturnos como a los a turnos con una protección específica basada en los característicos efectos negativos que estos trabajadores soportan y que pueden ser objetivos, por el tipo de actividad, y también subjetivos, según cómo afecten a cada trabajador.

Podría decirse que estamos ante una concreción del mandato que establece el art. 40.2 de la CE al afirmar que «los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo».

Las prescripciones generales sobre este tema que, aunque anteriores a la Constitución han permanecido vigentes hasta la aprobación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, venían establecidas por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971, en cuyo articulado se establecía gran variedad de reglas sobre seguridad e higiene. Entre ellas, nos interesa particularmente el art. 7.º 5, que imponía al empresario la obligación de «velar por la práctica de reconocimientos médicos, iniciales y periódicos, a los trabajadores, conforme a lo establecido en las disposiciones vigentes». También el art. 8.º 4 de la misma ordenanza nos resulta útil aquí puesto que establecía como una de las funciones del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo el «interesar la práctica de reconocimientos médicos a los trabajadores de la Empresa, conforme a lo dispuesto en las disposiciones vigentes».

---

(117) Art. 12 de la Directiva 93/104/CEE. Protección en materia de seguridad y salud: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que:

1. 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;
2. 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».

Art. 8.º, inciso final: «... el trabajo que implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes será definido 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».

Otro punto digno de mención es el relativo al significado de la frase «servicios de protección y prevención apropiados y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa». De acuerdo con GARCÍA NINET, parece que se está refiriendo a que el mínimo de medidas especiales, que se aplicarán a este colectivo de trabajadores está constituido por aquellas que están establecidas para los trabajadores que no están sometidos regularmente a trabajo a turnos o al trabajo nocturno (118). De todas formas, esta intención protectora se concreta a través de la tan esperada Ley de «Salud Laboral».

Por supuesto, no faltan las críticas, como las de MONGE RECALDE, otra vez a la imprecisión del texto, ya que la misma traerá múltiples problemas en la práctica en temas como los servicios de previsión, por ej. los médicos, cuando éstos hayan de prestarse durante la noche o no coincidan con el horario de los turnos. Sobre esto, la Directiva Comunitaria 93/104, en su art. 12 dice claramente que estos servicios han de estar disponibles «en todo momento». Veremos, con el tiempo, cómo se solucionan los problemas que supondrá poner esto en práctica (119).

– Artículo 36.4, párrafo segundo: derecho del trabajador nocturno a la tutela de su salud y posibilidad de cambio de horario por razón de la misma.

«El empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos que se establezca en la normativa específica en la materia. Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos. El cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 y 41, en su caso, de la presente Ley».

Son muchas las observaciones que se han hecho sobre este párrafo por parte de la doctrina, tal vez por su novedad, por su complejidad, por los cabos que se han dejado sueltos... Se tratará de explicar lo que se pretende con este precepto y lo que éste ha olvidado mencionar, siempre siguiendo las distintas ideas y posturas de los autores que nos llevan a tomar conclusiones propias.

Iniciamos este desarrollo con las afirmaciones de GARCÍA NINET (120) acerca del primer inciso de este interesante precepto dirigidas a lo dispuesto en el mismo sobre la evaluación de la salud del trabajador nocturno. Este autor nos comenta la novedad que supone el mismo y

---

(118) GARCÍA NINET, J. I.: «La ordenación del tiempo de trabajo». *Tribuna Social* núm. 43 de 1994. Pág. 51.

(119) MONGE RECALDE, J. L.: «Comentarios a la Reforma Laboral de 1994». *Op. cit.* Pág. 68.

(120) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo». *Op. cit.* Págs. 90 y 91.



su paralelismo con el art. 9 de la Directiva 93/104/CEE (121), artículo similar al 8.º 1 de la Propuesta de Directiva de 1990 que tantas veces ya hemos aludido, el cual fue fielmente seguido además de completado.

Sin embargo, parece que podría encontrarse un antecedente en España en el art. 196 del TRLGSS, regulador de las obligaciones del empresario en materia de enfermedades profesionales (122).

Como vemos, a diferencia del primer párrafo del 36.4, el legislador se dirige exclusivamente al trabajador nocturno, dejando fuera de estas previsiones al que presta su trabajo en régimen de turnos; pero tomaremos la concepción «amplia» de trabajador nocturno (la del 36.1, párrafo tercero) ya que, según opina el autor del que todavía estamos comentando su postura (GARCÍA NINET), no es necesario que lo sea de modo permanente, con lo cual entrarían también todos los trabajadores por turnos que periódicamente realizaran el turno de noche y que cumplan el número de horas nocturnas anuales para considerarse incluidos en el párrafo tercero del art. 36.1 del ET.

Para MURCIA CLAVERIA (123) es éste un mandato mucho más concreto que el expresado en el párrafo anterior, puesto que aquí se ha concretado el sujeto a quién va dirigido el mandato (empresario) y también el contenido del derecho del trabajador (la tutela de su salud). Según esta autora, el derecho/obligación se está formulando con los caracteres propios del derecho necesario relativo, con lo cual la negociación colectiva podrá mejorar lo establecido por la ley, además de delimitar otros puntos como la fijación de los intervalos regulares de tiempo para efectuar las revisiones médicas.

- 
- (121) Art. 9.º de la Directiva 93/104/CEE: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que:
- a) Los trabajadores nocturnos disfruten de una evaluación gratuita de su salud antes de su incorporación al trabajo y, posteriormente, a intervalos regulares.  
(...)
  2. La evaluación gratuita de la salud a que se refiere la letra a) del apartado 1 deberá respetar el secreto médico.
  3. La evaluación gratuita de la salud a que se refiere la letra a) del apartado 1 podrá formar parte de un sistema nacional de salud».
- (122) Art. 196 del TRLGSS: «1. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
2. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador, a quien abonará aquella, si a ello hubiere lugar, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa pueda dejar de percibir.
  3. Las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de las mismas de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos».
- (123) MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 316 y ss.

Siguiendo con esta postura, esta autora cree que lo más interesante de este derecho es su carácter instrumental con respecto al que le sigue dentro del mismo párrafo, el cual es más reseñable en cuanto que supone todavía una mayor concreción del derecho abstracto a la protección de la salud y la seguridad. Consiste, nada más y nada menos en el derecho que tendrá el trabajador nocturno a cambiar su puesto de trabajo por uno diurno, cuando tenga problemas de salud relacionados con la circunstancia de la nocturnidad de su trabajo actual.

Es ésta otra novedad otra vez basada en un precepto muy similar contenido en la Directiva 93/104/CEE. En este caso se trata del art. 9.b) , y que como veremos más tarde, su redacción plantea las mismas dudas que las de su homólogo español, o quizás todavía más debido a su menor concreción (124).

Este precepto viene a ofrecer una segunda oportunidad a aquellos trabajadores nocturnos que, por problemas de salud relacionados con el hecho de trabajar de noche, no pueden seguir con este trabajo nocturno que hasta ese momento venían realizando. Ello supondría una extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, según dicta el art. 52 a) del ET, mientras que ahora, si concurren unas determinadas circunstancias o requisitos que veremos seguidamente, el destino de este trabajador puede ser otro muy distinto, cual es un puesto de trabajo diurno.

Ahora bien, ¿se trata de un derecho absoluto, directamente aplicable y ejercitable en todo caso?, o ¿será más bien un derecho pendiente de desarrollo reglamentario? Pues, como todas las cosas, la solución varía según el color del cristal con que se mire.

Así por ej. MURCIA CLAVERIA opina que definitivamente no es un derecho absoluto, mientras que GARCÍA NINET no ofrece una postura tan radical. Lo que sí está claro es que van a tener que cumplirse unos cuantos requisitos para que ese puesto de trabajo diurno sea una realidad, los que podemos resumir en tres:

- 1.º Cuando el artículo dice textualmente «se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno...» nos da a entender, por un lado, que no van a bastar las alegaciones del trabajador al respecto, sino que será un técnico (un médico) quien dictaminará sobre dicho problema de salud.

Por otro lado, habría que ver si el derecho existe solamente cuando el problema de salud está directamente ocasionado por el trabajo nocturno o, como dicen ALFONSO MELLADO (125) y GARCÍA ORTEGA también cuando éste agrave o agudice problemas de salud que tienen su origen en otras circunstancias.

---

(124) Art. 9 b) de la Directiva 93/104/CEE: «Los trabajadores nocturnos que padezcan problemas de salud, cuya relación con la prestación de un trabajo nocturno esté reconocida, serán trasladados, cuando sea posible, a un trabajo diurno para el que sean aptos».

(125) ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: «Jornada y ordenación del tiempo de trabajo». *Op. cit.* Págs. 72 y 73.

No es fácil, a nuestro entender, solucionar esta cuestión pero parece más lógico, según la dicción literal del precepto (que dice «ligados» y no «ocasionados») y según también el espíritu del precepto, que deben quedar incluidos ambos supuestos, pero siempre sin dudar que la imprecisión del mismo, al igual en otras ocasiones que hemos visto ya dentro de este art. 36 del ET, dificultará la práctica de este derecho hasta que el prometido reglamento venga a concretar algunos puntos importantes como por ej. a partir de qué nivel o gravedad de ese problema de salud se tiene derecho a ese cambio de horario de trabajo.

- 2.º En cuanto al segundo requisito es el que se refiere a un puesto de trabajo que sea diurno y que exista en la misma empresa en la que se encuentra el trabajador prestando su labor. Esta clarísimo que la existencia de ese puesto es esencial, ya que si éste no existe no hay posibilidad de que el trabajador lo ocupe. Ahora bien, si hubiera un puesto diurno vacante en la empresa en el futuro, sería para este trabajador si en ese momento subsistiese su problema, y si la empresa tuviera varios centros, el puesto sería para él si existiese en cualquiera de ellos. Otra cosa serían los problemas de movilidad que pudieran ocasionarse, pero ése es otro tema del que hablaremos luego.
- 3.º El tercer requisito es el de la aptitud. La ley dice literalmente «un puesto de trabajo diurno (...) para el que sean profesionalmente aptos». Con ello se descarta la necesidad de que el puesto de trabajo sea igual o similar al que el trabajador nocturno venía ocupando, ni siquiera habrá de tenerse en cuenta la categoría profesional del trabajador del art. 22.3 del ET, ya que un mismo sujeto puede ser perfectamente apto para ocupar o realizar diversos tipos de trabajos perfectamente.

GARCÍA NINET nos recuerda que no se ha dicho nada acerca del plazo que va a tener el trabajador para solicitar este cambio de horario, ni de aquel en el que el empleador debe tomar una decisión a efectos de los posibles recursos posteriores. Este autor propone que se considere aquí el plazo establecido en el art. 3.º 1 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, regulador del empleo selectivo y de las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, que es el de un mes, el cual habría de contarse en este caso a partir del reconocimiento médico que acredite los trastornos de salud sufridos por el trabajador a causa del trabajo nocturno que realiza (126).

Pero no se ha tocado todavía el tema más espinoso y que en la práctica va a suponer mayores trastornos, y es el de la alusión que hace este precepto a la aplicación de los arts. 39 y 41 del ET cuando el cambio de puesto de trabajo suponga una movilidad del art. 39 del ET o rebase la misma para convertirse en una modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 del ET. No va a ser un tema de fácil solución porque, entre otras cosas, puede afectar a derechos de terceras personas, en cuyo caso habrá que encontrar soluciones que no vienen precisamente dadas en esta ley.

---

(126) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo». *Op. cit.* Pág. 584 y ss.

Sería por ej. el caso de que existiera un puesto de trabajo diurno vacante en un centro distinto de la misma empresa que se encontrara en otra localidad; se produciría aquí un caso de movilidad geográfica que podría ocasionar un conflicto de intereses si varios trabajadores, incluidos otros más antiguos, hubieran solicitado ese traslado. ¿Sería preferente el trabajador afectado por problemas de salud?, ¿qué lugar de preferencia ocuparía el mismo?, y si hay varias personas con el mismo problema, ¿quién tiene mayor derecho, el más grave, el más antiguo...?; ¿qué ocurriría si además de la movilidad geográfica se diera movilidad funcional?... El profesor SALA FRANCO (127) opina que probablemente habría que aplicar en este último caso las reglas del art. 40 del ET, pero, desde luego, la ley no señala la solución que habría que darse a éste ni a los otros interrogantes.

Por otra parte, la doctrina dice no entender demasiado bien qué es lo que el legislador ha pretendido con estas remisiones a los arts. 39 y 41 del ET. Por un lado, MURCIA CLAVERIA está convencida de que sería contradictorio tomar estas remisiones como el procedimiento a seguir para llevar a cabo el cambio de puesto de trabajo a pesar de que la literalidad del precepto así parece indicarlo. Ello es así porque si estos dos artículos contienen los límites a la facultad del empresario para efectuar cambios en las condiciones laborales acordadas, no parece ser ésa la finalidad del último inciso del 2.º párrafo del art. 36.4 del ET que analizamos, sino que se intenta dar solución a las situaciones que pueden darse con el ejercicio del derecho del trabajador al cambiar su puesto de trabajo. Menor justificación encuentra esta autora para la remisión al art. 41, puesto que aunque es normal que el cambio de un puesto de trabajo nocturno a otro diurno suponga una modificación sustancial de condiciones de trabajo, en este caso la misma no se produce por voluntad o por decisión empresarial, sino como consecuencia del ejercicio de un derecho reconocido al trabajador. Por ello, esta remisión al art. 41 sólo puede entenderse como una garantía que tendrá el trabajador para el caso de que al ejercitar su derecho se vea en una situación subsumible en el art. 41 del ET, no pueda el empresario decidirse por la opción más favorable para sí mismo y menos para el trabajador, disponiendo este último de los derechos contenidos en el art. 41.3, párrafos 1.º, 2.º y 3.º del ET (128).

El profesor GARCÍA NINET, opina que tal vez se pretenda con estas remisiones añadir la causa consistente en la protección de la salud a las económicas, técnicas, organizativas o de producción para justificar la intervención tutelar del empresario ante la situación creada con el ejercicio del derecho del que hablamos por parte del trabajador, cosa que es de difícil aplicación, tanto en cuanto al procedimiento como sus efectos. Y en lo que se refiere al art. 41 del ET, el planteamiento es el mismo que el que comentábamos anteriormente, puesto que lo que está claro es que la situación es producto del ejercicio de un derecho por parte del trabajador, por lo que esa modificación de las condiciones esenciales del contrato no viene impuesta por decisión empresarial (que en este caso, sin embargo, solamente tendrá que decidir cuál es el puesto más adecuado para un trabajador determinado) (129).

---

(127) SALA FRANCO, T.: «La reforma del mercado de trabajo». *Op. cit.* Págs. 141 y 142.

(128) MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». *Op. cit.* Págs. 316 y 317.

(129) GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo». *Op. cit.* Págs. 93 y 94.

Por último, el profesor ALFONSO MELLADO aporta una nueva idea a este asunto considerando la posibilidad de que también el empresario adopte la iniciativa de cambiar de puesto al trabajador, siempre que se den los problemas de salud con los requisitos ya mencionados, como presupuesto necesario para ello. En ese caso, lo que se estaría estableciendo es, como ya nos dijo el autor que citamos anteriormente, una nueva causa de movilidad funcional y modificación de horario y otras condiciones de trabajo: la defensa de la salud del trabajador nocturno. Si esto fuera así, encontraría pleno sentido la remisión a los arts. 39 y 41 del ET, la que habría que entender efectuada tanto en cuanto al procedimiento como a los efectos (130).

## 5. Artículo 36.5 del ET.

– Artículo 36.5, párrafo único: ritmo de trabajo y adaptación al mismo.

«El empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo deberá tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Dichas exigencias deberán ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los períodos de descanso durante la jornada de trabajo».

He aquí otro precepto novedoso que, como todos los que hemos visto hasta ahora tiene su origen en la misma norma comunitaria. Es en esta ocasión el art. 13 (131) de la Directiva del 93 el que va a servir de paradigma a nuestro legislador. Ello no significa que la redacción de ambos preceptos haya de ser idéntica puesto que varían algunos términos que, por otra parte, no alteran para nada el sentido de nuestro artículo con respecto al comunitario que acabamos de citar. Además, con esta regulación del ritmo de trabajo en el texto estatutario, se cumple, no sólo con el mandato contenido en este art. 13 de la Directiva aludida, sino también con el del art. 6.º 2 de la Directiva 89/391/CEE (132) de 12 de junio,

---

(130) ALFONSO MELLADO, C. L. y GARCÍA ORTEGA, J.: «Jornada y ordenación del tiempo de trabajo». *Op. cit.* Pág. 74.

(131) Art. 13 de la Directiva 93/104/CEE. Ritmo de trabajo: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los empresarios que prevean organizar el trabajo con arreglo a cierto ritmo tengan en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, con objeto, en particular, de atenuar el trabajo monótono y el trabajo acompañado, en función del tipo de actividad y de los requisitos en materia de seguridad y salud, especialmente en lo que se refiere a las pausas durante el tiempo de trabajo».

(132) Art. 6.º 2 de la Directiva 89/391/CEE de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo: «El empresario aplicará las medidas previstas en el párrafo primero del apartado 1, con arreglo a los siguientes principios generales:

- d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción, con miras en particular, a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud».

en el que el principio de adaptación del trabajo a la persona constituye también una de las obligaciones de los empresarios solamente tenido en cuenta hasta el momento de la reforma del ET por el art. 7.º 6 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 9 de marzo de 1971 (133).

En cuanto lo que significa la expresión «trabajo a ritmo», hay quien lo entiende como «trabajo medido», o bien «trabajo en cadena», y también hay quien lo equipara a «sistema de trabajo».

Si atendemos al sujeto a quien este mandato va a beneficiar, nos encontramos con que no va dirigido aquí exclusivamente al trabajador nocturno ni tampoco al trabajador por turnos sino que este principio de adaptación será para todos los trabajadores ya que son todos los que han de poseer la aptitud «psicofísica» necesaria para desarrollar su actividad además de la capacidad o instrucción requerida para llevarla a cabo con el menor riesgo posible. Por ello se va a tratar, además, de que el empresario garantice la comprobación y el interés por su parte de la adecuación del trabajador al ritmo de trabajo que rige la ejecución del puesto laboral designado y, cuando sea posible, de proporcionarle el puesto de trabajo más acorde a sus características profesionales, psíquicas y físicas. Esto debe ser así porque aunque el empresario puede y debe organizar su actividad productiva de acuerdo con sus objetivos y sus intereses, ha de tener en cuenta que la pretensión de conseguir el máximo rendimiento no va a ser posible sin tomar en consideración los efectos negativos que su ejecución puede conllevar en materia de seguridad e higiene.

A la protección de los trabajadores en este punto y, por qué no, a la consecución del máximo rendimiento del trabajo tienden los propósitos de evitar que el trabajo sea monótono y repetitivo (o si se quiere acompasado, aburrido,...) y de estudiar una organización para los descansos, aunque sean breves, cumple un papel primordial en el tema que estudiamos.

Y, en cuanto a lo dicho sobre el deber que tiene el empresario, no debe impedir que en la práctica se lleve a cabo mediante acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores o incluso en la negociación colectiva (134), cosa que no se saldría de la línea desreguladora seguida por la reforma laboral del 94. De todas formas, lo que va a ser necesario es una concreción de los procedimientos a través de los cuales todo esto va a ser una realidad, los cuales vendrán con el esperado reglamento de desarrollo.

---

(133) Art. 7.º de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 9 de marzo de 1971: «Obligaciones del empresario.

– Son obligaciones generales del empresario:

6. Observar con todo rigor y exactitud las normas vigentes relativas a trabajos prohibidos a mujeres y menores e impedir la ocupación de trabajadores en máquinas o actividades peligrosas cuando los mismos sufran dolencias o defectos físicos, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, anomalías de la visión u otras análogas, o se encuentran en estados o situaciones que no respondan a las exigencias psicofísicas de sus respectivos puestos de trabajo».

(134) De hecho así es y gran número de convenios colectivos dedican una parte de su articulado a la salud, higiene y seguridad de los trabajadores (en general, ya que no suelen dedicar un apartado concreto a los trabajadores nocturnos). A modo de ejemplo citamos los arts. 95 y ss. del Convenio para Industrias de curtidos, correas y cueros; Res. de 9 de agosto de 1994 (BOE de 30 de agosto), y los arts. 36 y ss. del Convenio de la Empresa «Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.»; Res. de 19 de octubre de 1994 (BOE de 5-11-1994), que aunque no reproducimos aquí por su considerable amplitud, son mencionados especialmente por su extraordinario y completo desarrollo de los temas relativos a seguridad e higiene en el trabajo.

Por último y como valoración global de toda la normativa española sobre seguridad e higiene, citar las palabras de PÉREZ DE LOS COBOS que afirman que «la principal barrera que encuentra la legislación española en esta materia no es tanto su adecuación o reforma a la normativa comunitaria existente sobre este tema, pues muchas de estas normas son reconocibles en las normas internas, sino que el problema prioritario es el de su ineffectividad» (135).

### III. CONCLUSIONES

Si se echa la vista atrás para ver el largo camino recorrido podemos observar que la regulación del trabajo nocturno tiene apenas un siglo de vida, puesto que ése es, más o menos, el tiempo transcurrido desde que, partiendo de la más absoluta desregulación se inició un proceso «concienciador» de la penosidad que caracteriza al mismo. Así pues, es a finales del siglo XIX cuando se toman las primeras medidas cuyo ámbito personal alcanza solamente a mujeres y menores, como colectivos especialmente perjudicados por el hecho de dedicar al trabajo unas horas en que la naturaleza parece llamar al descanso. Más tarde, la prohibición del trabajo nocturno va a afectar a otros sectores, pero siempre teniendo en cuenta que ciertos conceptos esenciales en esta materia como son por ej. el «período nocturno», «menor de edad», «trabajo industrial»...van variando, con el tiempo, tanto su significado como su importancia en este punto.

Con la Ley de Relaciones Laborales de 1976 parece haberse cogido ya la línea que va a seguirse a partir de entonces y hasta el ET aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, en su art. 34.6 en lo que respecta a la regulación del trabajo nocturno. Ésta consiste en la fijación de un período nocturno a efectos laborales y en el establecimiento de un porcentaje retributivo mínimo o «plus de nocturnidad» destinado a compensar la mayor gravosidad que la realización del trabajo en dicho período supone con respecto al mismo trabajo realizado en período diurno.

Pero, aparte de la clara insuficiencia de esta regulación que tan pequeña parte ocupaba en el conjunto del ET, resultaba dificultoso ya intentar justificar la inadaptación de nuestra legislación laboral a la normativa comunitaria, puesto que muchos puntos de nuestro ordenamiento estaban en claro desacuerdo con ella.

Por ello y con la publicación de la Directiva 93/104/CEE, se pone en marcha la tarea renovadora del legislador laboral con la intención de hacer de nuestro ET y de otras normas conectadas con el mismo unos textos completos, adaptados a las normas de la CEE y al momento en el que deben aplicarse.

---

(135) PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «La Directiva Marco sobre Medidas de Seguridad y Salud de los Trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento Español». I. en *RL* núm. 8 de 1991, pág. 47.

La Ley 11/1994, de 19 de mayo, es el instrumento que convierte el art. 34.6 del ET-1980 regulador del trabajo nocturno en el nuevo art. 36 del ET titulado «trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo». El avance ha sido espectacular y también el esfuerzo dedicado a perfeccionar la ordenación del tiempo de trabajo en general. Ello no quiere decir que no quepan las críticas, puesto que muchas son las planteadas por la doctrina siendo, por otra parte, fácilmente justificables en muchas ocasiones según el punto de vista de la que suscribe.

Así pues, mucho es lo que se ha ganado con esta reforma del trabajo nocturno, ya que son numerosas las novedades introducidas que, siendo de gran importancia, no encontraban en nuestro ordenamiento ningún apoyo, o si lo hacían era a todas luces insuficiente e incluso en algunos casos resultado de una extraña interpretación de alguna norma distinta del ET. Por poner un ejemplo de esto que acabamos de decir, citamos la nueva obligación que tiene el empresario de informar a la Autoridad Laboral de su «regular» recurso al trabajo nocturno, ya que se trata de una información que con anterioridad resultaba de difícil consecución y cuya finalidad es de gran trascendencia a efectos de garantizar la protección necesaria a los trabajadores.

Otras novedades que han de mencionarse son la limitación de la jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos, así como la definición de «trabajador nocturno» a efectos de concretar los sujetos a quienes van dirigidos los derechos que les reconoce este precepto; definición que, por otra parte, permite una concepción amplia que abarcará un mayor ámbito de trabajadores que podrán beneficiarse de la nueva regulación.

No es una novedad, sin embargo, la prohibición de realizar horas extraordinarias por parte de estos trabajadores, pero sí es una buena idea situarla dentro del articulado destinado a la regulación del trabajo nocturno y no en cualquier otro precepto.

Tal vez lo más destacable sea el cambio que se ha producido con la nueva regulación sobre la protección de los trabajadores incluidos en el art. 36 del ET concretado en el conjunto de mandatos, interdicciones y exigencias destinadas a la tutela de la salud, seguridad e higiene en el trabajo. y, de todas estas novedades, por no citarlas otra vez una por una, quizás la más significativa y a la vez polémica sea la posibilidad de un cambio de puesto de trabajo, o de horario de trabajo, cuando un trabajador nocturno tiene problemas de salud ligados al hecho de la nocturnidad de su trabajo, bien sean enfermedades ocasionadas por la misma o bien agravadas por esta circunstancia. Sea cual sea el caso y aunque la solución a los problemas planteados por la falta de claridad del precepto no sea demasiado fácil, se trata de un gran logro el hecho del ofrecimiento de una «segunda oportunidad» para el trabajador que se encuentra en unas determinadas circunstancias y cuya permanencia el mundo laboral hubiera sido, de otra manera, casi imposible.

Ahora bien, no puede decirse que este nuevo art. 36 del ET sea perfecto, puesto que ahora vienen las críticas y algo de lo que no es difícil darse cuenta es el paso atrás que se ha dado en materia de la retribución del trabajo nocturno, siempre en opinión de la que se dirige al lector. Parece haberse abierto la puerta a lo que pueden ser muy posibles injusticias y perjuicios para los trabajadores nocturnos, que no van a ver en absoluto garantizada la compensación de la mayor gravosidad de su



trabajo por ser realizado en condiciones más penosas que el resto de trabajadores. Varios fueron los grupos políticos que se echaron las manos a la cabeza durante la tramitación de la Ley 11/1994 viendo que la desregulación a favor de la negociación colectiva podía dejar a los trabajadores de estas características en difícil situación con respecto al tema de su retribución específica, dejándolos desprotegidos frente al empresario, cuya ética parece ser que va a decidir en muchas ocasiones cuál va a ser el incremento retributivo que deben recibir si es que no existe un convenio colectivo aplicable a los mismos y la negociación de un convenio sea por cualquier motivo imposible.

Siguiendo con la retribución, se establece literalmente la posibilidad de compensación de este trabajo nocturno mediante tiempo de descanso, sin embargo, aunque es loable que esta posibilidad conste en la literalidad de la norma, es criticable la ausencia de unas bases que concreten esta compensación, puesto que dejando el tema en manos de la norma paccionada pueden repetirse las mismas críticas realizadas en el párrafo anterior.

Otro espinoso tema es el relativo a las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz o que se encuentren en período de lactancia. Este «olvido» no ha sido tal puesto que también durante la tramitación de la citada ley se alzó la voz en favor de este colectivo con objeto de proteger especialmente a las mujeres que se encuentren en algunas de estas circunstancias, mujeres que, por otra parte, deberían tener esta «protección especial» garantizada puesto que así se dispone en la normativa comunitaria. Finalmente no fue así, y ya que, como acabamos de decir, la Directiva 92/85/CEE del Consejo dedicada exclusivamente a proteger a este colectivo femenino obliga a los Estados miembros a dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma (por supuesto también lo referente al trabajo nocturno), puede decirse que se trata de un tema grave que habría que considerar con el máximo detenimiento.

Algo que parece carente de importancia y que, sin embargo, no lo es, es el tema de la inadecuación a la normativa comunitaria a la hora de hacer efectivas ciertas exigencias o requisitos, que la misma impone, de tipo procedimental. Tal es el caso de la ausencia de consulta a los interlocutores sociales en la fijación, por ejemplo, del número mínimo de horas que resulta imprescindible trabajar en período nocturno para considerar a un trabajador incluido en nuestro art. 36.1, párrafo tercero, consulta que viene impuesta por la Directiva comunitaria tantas veces ya citada y ante la que el legislador español ha hecho caso omiso. Lo mismo ocurre con la fijación del período de referencia de los 15 días a tener en cuenta en la duración del trabajo nocturno, limitada por el art. 36.1, párrafo segundo a ocho horas diarias de promedio, ya que el art. 16.3 de la Directiva 93/104/CEE establece claramente la obligación de la consulta previa a dichos interlocutores sociales.

Pero no sólo han de ponerse en tela de juicio puntos concretos como los que acabamos de ver, sino que, en general, podemos también afirmar la falta de claridad en numerosos puntos de esta nueva regulación, que van a traer como consecuencia multitud de problemas interpretativos y de aplicación de la ley. Es paradigmático, para justificar lo que se está diciendo, la falta de concreción al establecer que la obligación de informar del empresario existirá cuando el recurso al trabajo nocturno sea algo «regular». También lo es, a pesar de las críticas positivas realizadas anteriormente acerca del tema de la protección de la salud y seguridad, el precepto que establece la posibilidad de un cambio de horario de trabajo para el trabajador nocturno con determinados problemas de salud; ¿qué ocurre si no se

dan todos los requisitos necesarios para que este cambio de horario se produzca?, ¿quién decidirá si se cumplen o no esos requisitos?... Si la ley deja cabos sueltos y no fija con claridad cada uno de los puntos importantes de una nueva regulación, sobre todo si no hay precedentes, puede propiciarse la inaplicación de la misma, con lo cual se pierde todo el mérito y el esfuerzo es baldío. No basta con sentar una idea o plasmar en la ley algo que supone una progresión, sino que ha de procurarse que las dificultades para poner en práctica dicha norma sean cuando menos mínimas, si no nulas, ya que en caso contrario se produce un efecto contrario al deseado por el legislador.

Por último, sólo decir que es todavía temprano para recoger los frutos de la nueva regulación, puesto que doctrina, jurisprudencia y normas paccionadas nos dirán, con el paso del tiempo, todo lo que ignoramos ahora acerca de todos estos temas tan interesantes y cuya novedosa regulación nos deja a la vez admirados y un poco desilusionados.

#### IV. APÉNDICES

##### APÉNDICE 1. BIBLIOGRAFÍA

###### a) Obras generales.

- ALONSO GARCÍA, M.: «Curso de Derecho del Trabajo». Barcelona (Ariel, S.A.) 1987.
- ALONSO OLEA, M.: «Derecho del Trabajo». Madrid (Universidad de Madrid, Facultad de Derecho; Sección de Publicaciones) 1973.
- ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios al mismo de estos autores». Madrid (Comentarios Breves Civitas) 1991.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: «Derecho del Trabajo». Madrid (Universidad de Madrid. Facultad de Derecho; Sección de Publicaciones) 1993.
- CARRO IGELMO, A.J.: «Curso de Derecho del Trabajo». Barcelona (Bosch) 1985.
- CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RE, F.: «La reforma del mercado de trabajo». Madrid (La Ley) 1994.
- DIEGUEZ, G.: «Lecciones de Derecho del Trabajo». Madrid (Civitas) 1988.
- GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, M. A.: «Jurisprudencia Constitucional (1981-1992) y Derecho Sindical». Valencia (Tirant lo Blanch) 1993.

- MONGE RECALDE, J. L.: «Comentarios a la reforma laboral de 1994». Barcelona (Bosch, Casa Editorial, S.A.) 1994.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho del Trabajo». Madrid (Tecnos)1994.
- ORTEGA PRIETO, E.: «Todo sobre la Reforma Laboral. La modificación estructural del Estatuto de los Trabajadores y de las demás normas laborales». Barcelona (Praxis S.A.) 1994.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Derecho del Trabajo». Madrid (Colección Ceura. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.) 1993.
- RODRÍGUEZ SANTOS, B.: «Comentario al Estatuto de los Trabajadores». Valladolid 1985.
- SALA FRANCO, T.: «La reforma del mercado de trabajo». Valencia (CISS) 1994.
- SÁNCHEZ CERVERA, J. L.: «Lecciones de Derecho del Trabajo». Madrid (Instituto de Empresa) 1983.
- SEMPERE NAVARRO, A. y GARCÍA LÓPEZ, R.: «Jurisprudencia Social. Unificación de la Doctrina 1991-1992». Pamplona (Aranzadi) 1993.
- TORRES GALLEGO, E.: «Estatuto de los Trabajadores. Toda la doctrina y la jurisprudencia». Pamplona (Aranzadi) 1987 a 1992.
- VALDÉS DAL-RE, F.: «La Reforma del Mercado Laboral». Valladolid (Lex Nova) 1994.
- VIDAL CARUANA, G. y VIDAL BENEYTO, G.: «Análisis práctico de la reforma Laboral». Valencia (CISS) 1994.
- VVAA : «Convenios y Recomendaciones (1919-1990) de la OIT» (dir. GIMÉNEZ CHORNET, E.). Madrid. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1991.
- VVAA: «Derecho del Trabajo» (dir. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.). Valencia (Tirant lo Blanch) 1994.
- VVAA: «Derecho del Trabajo» (dir. SALA FRANCO, T.). Valencia (Tirant lo Blanch) 1989. Ídem 1992. Ídem 1994.
- VVAA: «Instituciones de Derecho del Trabajo». Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.) 1991.
- VVAA: «La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936». Madrid (Publicaciones del Congreso de los Diputados) 1987.
- VVAA: «La Reforma Laboral de 1994» (dir. RAMÓN ALARCÓN, M.). Madrid (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.) 1994.
- VVAA: «Lecciones de Derecho del Trabajo» (dir. QUESADA SEGURA, R.). Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.) 1994.

## b) Monografías y Revistas.

- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La ordenación del tiempo de trabajo». Madrid (*Tecnos*) 1988.
- ALFONSO MELLADO, C. L.: «Jornada y ordenación del tiempo de trabajo». Valencia (*Tirant lo Blanch*) 1994.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: «Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral». Valencia (*Tirant lo Blanch*) 1994.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: «Legislación delegada y ordenamiento laboral». *Relaciones Laborales* núm. 8, abril 1995.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, M.: «Psicología del Trabajo. La adaptación del hombre a su tarea». Madrid (*Index*) 1980.
- FERRANDO GARCÍA, F. M.: «Sobre la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo». *Aranzadi Social*, 1994, Tomo III. Pamplona (*Aranzadi*) 1994.
- GALIANA MORENO, J. M.: «El lento camino de gestación de la política comunitaria desde el Tratado de Roma (LCEur 1986, 8) a la cumbre de Maastricht». *REDT* núm. 58, 1993.
- GARATE CASTRO, J.: «En torno a la configuración jurisprudencial del plus de nocturnidad». *REDT* núm.7, 1981.
- 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». *Revista de Trabajo* núm. 51 y núm. 52 de 1975.
- GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada de Trabajo, horario y horas extraordinarias». Madrid (*Edersa*) 1977.
- GARCÍA NINET, J. I.: «Jornada de Trabajo, horario y horas extraordinarias» en «El Estatuto de los Trabajadores» (dir. BORRAJO DACRUZ, E.). Tomo VII. Madrid (*Edersa*) 1982.
- GARCÍA NINET, J. I.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo» en «Comentarios a las Leyes Laborales» (dir. BORRAJO DACRUZ, E.). Tomo II. Madrid (*Edersa*) 1994.
- GARCÍA NINET, J. I.: «La ordenación del tiempo de trabajo». *Tribuna Social* núm. 43, 1994.
- GUY AZNAR: «Trabajar menos para trabajar todos». Madrid (*Ediciones Hoac*) 1994.
- MURCIA CLAVERIA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo» en «La reforma del mercado laboral» (dir. VALDES DAL-RE, F.). Valladolid (*Lex Nova*) 1994.

- PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento Español», 1.ª parte, en *Relaciones Laborales* núm. 8, 1991.
- RAYÓN, E.: «La jornada de trabajo en los países de la CEE». *Cuadernos Laborales*. Serie Relaciones de Trabajo. Instituto de Estudios Sociales. Ministerio de Trabajo. Madrid, 1980.

## APÉNDICE 2. CONVENIOS COLECTIVOS CONSULTADOS

Habiéndose consultado aproximadamente dos centenares de convenios colectivos, su estudio ha resultado sinceramente útil con objeto de apreciar el porcentaje de los mismos que contemplan el trabajo nocturno además del trato que recibe el mismo en cada uno de ellos. De entre los mismos se ha escogido aquellos que fueron publicados tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, cuya característica esencial aquí es la de regular, en mayor o menor medida, el trabajo nocturno, con el propósito de elaborar esta pequeña y sencilla estadística en la que se han tenido en cuenta dos puntos concretos que veremos seguidamente, y que son el período nocturno y la retribución específica. Esto último encuentra justificación en el hecho de que la mayoría de los cuales se limitan a contemplar, en lo que se refiere al trabajo prestado por la noche, únicamente estos dos puntos; además, y como se observará, se atiende en la mayoría de los casos a lo que establece la legislación vigente sobre los mismos y en cuanto al segundo de ellos, es frecuente encontrar el porcentaje que, hasta hace poco, era considerado mínimo y que aunque hoy ha dejado de serlo legalmente, sigue siendo mayoritario en las normas paccionadas.

Con objeto de ofrecer con mayor detalle lo que se afirma, se ofrece un listado de convenios que incluye, además de aquellos que han sido estudiados con mayor detenimiento para la elaboración de la estadística citada, otros anteriores que también han resultado útiles en esta investigación que nos ocupa. Los citamos seguidamente por orden cronológico:

1. C.c. para la industria del calzado. Resolución de 26-4-1990 (BOE de 23-5-1990).
2. C.c. para el sector de pastas, papel y cartón. Res. de 7-5-1990 (BOE de 22-5-1990).
3. C.c. de profesionales del doblaje, rama artística. Res. de 13-2-1990 (BOE de 13-4-1990).
4. Revisión del C.c. para las empresas organizadoras de bingo. Res. de 21-3-1990 (BOE de 10-4-1990).
5. C.c. para el comercio de pescado fresco. Res. de 28-12-1993 (BOP de La Coruña de 28-1-94).
6. C.c. de profesionales del doblaje, rama artística. Res. de 17-1-1994 (BOE de 2-2-1994).

7. C.c. para el transporte de viajeros por carretera. Res. de 13-1-1994 (BOP de Las Palmas de 4-2-1994).
8. C.c. para industrias de curtidos, correas y cueros. Res. de 11-1-1994 (BOE de 9-2-1994).
9. C.c. del personal laboral del Servicio Nacional de Productos Agrarios. Res. de 11-2-1994 (BOE de 22-2-1994).
10. C.c. para las Delegaciones Territoriales del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado. Res. de 17-2-1994 (BOE de 5-3-1994).
11. C.c. del Ente Público RTVE «Radio Nacional de España, S.A.» y «Televisión Española, S.A.». Res. de 8-3-1994 (BOE de 25-3-1994).
12. C.c. de Empresas sostenidas total o parcialmente con fondos públicos. Res. de 13-4-1994 (BOE de 29-4-1994).
13. C.c. de empresas y seguridad. Res. de 19-4-1994 (BOE de 4-5-1994).
14. C.c. de elaboradores de «pizzas» y productos cocinados para su venta a domicilio. Res. de 22-4-1994 (BOE de 6-5-1994).
15. C.c. para los ferrocarriles de vía estrecha. Res. de 22-4-1994 (BOE de 6-5-1994).
16. C.c. para el personal laboral de la Administración. Res. de 19-5-1994 (BOE de 25-5-1994).
17. C.c. para el sector del calzado, fabricación del artesano manual y ortopedia y a medida y talleres de reparación y conservación del usado. Res. de 25-5-1994 (BOE de 11-6-1994).
18. C.c. del ente público para los aeropuertos españoles y la navegación aérea. Res. de 25-5-1994 (BOE de 11-6-1994).
19. C.c. Interprovincial para las industrias químicas. Res. de 20-6-1994 (BOE de 23-8-1994).
20. C.c. para las estaciones de servicio. Res. 1-7-1994 (BOE de 20-7-1994).
21. C.c. para las industrias de perfumería. Res. de 15-7-1994 (BOE de 11-8-1994).
22. C.c. Interprovincial para Centros de Asistencia y Educación Infantil. Res. de 15-7-1994 (BOE de 13-8-1994).
23. C.c. para industrias de curtidos, correas y cueros. Res. de 9-8-1994 (BOE de 30-8-1994).

24. C.c. para industrias de cueros repujados, marroquinería, artículos de viaje, guarnición y similares. Res. de 9-8-1994 (BOE de 30-8-1994).
25. C.c. para establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia. Res. de 17-8-1994 (BOP de Pontevedra de 10-10-1994).
26. C.c. Interprovincial para industria del calzado. Res. de 7-9-1994 (BOE de 11-10-1994).
27. C.c. para panaderías. Res. de 9-9-1994 (BOP de La Coruña de 11-10-1994).
28. C.c. para industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. Res. de 26-9-1994 (BOE 18-10-1994).
29. C.c. Interprovincial para fábricas de pasta, papel y cartón. Res. de 26-9-1994 (BOE de 13-10-1994).
30. C.c. de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado. Res. de 30-9-1994 (BOE de 17-10-1994).
31. C.c. de industrias de alimentos compuestos para animales. Res. de 17-10-1994 (BOE de 1-11-1994).
32. C.c. de la empresa «La Unión Resinera Española, Sociedad Anónima». Res. de 19-10-1994 (BOE de 3-11-1994).
33. C.c. de la empresa «Trefilerías Quijano, S.A.» . Res. de 17-10-1994 (BOE de 4-11-1994).
34. C.c. de ámbito estatal para la empresa «Mompower Team, empresa de trabajo temporal, S.A.». Res. de 19-10-1994 (BOE de 1-11-1994).
35. C.c. de «ECCOTT, S.A., empresa de trabajo temporal». Res. de 19-10-1994 (BOE de 4-11-1994).
36. C.c. de la empresa «Robertson española, S.A.». Res. de 19-10-1994 (BOE de 5-11-1994).
37. C.c. de la empresa «Repsol comercial de productos petrolíferos,S.A.». Res. de 19-10-1994 (BOE de 5-11-1994).
38. C.c. de la empresa «Sandoz Pharma, S.A.E.». Res. de 20-10-1994 (BOE de 8-11-1994).
39. C.c. entre «Aviación y Comercio, S.A.» (AVIACO) y sus tripulantes de cabina de pasajeros. Res. de 31-10-1994 (BOE de 22-11-1994).

40. C.c. de la empresa «Balay, S.A.» de 31-10-1994 (BOE de 24-11-1994).
41. C.c. de «Mantenimiento de sistemas Gec Alsthom Transporte, S.A.». Res. de 25-10-1994 (BOE de 29-11-1994).
42. C.c. de «Ericsson, S.A.». Res. de 11-11-1994 (BOE de 30-11-1994).
43. C.c. de «Uniprex, S.A.». Res. de 11-11-1994 (BOE de 30-11-1994).
44. C.c. de la empresa «Ayuda y Servicios, S.A.» (ASERSA). Res. de 10-11-1994 (BOE de 30-11-1994).
45. C.c. del personal tripulante técnico de vuelo de la «Compañía Hispano Irlandesa de Aviación, S.A.». Res. de 14-11-1994 (BOE de 1-12-1994).
46. C.c. de la empresa «Cruzcampo, S.A.» para los centros de trabajo de El Puig (Valencia) y sus delegaciones comerciales. Res. de 14-11-1994 (BOE 1-12-1994).
47. C.c. de la empresa «Aldeasa,S.A.». Res. de 14-11-1994 (BOE de 1-12-1994).
48. C.c. de la empresa «Control y Aplicaciones, Instalaciones y Servicios Industriales, S.A.». Res. de 17-11-1994 (BOE de 2-12-1994).
49. C.c. de la empresa «Márquez, Díaz y Madrid, S.A.» (MADIMSA). Res. de 17-11-1994 (BOE de 9-12-1994).
50. C.c. de la empresa «Bimbo, Sociedad Anónima». Res. de 28-11-1994 (BOE de 10-12-1994).
51. C.c. de ámbito interprovincial de la empresa «Robert Bosch, S.A.». Res. de 21-11-1994 (BOE de 13-12-1994).
52. C.c. nacional del ciclo de Comercio de papel y artes gráficas. Res. de 29-11-1994 (BOE de 16-12-1994).
53. C.c. de la empresa «ECA, Entidad Colaboradora de la Administración, S.A.». Res. de 29-11-1994 (BOE de 20-12-1994).
54. C.c. del grupo de empresas «Milupa», integrado por «Milupa, S.A.» y «Milupa Productora, S.A.». Res. de 30-11-1994 (BOE de 20-11-1994).
55. C.c. de ámbito interprovincial de la «Fábrica Nacional de Moneda y Timbre». Res. de 30-11-1994 (BOE de 21-12-1994).



56. C.c. de la empresa «Lacasa, S.A.». Res. de 7-12-1994 (BOE de 26-12-1994).
57. C.c. de la empresa «Damel, S.A.». Res. de 5-12-1994 (BOE de 28-12-1994).
58. C.c. entre «Aviación y Comercio, S.A.» (AVIACO) y sus tripulantes. Res. de 12-12-1994 (BOE 3-1-1994).
59. C.c. de la empresa «People Justo a Tiempo ETT, Sociedad Anónima». Res. de 14-12-1994 (BOE de 5-1-1994).
60. C.c. de la empresa «Vicasa, S.A.». Res. de 14-12-1994 (BOE de 5-1-1994).
61. C.c. de «La Unión Española de Explosivos, S.A.». Res. de 14-12-1994 (BOE de 6-1-1994).
62. C.c. de «Trans World Airlines». Res. de 20-12-1994 (BOE de 11-1-1994).
63. C.c. de eficacia limitada de la Industria Azucarera para 1994, suscrito por los representantes de la Asociación General de Fabricantes de Azúcar de España y los de la Federación Sindical de Industrial de Alimentación, Bebidas y Tabacos, de la Central Sindical Comisiones Obreras. Res. de 20-12-1994 (BOE de 19-1-1994).
64. C. c. de «Contratos Ferroviarios». Res. de 20-12-1994 (BOE de 19-1-1994).
65. C.c. nacional de artes gráficas, manipulado de papel y cartón, editoriales e industrias auxiliares. Res. de 11-1-1995 (BOE de 25-1-1994).
66. C.c. de la empresa «Vigilancia Integrada, S.A.». Res. de 12-1-1994 (BOE de 30-1-1995).
67. C.c. de la empresa «Cristalería Española, S.A.». Res. de 13-1-1995 (BOE de 30-1-1995).
68. C.c. de la empresa «Repsol Petróleo, S.A.». Res. de 20-12-1994 (BOE de 1-2-1995).
69. C.c. de «Administración, Gestión Información y Organización, Empresa de Trabajo Temporal, AGIOTT, S.A.». Res. de 18-1-1995 (BOE de 1-2-1995).
70. C.c. del año 1994 de la empresa «Olivetti España, S.A.». Res. de 26-1-1995 (BOE de 9-2-1995).
71. C.c. de la empresa «Erkimia, S.A.». Res. de 31-1-1995 (BOE de 17-2-1995).
72. C.c. de los pilotos de «Air España, S.A.». Res. de 10-2-1995 (BOE de 28-2-1995).
73. C.c. de la empresa «Petróleos del Norte, S.A.». Res. de 31-1-1995 (BOE de 2-3-1995).

74. C.c. de la empresa «Nicolás Correa, S.A.» Res. de 7-2-1995 (BOE de 2.3.1995).
75. C.c. de la empresa «Petroquímica Española, S.A.». Res. de 22-2-1995 (BOE de 9-3-1995).
76. C.c. de la empresa «Equipos Nucleares, S.A.». Res. de 27-2-1995 (BOE de 9-3-1995).

Si tenemos en cuenta que la inmensa mayoría de estos convenios citados (todos los cuales dedican un apartado para la regulación del trabajo nocturno) se basan en dos puntos específicos, es lógico establecer un estudio en relación a los mismos que se ofrece a continuación:

1. En cuanto al período nocturno:

- Un 57'4 por 100 de los convenios estudiados establecen expresamente el mismo período (de 22 a 6 horas) que figura en la norma del ET.
- Un 14'8 por 100 amplía este período siendo lo más frecuente que finalice una hora más tarde.
- Un 3'7 por 100 ofrece la posibilidad de que este período pueda ser trasladado por determinadas circunstancias.
- Un 24 por 100 no dice nada acerca del mismo o simplemente se remite a lo establecido en la legislación vigente.

2. En cuanto a la retribución específica:

- Un 35'5 por 100 de los convenios colectivos vistos establece un porcentaje del 25 por 100 sobre el sueldo base.
- Un 6'7 por 100 establece un porcentaje sobre el sueldo base superior al 25 por 100.
- Un 0'2 por 100 establece un porcentaje sobre el sueldo base inferior al 25 por 100.
- Un 6'7 por 100 no toma como referencia el sueldo base sino otro parámetro.
- Un 40'6 por 100 no establece un porcentaje sino una cantidad determinada, bien sea por hora, jornada nocturna trabajada, mensual e incluso anual.

Además de lo que respecta a la cuantía del plus, algunos convenios mencionan circunstancias conectadas con el mismo como son:

- Fijar un número mínimo de horas trabajadas en período nocturno a partir del cual se considera que debe abonarse el plus correspondiente a toda la jornada, y por debajo del mismo solamente el tiempo efectivamente trabajado (el 5'1%).
- Hacer expresa mención al cobro del plus en vacaciones (el 5'1%).
- Compatibilidad e incompatibilidad de este plus con otros (el 6'7%).
- Exclusión de determinados trabajadores con respecto al derecho a percibir el plus de nocturnidad (el 5'1%).
- Y por último, un 6'7 por 100 de convenios vistos no dicen nada con respecto al plus o bien se remiten expresamente a lo establecido en la legislación vigente.

### APÉNDICE 3. JURISPRUDENCIA ESTUDIADA

a) Veremos primero las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo.

- STCT de 30 de junio de 1979 (Ar. 4619).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Luis Nombela Nombela.  
Trabajos nocturnos de la mujer.
- STCT de 25 de enero de 1984 (Ar. 799).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Santiago Varela de la Escalera.  
Plus nocturno como compensación de la mayor penosidad del turno de noche.
- STCT de 28 de febrero de 1984 (Ar. 1937).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando López-Fando Raynaud.  
Porcentaje del plus de nocturnidad inferior al mínimo señalado en el art. 34.6 del ET-1980, pero válido puesto que se calcula sobre bases superiores a las establecidas en dicho precepto.
- STCT de 20 de marzo de 1984 (Ar. 2578).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Pablo Burgos de Andrés.  
Denegación del plus. Trabajo nocturno por su propia naturaleza.
- STCT de 7 de abril de 1984 (Ar. 3340).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. José María Serrano Bulnes.  
Carácter y cálculo del plus de nocturnidad.

- STCT de 14 de mayo de 1984 (Ar. 4878).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente.  
Debe aplicarse el plus de nocturnidad si el salario no ha tenido en cuenta tal circunstancia.
- STCT de 17 de mayo de 1984 (Ar. 4882).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso.  
Derecho de los trabajadores que realicen trabajos en horas nocturnas a percibir el plus correspondiente.
- STCT de 19 de junio de 1984 (Ar. 5936).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso.  
Corresponde aplicación del plus de nocturnidad.
- STCT de 9 de julio de 1984 (Ar. 6216).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Roa Rico.  
No debe aplicarse el plus de nocturnidad por tratarse de un trabajo nocturno por naturaleza.
- STCT de 11 de julio de 1984 (Ar. 6320).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Manuel Iglesias Cabero.  
Requisitos del plus de nocturnidad. Debe estimarse aplicable.
- STCT de 10 de agosto de 1984 (Ar. 6730).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López.  
Cálculo y determinación del plus de nocturnidad.
- STCT de 14 de septiembre de 1984 (Ar. 6877).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Gil Suárez.  
Concepto de plus de nocturnidad.
- STCT de 15 de octubre de 1984 (Ar. 7641).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Francisco Javier Sánchez Pego.  
Abono del plus de nocturnidad a trabajadores nocturnos que perciben la retribución fijada normativamente para la jornada diurna. Cálculo y determinación del mismo.
- STCT de 3 de noviembre de 1984 (Ar. 8249).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente.  
Cálculo y determinación del plus de nocturnidad.
- STCT de 11 de noviembre de 1984 (Ar. 8278).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente.  
Derecho a cobrar el plus de nocturnidad.
- STCT de 30 de noviembre de 1984 (Ar. 9215).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López.  
Denegación del plus por ser trabajo nocturno por su propia naturaleza.

- STCT de 5 de diciembre de 1984 (Ar. 9983).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. José María Martín Correa.  
Derecho a cobrar el plus de nocturnidad por estar cobrando los trabajadores nocturnos la misma cantidad que los diurnos sin ningún tipo de incremento.
- STCT de 19 de diciembre de 1984 (Ar. 10021).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente.  
Derecho a la percepción del plus según el art. 34.6 del ET-1980.
- STCT de 6 de mayo de 1985 (Ar. 1941).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Antonio Cancio Morena.  
El porcentaje en el que consiste el plus no es absorbible ni compensable con otros incrementos que sobre salarios mínimos legales establezcan los convenios colectivos.
- STCT de 25 de junio de 1985 (Ar. 4390).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente.  
Desestimación del plus de nocturnidad. Trabajo a turnos rotativos.
- STCT de 4 de noviembre de 1985 (Ar. 6622).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López.  
Derecho a la percepción del plus.
- STCT de 11 de diciembre de 1985 (Ar. 7113).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. José María Martín Correa.  
Aplicación del plus de nocturnidad a los trabajos a turnos.
- STCT de 1 de septiembre de 1986 (Ar. 7217).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sánchez Pego.  
Trabajo parcialmente nocturno.
- STCT de 9 de septiembre de 1986 (Ar. 7484).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Benjamín Blasco Segura.  
El incremento abonado del 25 por 100 del salario base solamente será el devengado por las horas nocturnas efectivamente trabajadas y no procederá aplicarse sobre el salario base de otros períodos en los que no se trabajó de noche.
- STCT de 17 de septiembre de 1986 (Ar. 8043).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Luis Fernando Roa Rico.  
No procede cuando en la fijación del salario se ha tenido en cuenta el carácter nocturno del trabajo a realizar. No es el caso del que ingresa en un trabajo diurno y luego se le pasa, con el mismo sueldo, a otro nocturno.
- STCT de 18 de septiembre de 1986 (Ar. 8119).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano.  
Procede el plus cuando aunque se contrate exclusivamente para trabajar de noche, la retribución es la establecida para el trabajo diurno.

- STCT de 16 de septiembre de 1986 (Ar. 8718).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Roa Rico.  
Debe abonarse el plus de nocturnidad del art. 34.6 del ET-1980.
- STCT de 16 de septiembre de 1986 (Ar. 8720).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Luis Fernando Roa Rico.  
La existencia de trabajadores que realizan las mismas funciones, unos de día y otros de noche, recibiendo el mismo salario, es motivo suficiente para que los nocturnos tengan derecho al plus consagrado en el ET-1980.
- STCT de 25 de septiembre de 1986 (Ar. 8733).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada.  
No puede ser legal que cualquier retribución salarial asignada a unos trabajadores nocturnos no sea superior a la misma actividad laboral desplegada en jornada diurna.
- STCT de 13 de octubre de 1986 (Ar. 10727).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Rafael Martínez Emperador.  
El plus nocturno sólo debe satisfacerse respecto a las horas en que tal circunstancia concurriera, sin que deba extenderse a jornadas dedicadas al descanso.
- STCT de 4 de noviembre de 1986 (Ar. 10980).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Blas Oliet Gil.  
Denegación del plus de nocturnidad.
- STCT de 24 de noviembre de 1986 (Ar. 12238).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Manuel Iglesias Cabrero.  
No es posible aplicar el incremento de nocturnidad a horas distintas de las calificadas legalmente como nocturnas.
- STCT de 14 de noviembre de 1986 (Ar. 12775).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.  
La no alusión en un Convenio Colectivo al plus de nocturnidad podría entenderse como que las partes se agogen a las normas de derecho necesario que derivan del art. 34.6 ET-1980.
- STCT de 6 de febrero de 1987 (Ar. 2571).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Francisco Javier Sánchez Pego.  
Nunca puede entenderse que el salario ha tenido en cuenta la circunstancia de la nocturnidad si es idéntico al que corresponde para el horario normal o diurno.
- STCT de 13 de julio de 1987 (Ar. 15831).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano.  
La retribución específica por trabajar en jornada nocturna no es absorbible ni compensable.
- STCT de 5 de octubre de 1987 (Ar. 20639).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano.  
No puede aplicarse el plus de nocturnidad a los días de descanso.

- STCT de 11 de noviembre de 1987 (Ar. 24623).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Gabriel Coullaut Ariño.  
Procede el plus si no hay prueba alguna de que el trabajador ha sido expresamente contratado para trabajar de noche.
  
- STCT de 18 de noviembre de 1987 (Ar. 26761).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Manuel Iglesias Cabero.  
Si la empresa abona el plus de nocturnidad en condiciones más favorables que las previstas en el art. 34.6 del ET-1980, se trata de una ventaja patrimonial que puede compensar y absorber el exceso sobre el mínimo establecido con aumentos retributivos posteriores.
  
- STCT de 11 de enero de 1988 (Ar. 3).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Rafael Martínez Emperador.  
Fórmula para averiguar si la cuantificación del plus establecida en el convenio colectivo cubre o no la garantía estatutaria.
  
- STCT de 22 de enero de 1988 (Ar. 26).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Rafael Martínez Emperador.  
El exceso de plus puede ser neutralizado por la Empresa, puesto que así lo permite una cláusula de absorción y compensación que se incluye dentro del Convenio Colectivo.
  
- STCT de 5 de mayo de 1988 (Ar. 3453).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Miguel Coronado Benito.  
Se reitera la idea de la aplicación del plus cuando, aunque se haya contratado para trabajar de noche, la retribución es igual que para el mismo trabajo en jornada diurna.
  
- STCT de 18 de mayo de 1988 (Ar. 240).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luís Martínez Calcerrada.  
Aplicación del incremento de nocturnidad sobre el salario mensual.
  
- STCT de 25 de mayo de 1988 (Ar. 253).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Manuel Iglesias Cabero.  
Fórmula aritmética para hallar el valor exacto de la hora nocturna según lo pactado en convenio colectivo.
  
- STCT de 30 de mayo de 1988 (Ar. 3594).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido.  
Complemento de nocturnidad cuando trabajando de noche se percibe igual retribución que los trabajadores que lo hacen de día.
  
- STCT de 22 de junio de 1988 (Ar. 313).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Manuel M.ª Zorrilla Ruiz.  
Cálculo del plus de nocturnidad.

- STCT de 20 de septiembre de 1988 (Ar. 5572).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano.  
El plus de nocturnidad deberá pagarse por las horas trabajadas en período nocturno siempre que la empresa no demuestre un hecho extintivo o impeditivo para la percepción del indicado plus.
- STCT de 25 de septiembre de 1988 (Ar. 5609).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Conrado Durantez Corral.  
No es correcto, atendiendo a la finalidad de este plus de nocturnidad -compensar el desgaste físico y la penosidad que la vigilia laboral suponen para el trabajador- aplicar el beneficio a la globalidad retributiva anual.
- STCT de 10 de octubre de 1988 (Ar. 6154).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Pablo Burgos de Andrés.  
Jornada laboral nocturna de la mujer. Prohibición de discriminación, incluso favorable, para la mujer.
- STCT de 20 de octubre de 1988 (Ar. 6207).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Eugenio Suárez Palomares.  
Salario global comprensivo del plus de nocturnidad, en cuanto que tiene en cuenta el carácter nocturno del trabajo a realizar. No corresponde ningún incremento.
- STCT de 3 de noviembre de 1988 (Ar. 7027).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Miguel Coronado Benito.  
Salario global establecido atendiendo a que el trabajo deberá prestarse en horario nocturno. No corresponde plus de nocturnidad.
- STCT de 7 de noviembre de 1988 (Ar. 7037).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Benito.  
Corresponde plus de nocturnidad por cumplirse los requisitos del art. 34.6 del ET-1980.
- STCT de 10 de noviembre de 1988 (Ar. 537).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Manuel Iglesias Cabero.  
Interpretación del convenio colectivo aplicable al sector para decidir si corresponde o no el cobro del plus por trabajo nocturno.
- STCT de 10 de noviembre de 1988 (Ar. 535).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Luís Nombela Nombela.  
Derecho a recibir el plus de nocturnidad durante el período vacacional.
- STCT de 26 de diciembre de 1988 (Ar. 8143).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Luis Fernando Roa Rico.  
No procede el plus de nocturnidad por tratarse de un trabajo nocturno por su propia naturaleza.



b) Seguidamente vamos con las Sentencias del Tribunal Supremo.

- STS de 31 de enero de 1990 - Contencioso-Administrativo -(Ar. 574).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Diego Rosas Hidalgo.  
Determinación y delimitación de la potestad reglamentaria. Impugnación del Real Decreto 2001/1983 sobre condiciones de descanso y horas extraordinarias de los trabajadores.
- STS de 23 de enero de 1991 - Social - (Ar. 174).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez.  
Cálculo del plus de nocturnidad sobre el salario base.
- STS de 1 de febrero de 1991 - Social - (Ar. 786).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.  
Cálculo sobre el salario base del plus de nocturnidad.
- STS de 17 de septiembre de 1991 - Social - (Ar. 7178).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.  
Concepto de «plus de nocturnidad». Compatibilidad del mismo con otros conceptos retributivos.
- STS de 13 de enero de 1992 - Social - (Ar. 35).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Rafael Martínez Emperador.  
Cálculo del plus de nocturnidad sobre el salario base.
- STS de 4 de marzo de 1992 - Social - (Ar. 1618).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.  
Compensación del trabajo nocturno con horas de descanso.
- STS de 22 de mayo de 1992 - Social - (Ar. 3593).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.  
Se toma como base para la aplicación del porcentaje del plus el salario base más la antigüedad.
- STS de 6 de julio de 1992 - Social - (Ar. 5581).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Rafael Martínez Emperador.  
Requisitos generales para la percepción del plus de nocturnidad.
- STS de 25 de febrero de 1994 - Social - (Ar. 1519).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.  
Requisitos generales para la percepción del plus de nocturnidad. Excepciones. El trabajo nocturno en las panaderías.
- STS de 29 de septiembre de 1994 - Social - (Ar. 7265).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Benigno Varela Austrán.  
Sustitución del Plus de nocturnidad por el de atención continuada.

- STS de 30 de noviembre de 1994 - Social - (Ar. 10337).  
PONENTE: Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez.  
Eficacia de la autonomía colectiva al determinar los componentes salariales en cuantía inferior a la fijada en normas estatales. Módulo para el cálculo del plus de nocturnidad.

c) Por último, vamos con las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Ordenadas por orden cronológico.

- Sentencia de 24 de enero de 1994. TSJ Castilla y León / Burgos -Sala de lo Social- (Ar. 235).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Alfonso Ruiz Nieto.  
Desestimación del plus de nocturnidad por considerarse incluido dentro del concepto de atención continuada.
- Sentencia de 14 de abril de 1994. TSJ Andalucía / Sevilla -Sala de lo Social - (Ar. 1531).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Santiago Romero de Bustillo.  
Trabajo nocturno en festivos. Compensación. No discriminación aunque existan distintos tipos de retribución.
- Sentencia de 28 de abril de 1994. TSJ Madrid - Sala de lo Social - (Ar. 1611).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Pedro Francisco Armas Andrés.  
Compensación del plus de nocturnidad con horario reducido.
- Sentencia de 5 de mayo de 1994 . TSJ Cataluña - Sala de lo Social - (Ar. 2040).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez.  
Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Supresión del turno de noche. No procede la retribución del plus de nocturnidad por ser éste un complemento funcional.
- Sentencia de 31 de mayo de 1994. TSJ Andalucía / Granada -Sala de lo Social- (Ar. 2134).  
PONENTE: Ilmo Sr. D. Emilio León Solá.  
Debe tenerse en cuenta la doctrina elaborada por el TCT acerca de que siempre corresponde el abono del plus de nocturnidad cuando el salario es idéntico para las jornadas nocturna y diurna.
- Sentencia de 14 de julio de 1994. TSJ Galicia - Sala de lo Social - (Ar. 2850).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández.  
Concepto, cálculo y finalidad del plus de nocturnidad. Cobro del mismo en vacaciones.
- Sentencia de 25 de julio de 1994. TSJ Cataluña -Sala de lo Social - (Ar. 3076).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Emilio de Cossio Blanco.  
Absorción del plus de nocturnidad por el de atención continuada.
- Sentencia de 13 de septiembre de 1994. TSJ País Vasco - Sala de lo Social - (Ar. 3564).  
PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis José Escudero Alonso.  
Sigue siendo aplicable el porcentaje establecido para el plus de nocturnidad en el art. 34.6 del ET-1980 hasta la entrada en vigor del nuevo Convenio Colectivo, según lo dispuesto en la Ley 11/1994, de 19 de mayo.