

Tiempo de descanso para el bocadillo: ¿trabajo efectivo o recuperable?

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de GA_P

El descanso durante la jornada («tiempo de descanso para el bocadillo») constituye un derecho laboral cuando aquélla supera las seis horas continuadas de actividad diaria. Su calificación como tiempo de trabajo efectivo —retribuido y no recuperable— dependerá de lo establecido en el Convenio Colectivo o en el contrato de trabajo. En una reciente sentencia, el Tribunal Supremo entiende que, aunque la empresa haya venido tolerando que dicha pausa se compute como trabajo efectivo para los trabajadores, no cabe deducir a priori que se trate de una condición más beneficiosa.

1. El artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores obliga a establecer un periodo de descanso diario no inferior a quince minutos cuando la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así se establezca por Convenio Colectivo o contrato de trabajo. En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos y deberá fijarse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

Cuando la jornada ordinaria supera las seis horas, la pausa para el descanso intrajornada —históricamente denominada *pausa para el bocadillo*— constituye un derecho. Pero eso no significa que también lo sea la calificación como trabajo efectivo —esto es, retribuido aunque no trabajado—, pues la norma legal concede prioridad a lo que establezca la negociación

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

colectiva o contractual. Contrapartida habitual de los Convenios Colectivos —incluso con una duración superior, de hasta treinta minutos—, el sentido de esta pausa proviene más de un trabajo con importante contenido de esfuerzo físico —y supone un «alivio reparador» de la fatiga física—, aun cuando haya devenido en una constante en todas las profesiones.

Al margen de su consideración como compensable o no —posibilidad de incrementar otros derechos, por ejemplo, el de las vacaciones anuales, a cambio de renunciar a esta pausa— y de su fijación con mayor o menor intensidad en la negociación colectiva —como una recomendación, como un derecho para todos los trabajadores independientemente de su jornada, como una ventaja para algunos trabajadores (los más antiguos) y no así para otros (los más modernos), etc.—, el «tiempo para el bocadillo» genera alguna dificultad cuando se trata de una mera liberalidad concedida por el empresario como costumbre laboral. Semejante conducta empresarial puede ser considerada como condición más beneficiosa cuya alteración futura exigiría la aplicación de lo dispuesto en artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

2. Éste es precisamente el conflicto resuelto por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio del 2017 (Ar. 203372). Tras entregar los representantes de los trabajadores la propuesta de calendario anual en los mismos términos que en años anteriores (total de días laborales, jornada anual, jornada diaria, etc.), la empresa plantea una contrapropuesta no coincidente con la anterior. La principal discrepancia radica en la calificación como tiempo de trabajo efectivo de los quince minutos para el bocadillo en jornada continuada superior a seis horas. Por parte de la empresa, esos quince minutos no se consideran tiempo de trabajo efectivo y, por parte de la representación de los trabajadores, se entienden como trabajo efectivo siete minutos y medio, mientras que los otros siete minutos y medio restantes son a cargo del trabajador y, por tanto, no constituye trabajo efectivo, respetando así lo que venía siendo frecuente en la empresa hasta la fecha. Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, la empresa materializa su propuesta y aplica el calendario fijado unilateralmente.

En suplicación, el Tribunal Superior de Justicia desestima la pretensión de que siete minutos y medio de los quince diarios de descanso para el bocadillo se computen como trabajo efectivo de los trabajadores. Entiende, a estos efectos, que la mera tolerancia por parte de la empresa en los calendarios de los años anteriores de haber seguido la recomendación prevista en el Convenio Colectivo de que ese tiempo de descanso fuera calificado como trabajo efectivo no puede interpretarse como una condición más beneficiosa. Esta última sólo se predica, de hecho, de aquella que se produce por la voluntad empresarial de conceder el beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia. Sin embargo, con este cambio, la empresa no se limita únicamente a dejar de computar dicho periodo como trabajo efectivo —lo que a lo sumo hubiera supuesto una ampliación de la jornada en esos siete minutos y medio—, sino que la empresa, aprovechando la posibilidad de imponer este cambio, modifica el horario de los trabajadores, incrementando el número

de jornadas de trabajo anuales —que pasan de doscientas veinticuatro a doscientas veintiocho, aproximadamente—.

3. En la sentencia de contraste aportada para recurrir en unificación de doctrina, la empresa utilizó como módulo de la jornada diaria realizada por los trabajadores la de ocho horas, sin reparar en que, con ello, estaba computando el tiempo de descanso del bocadillo como tiempo de trabajo efectivo. El resultado fue que el calendario elaborado ofrecía, además de los treinta días de vacaciones anuales previstos en el Convenio Colectivo, unos seis días adicionales de descanso por exceso de jornada. Cuando la empresa repara en su error y aplica el módulo de forma correcta, resultan un menor número de días de vacaciones respecto de los años anteriores.

El tribunal competente estima así que no se trata de una condición más beneficiosa ya que, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no se desprende una voluntad empresarial real y efectiva en su concesión, sino que el hecho de que durante sucesivos años se computase el tiempo de bocadillo como trabajo efectivo había constituido un error de cálculo. Como tal, no cabe derivar de ello la consecuencia necesaria de conceder tal condición para incorporarla de forma permanente al nexo contractual cuando no hay un acto de voluntad constitutivo y expreso de su otorgamiento. Y, comoquiera que no se ha creado condición sustancial de trabajo alguna que se prorrogue año tras año ni se ha generado ninguna situación que requiera modificación, la empresa no ha de seguir el procedimiento legal establecido para la modificación sustancial de condiciones de trabajo para revisar el calendario y fijar uno nuevo para el año siguiente.

4. En el supuesto analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio del 2017 (Ar. 203372), este tribunal parte de un hecho previo que condiciona su decisión. Y es que la sentencia recurrida declara que no puede considerarse una condición más beneficiosa la simple tolerancia, por parte de la empresa, de que en los calendarios de los años anteriores se haya seguido la recomendación prevista en el Convenio Colectivo de considerar como trabajo efectivo siete minutos y medio de los quince previstos para el bocadillo. La naturaleza de condición más beneficiosa sólo se predica de la condición laboral que se produce por la voluntad empresarial de conceder el beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia. Y este dato no ha sido recurrido, sino consentido por las partes, «por lo que hemos de partir del dato de que no constituye condición más beneficiosa el que la empresa viniera tolerando que diariamente se computaran los 7,5 minutos de descanso para el bocadillo como tiempo de trabajo efectivo» (FJ 3).

Sólo estimando dicha premisa como cierta, el tribunal concluye que la empresa puede decidir unilateralmente que dicho descanso deje de ser calificado de tiempo efectivo de trabajo, lo que irremisiblemente acarrea como resultado el que anualmente hayan de realizarse más horas de trabajo efectivo que en años anteriores. Y, si han de efectuarse esas horas adicionales de

trabajo efectivo, necesariamente la empresa ha de proceder a adaptar la distribución de la jornada anual para alcanzar dichas horas, «sin que por lo tanto constituya una modificación sustancial de condiciones de trabajo la mera adaptación de la jornada anual, adaptación que entra dentro del poder de dirección del empresario» (FJ 3), y habrá de fijar un número de días de trabajo al año superior al de años anteriores.

Mas «no es que el empresario haya procedido a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las que disfrutaba el trabajador —de 224,5 días de trabajo a 228,12— sino que las horas anuales de trabajo no se han modificado, simplemente el empresario ha cesado en su “tolerancia” de considerar tiempo de trabajo los 7,5 minutos diarios de descanso para bocadillo, y ha pasado a disponer que no cabe considerarlos tiempo de trabajo» (FJ 3). Al declarar la sentencia recurrida, y consentirlo las partes, que el descanso para el bocadillo no tiene la naturaleza de condición más beneficiosa «los trabajadores no tienen derecho a tener una jornada anual inferior a 1768 horas de trabajo efectivo, por lo que el mero ajuste de la jornada efectuado por el empresario no requiere acudir al procedimiento del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores» (FJ 3). Eso significa que, si la sentencia recurrida hubiera calificado tal descanso de condición más beneficiosa, el empresario no habría podido alterar la calificación de dicho descanso como tiempo no trabajado de forma unilateral y, por ende, no podría haber aumentado los días de trabajo para incorporar ese tiempo no trabajado.

5. En consecuencia, un elemento procesal resulta decisivo en el contenido de este pronunciamiento. En efecto, el recurso de suplicación resuelve, por un lado, que no existe condición más beneficiosa, pero entiende, por otro, que sí se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Al no insistir el recurso de casación para la unificación de doctrina en el primer aspecto y sí en este último, la sentencia analizada utilizará la premisa inicial —no existe condición más beneficiosa— para alcanzar su decisión final —no se requiere instar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo para su alteración—, convirtiendo la voluntad expresa de la empresa en elemento nuclear de su resolución.