

CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO A MEDIA HORA DE DESCANSO EN EL REGIMEN DE JORNADA CONTINUADA DE OCHO HORAS

Artículo 20, párrafo 2.º, de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961, que desarrolla el Decreto de 21 de septiembre de 1960, sobre ordenación del salario:

«Cuando se realice jornada continuada de ocho horas, el trabajador dispondrá de treinta minutos para efectuar la comida, entendiéndose que dicha interrupción forma parte de la jornada, a efectos de la percepción del salario a tiempo.» (Redacción conforme a la Orden ministerial de 13 de diciembre de 1961, *Boletín Oficial del Estado* de 16 de diciembre de 1961.)

1. ENCUADRE SISTEMÁTICO

Se trata, y así se deduce de un análisis sistemático de su contexto legal (1), de una excepción al principio de proporcionalidad entre jornada de trabajo efectiva y salario a tiempo, al igual que aquellas pausas que podríamos denominar extraordinarias, «impuestas por las soluciones de continuidad en el suministro de materias primas o de energía o por cualquier otra circunstancia ajena a la voluntad del trabajador», reguladas en el párrafo 1.º del mismo artículo 20. En ambos casos tales interrupciones quedan incluidas dentro de la jornada de trabajo, presumiéndose como efectivamente trabajadas.

Sin embargo, estas dos pausas poseen una naturaleza diferente. Si bien

(1) En el artículo 19 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961 se lee: «El salario a tiempo se devenga en proporción a la jornada efectiva...», y en el artículo 20: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior se entenderá forma parte de la jornada...», viniendo a constituir, en consecuencia, la excepción a lo afirmado en el artículo anterior.

ambas originan como consecuencia de su realización la interrupción del trabajo efectivo y su presunción como parte integrante de la jornada de trabajo a efectos de la percepción del salario a tiempo, las diferencias son notables: a) Las pausas extraordinarias obligan, en todo caso, al trabajador a ponerse a disposición del empresario («... siempre que éste haya de permanecer en el puesto de trabajo...»), mientras que en las pausas que comentamos no puede siquiera ser exigida esa disposición, constituyendo, en este sentido, verdaderas interrupciones de naturaleza semejante a los permisos retribuidos regulados por el artículo 67 de la ley de Contrato de trabajo («... La exigibilidad de lo establecido al respecto en cuestión, requiere que en esos treinta minutos de interrupción los operarios suspendan su trabajo sin perjuicio de tenerlo por prestado para el cobro del salario...») Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a, de 4 de noviembre de 1968, ref. Ar., 714.) b) A diferencia de las pausas para comer, las pausas extraordinarias no poseen una configuración temporal. Así, en cuanto a su duración, si bien en ambos casos el límite máximo de la interrupción es de media hora, las pausas para comer, en principio, no podrán tener una duración inferior a este período (2), siendo las extraordinarias, por el contrario, indeterminadas. Difieren, también, respecto del momento de su aparición: Mientras que las pausas para comer son, lógicamente, diarias, las extraordinarias son de aparición aleatoria por su propia naturaleza circunstancial.

2. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO. AUTOLIMITACIONES

La consistencia del derecho concedido por el precepto queda, pues, referida a un descanso forzoso de media hora para efectuar la comida, incluyendo tal período a los efectos salariales dentro de la jornada de trabajo.

El propio precepto viene a autolimitarse en cuanto a su esfera de aplica-

(2) El Tribunal Supremo, Sala 4.^a, ha establecido de modo taxativo el principio de la infraccionabilidad de la media hora de descanso forzoso para efectuar la comida, en su sentencia de 18 de octubre de 1967 (ref. ar., 4.566), señalando la improcedencia de pagar veinte minutos y dar diez de descanso, ya que «... la media hora en cuestión es en cuanto a salario y en cuanto a período de descanso una unidad ni disminuíble ni fraccionable...»

No obstante, de una interpretación teleológica del artículo 20 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961 y de la resolución aclaratoria de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de 14 de febrero de 1962 (*Boletín Oficial del Estado* de 19 de febrero de 1962), parece desprenderse la posibilidad de cohonestar de manera flexible la *ratio legis* del precepto (descanso para comer) y las exigencias de la producción o del servicio, disminuyendo la interrupción a conceder, como comprobaremos más adelante.

ción: a) Este derecho afectará tan sólo al régimen de jornada continuada (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 15 de enero de 1970, *Jurisprudencia Social*, núm. 39, pág. 247). Serán jornadas continuadas aquellas en las que el trabajo diario se presta ininterrumpidamente, a diferencia de las jornadas partidas o divididas, en la que la prestación de servicios se realiza en dos períodos separados por una interrupción temporal. Para que pueda calificarse a una jornada como dividida o partida, la interrupción deberá ser, en todo caso, superior a la media hora (3). Sin embargo, aquellas jornadas en las que la interrupción haya quedado reducida a media hora a solicitud de los trabajadores, serán calificadas de jornadas partidas y no de jornadas continuadas (4). b) Este derecho afectará solamente a las jornadas continuadas de ocho horas y no a las de menor duración. Tal es la interpretación que se deriva de la literalidad del precepto que así lo establece, no pareciendo, en este caso, lícito «desnaturalizar el texto claro de una disposición» (5), en aplicación del principio interpretativo pro operario, si bien cabría preguntarse por el fundamento de una tal disposición, ya que las mismas razones asisten a los trabajadores que realizan una jornada de siete horas ininterrumpidas de trabajo, donde un descanso para comer y reponer fuerzas parece igualmente obligado. Aquel fue el criterio interpretativo seguido por la importante resolución aclaratoria de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de 14 de febrero de 1962 (*Boletín Oficial del Estado* de 19 de febrero de 1962) («La interpretación establecida en la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961 afecta tan sólo a las jornadas continuadas de ocho horas»), y posteriormente por la propia Dirección General del Trabajo (resolución de 14 de septiembre de 1966, *Boletín Oficial del Ministerio de Trabajo*, septiembre de 1966, página 1533), y en vía jurisprudencial por la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de septiembre de 1969 (*Jurisprudencia Social*, núm. 36, página 167).

(3) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a, de 4 de noviembre de 1968 (ref. aranzadi, 714). En el mismo sentido la resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de 8 de julio de 1965.

(4) Sentencia del Tribunal Central del Trabajo de 8 no noviembre de 1966 (*Jurisprudencia Social*, núm. 19, pág. 286-287); resolución de la Dirección General del Trabajo de 3 de junio de 1967, *Boletín Oficial del Ministerio de Trabajo*, junio de 1967, página 1116.

(5) DE CASTRO: *Derecho civil de España* (Parte general, I). Madrid, 1955, páginas 521 y 522.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.^a, de 23 de octubre de 1969: «Cuando el sentido literal de la norma resulta claro... debe seguirse la interpretación literal y no la declarativa o correctiva.»

3. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Según la interpretación dada por el Tribunal Supremo, a nuestro juicio correcta por su expansividad, este derecho existe aunque los turnos de trabajo comiencen y acaben fuera de las horas de comida normales (por ejemplo, horarios de seis a catorce o de catorce a veintidós, pudiendo comer y cenar en casa), ya que «el supuesto de que parte dicho precepto (artículo 20 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961) es el de que la jornada sea continuada de ocho horas, sin parar mientes, en cambio, en cuál sea el horario de inicio y terminación de la misma... y constituye una simple concesión de naturaleza puramente humana, exclusivamente referida a que, con su disfrute, se logre compaginar el esfuerzo continuado de ocho horas de labor con la necesidad fisiológica de, al menos, una comida intercalada» (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 9 de marzo de 1968, ref. ar., 3.457.)

4. «RATIO LEGIS» DEL PRECEPTO. CONSECUENCIAS

La *ratio legis* del precepto persigue, sin duda, la concesión de uno de los llamados «derechos físicos», nacido con la concreta pretensión de «facilitar al trabajador el tiempo necesario para la comida y para que pueda efectuarla en las debidas condiciones de seguridad e higiene» (resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de 30 de enero de 1965). Esta tesis ha sido mantenida reiteradamente por parte de la jurisprudencia (6).

Sobre esta base parece obvio que en determinadas circunstancias en las que el espíritu de la ley puede cumplirse —exista la posibilidad de efectuar la comida en las debidas condiciones de seguridad e higiene—, no sea necesario el aplicar la norma en su literalidad. Así vendría a ocurrir en los casos siguientes:

- a) Cuando por la especial naturaleza del trabajo no se haga necesario conceder un espacio concreto de tiempo para las comidas, pudiéndose cumplir tal finalidad en cualquier momento de la jornada. Este es el caso de los trabajos de vigilancia y cutodia, y así ha sido reconocido por las sentencias del Tribunal Central de Trabajo de

(6) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 9 de marzo de 1967 (ref. ar., 3.457), y dirección lineal en este sentido del Tribunal Central de Trabajo, ver, por todas, la de 3 de octubre de 1970 (*Jurisprudencia Social*, núm. 42, pág. 206).

22 de marzo de 1967 (*Jurisprudencia Social*, núm. 22, pág. 320) y de 22 de octubre de 1968 (*Jurisprudencia Social*, núm. 30, pág. 295), referidas ambas al trabajo de los guardas jurados.

b) Cuando, si bien la naturaleza del trabajo no garantiza por sí sola el cumplimiento del fin, la organización del mismo en la Empresa facilita tal posibilidad. Este sería el caso de la existencia de interrupciones naturales extraordinarias que permitiera a los trabajadores realizar la comida en ese tiempo (7). No obstante, en estos supuestos deberá garantizarse a los trabajadores, en todo caso, la media hora para comida concedida en la Orden ministerial de 1961, no pudiéndose permitir ni la existencia aleatoria de tal descanso (situaciones en las que las interrupciones no se produjesen «naturalmente» a diario), ni tampoco la arbitraria fijación del descanso en función de las interrupciones que pudieran presentarse. En otras palabras, en tales casos, lo único que cabe es amoldar, en la medida de lo posible, y con las limitaciones expuestas, el descanso para comer a las interrupciones que por razones organizativas aparezcan periódica y sistemáticamente en el trabajo de una Empresa.

5. FACULTADES DEL EMPRESARIO

En cuanto a la fijación concreta de la media hora de descanso forzoso dentro de la jornada, tal facultad corresponderá en nuestro Derecho, en principio, al empresario, en virtud del poder de organización práctica del trabajo establecido en Reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos, ajustándose en cada caso a las necesidades organizativas peculiares de la Empresa (estableciendo turnos, por ejemplo, para su disfrute, para poder mantener la continuidad en la medida de lo posible).

No obstante, existirá, en todo caso, el límite de la naturaleza del descanso. se trata de un descanso para realizar la comida. por lo que no se podrá establecer éste al final o al principio de la jornada o en horas que claramente no se correspondan con las acostumbradas para las comidas, aunque, quepa, natu-

(7) En este sentido la resolución de la Dirección General de la Ordenación del Trabajo de 30 de enero de 1965 señaló: «... Cuando, como sucede en el presente caso, la jornada que de hecho cumplen los reclamantes queda disminuída en más de la media hora por averías e interrupciones que permitan a los trabajadores realizar libremente la comida, no hay lugar a la reducción que solicitan en base a las disposiciones citadas.»

ralmente, sobre este punto, una cierta flexibilidad que llega, como veremos más tarde, a permitir, en determinados casos, la supresión de tal descanso por razones plenamente justificadas por parte del empresario.

6. NATURALEZA INDISPONIBLE

Se trata de un derecho laboral indisponible para el trabajador que nace de una norma inderogable. Las disposiciones legales que regulan los derechos físicos del trabajador profesional surgen con una vocación imperativa constituyente de un doble límite: del poder organizativo y directivo del empresario y de la autonomía contractual de las partes. Si se dejase tal regulación a la libre autonomía de las partes —bien colectiva (a través del convenio colectivo), bien individual (a través del contrato individual de trabajo)—, muy posiblemente éstas incurrieran en valoraciones de los intereses inmediatos (reducción de costes para el empleador; necesidades económicas para el trabajador) en detrimento de los intereses mediatos o futuros (fines considerados básicos de defensa y tutela física y moral de la clase trabajadora) (8). Es por ello que no podrá ser incumplido mediante pacto de las partes ni peyorativo ni compensatorio, ni individual (9) ni colectivo (10).

No cabrá pacto de compensación de tal derecho por una cantidad en metálico (promesa de trabajar durante esas medias horas de descanso a cambio de que éstas sean pagadas como extraordinarias, con doble salario u otra indemnización cualquiera) ni tampoco con otras condiciones de distinta naturaleza mejoradas (por ejemplo, mediante el establecimiento de la semana inglesa sin recuperación o la disminución de la jornada de los sábados), ya que la finalidad de la norma es muy otra (el descanso para comer digna y reposadamente).

Para controlar estos pactos *contra-legem* en orden a establecer su nulidad, bastará con la no aprobación del convenio colectivo por parte de la autoridad

(8) «Ove tale determinazione fosse demandata in toto alla autonomia delle parti, indubbiamente la durata del lavoro risulterebbe fissata nella misura piú ampia possibile, che, mentre consentirebbe al datore di lavoro di aumentare la produzione riducendo i costi relativi, porrebbe al tempo stesso il lavoratore in condizione di conseguire un maggiore guadagno.» LEVI SANDRI: *Istituzioni di legislazione sociale*, Milán, 1966, página 127.

(9) Vid. art. 9.º, 2.º, de la ley de Contrato de trabajo.

(10) Vid. art. 3.º, *in fine*, de la ley de Convenios colectivos sindicales de 24 de abril de 1958, y artículo 3.º del Reglamento aprobado por Orden ministerial de 22 de julio de 1958.

laboral mediante declaración de ineficacia parcial por defectos subsanables, con reposición del convenio al estado de deliberación (11), en el supuesto de incluirse como cláusulas del mismo. En el caso de tratarse de pactos individuales, el control se ejercerá por la Inspección de Trabajo respecto de los horarios de la Empresa, donde deberán constar tales descansos para comer (12), constituyendo tal autorización una garantía de que los horarios se ajustan a las disposiciones legales y entre ellas a lo establecido en el artículo 20 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961.

Se pretende con ello luchar contra la monetización de la salud y evitar la «compraventa» de los derechos físicos de los trabajadores, fenómeno, éste, que aparece en todos los órdenes a que se refieren aquéllos. En el orden de lo ilícito: el mercado negro de las vacaciones, el recurso a las horas extraordinarias por encima de las permitidas legalmente, la compra del día semanal de descanso obligatorio. En el orden de lo admisible jurídicamente: el recurso al pluriempleo, el establecimiento de sistemas de incentivación económica con aumentos del rendimiento mínimo-medio a través de los convenios colectivos, con la consiguiente erosión del salario a tiempo.

La presencia de estos pactos —lícitos unos, ilícitos otros—, en la vida laboral, que de algún modo reducen las posibilidades reales de ocio y descanso de los trabajadores, obedece, sin duda, a aquel desequilibrio de fuerzas económicas existente entre empresario y trabajadores, que Giugni (13) calificaba de «inmanente» en la relación de trabajo. Esta desigualdad se manifiesta, unas veces, descaradamente, mediante situaciones de coacción moral provocadas por el propio empresario (propuesta empresarial y aceptación del trabajador forzada por los fantasmas del despido y el paro) contra la que, si bien difícilmente, podría combatirse jurídicamente, aunque las más de las veces la coacción consista en la simple necesidad del trabajador provocada por su escaso poder adquisitivo, contra la que el derecho es perfectamente inútil.

(11) Art. 13 de la ley de Convenios colectivos sindicales citada, y artículo 20, 2.º, b), del Reglamento citado.

(12) Artículo 16 de la ley de Jornada máxima de 1 de julio de 1931; Orden de 15 de diciembre de 1944 (*Boletín Oficial del Estado* de 20 de diciembre de 1944) acalratoria del artículo 16 antecitado: «... siempre que se trate de establecer un horario de trabajo en cualquier Centro laboral o de modificar el ya establecido, deberán las Empresas recabar la autorización previa de la Inspección de Trabajo.»

(13) G. GIUGNI: «Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: Riesame critico», en *Il diritto del lavoro*, enero-febrero 1970, pág. 4.

7. RESOLUCIÓN INTERPRETATIVA DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE ORDENACIÓN DEL TRABAJO DE 14 DE FEBRERO DE 1962

La Dirección General de Ordenación del Trabajo, usando de la expresa delegación encomendada en el artículo 42 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961, para dictar «todas aquellas normas que sean convenientes para interpretar y desarrollar lo que dispone la presente Orden», ha realizado una interpretación restrictiva del precepto a través de la resolución de 14 de febrero de 1962 (*Boletín Oficial del Estado* de 19 de febrero de 1962) (14).

Respecto de la legalidad de tal resolución cabría plantear, al menos, algunas dudas, ya que, como ha puesto de relieve la doctrina (15), las normas aclaratorias no podrán nunca alterar la voluntad declarada sino simplemente corregir la voluntad expresada, so pena de convertir la aclaración en derogación, que supondría un efectivo ataque al principio de jerarquía normativa. En el caso presente, la resolución transcrita realiza una restricción tal del sentido de la norma que aclara que muy bien podría afirmarse que se trata no de una norma aclaratoria sino innovativa, que partiendo del presupuesto del carácter incompleto del contenido de la decisión establecida en el artículo 20 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961, subordina el derecho de «todo trabajador que realice jornada continuada de ocho horas» a las necesidades técnicas y organizativas de la Empresa. Parece, así, transgredir la primitiva voluntad del que estableció el precepto por la vía del establecimiento de excepciones, que, como veremos más adelante, posibilitan exageradamente la no concesión o la disminución del derecho al descanso (16).

En todo caso, la distinción entre lo que es propiamente interpretación y lo que supone creación de derecho nuevo resulta enormemente ambigua, debido a la existencia de una gran confusión legal respecto de la naturaleza de

(14) 2.º: «Si por razones técnicas o de otra naturaleza, pero siempre plenamente justificables de la imposibilidad, la Empresa no concediese la interrupción o suprimiese o disminuyese la establecida, contra su decisión, a falta de acuerdo con la representación legal de los trabajadores, éstos tendrán el correspondiente recurso ante la autoridad laboral.»

(15) VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo (Introducción y teoría de las normas)*, Madrid, 1968, pág. 600.

(16) En sentido contrario al expresado, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 20 de junio de 1967 (ref. ar., 4.015), afirmando que «... la resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de 14 de febrero de 1962.... a cuyo Centro directivo encargó explícitamente el artículo 42 de la citada Orden de 8 de mayo de 1961 dar las normas convenientes a la interpretación y desarrollo de aquélla, con lo que reviste este indudable carácter aplicativo la resolución aludida de 14 de febrero de 1962...»

las disposiciones aclaratorias, quizá, como señala Villar Palasí (17), por la ausencia de un criterio normativo concreto o al menos de una jurisprudencia uniforme. En último término, aquellas disposiciones interpretativas que abiertamente alteren o modifiquen el claro texto de la disposición aclarada, no podrán influir ni vincular a los Tribunales en orden a su interpretación (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1962 y de 3 de octubre de 1963) (18). Quede, pues, el problema tan sólo planteado.

8. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO. RAZONES

En esta resolución se establece la posibilidad de exonerar al empresario de la concesión del derecho al descanso por unas señaladas razones y con arreglo a un procedimiento determinado:

A) Cuando no concediese la interrupción o suprimiera o disminuyese la establecida «por razones técnicas o de otra naturaleza, pero siempre plenamente justificables de la imposibilidad», que exijan la continuidad del servicio.

Esta excepción resulta ampliamente criticable, no ya solamente por la dudosa existencia legal de la resolución que la establece, sino, sobre todo, por la generalidad de su fórmula y la falta de concreta especificación.

Esta restrictiva interpretación está lógicamente inspirada en el que la doctrina (19) ha denominado principio del rendimiento, es decir, en beneficio de la función de dirección y organización empresarial, de la productividad de la Empresa y en interés de la producción general.

La aplicación de esta excepción debe hacerse restrictivamente a los supuestos de verdadera y probada necesidad del servicio, no pudiendo admitirse por simple «conveniencia de la Empresa» (20).

(17) VILLAR PALASÍ, Op. cit., pág. 601.

(18) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a, de 3 de octubre de 1963: «Son precisamente los Tribunales a los que con arreglo a los preceptos de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia, está atribuida especial y concretamente la interpretación de la ley en los casos sometidos a su jurisdicción.»

(19) Vid. BORRAJO DACRUZ: *Introducción al Derecho español del trabajo*, 3.^a edición, 1971, págs. 422 y sigs.

(20) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a, 4 de noviembre de 1967 (referencia aranzadi, 3.457: «... Lo normal está en conceder los treinta minutos dichos para la comida, mientras que la excepción a esta regla general, como toda otra aplicación ex-

Por otra parte, además, del juego de la finalidad del precepto y las exigencias de continuidad de la Empresa, se derivará necesariamente una cierta flexibilidad en la apreciación de la excepción, posibilitando, aun en los casos de exigencias justificables de necesaria continuidad, bien la fraccionabilidad de la media hora de descanso (pese a la contraria interpretación del Tribunal Supremo) (21), bien el establecimiento de turnos entre los trabajadores para que puedan disfrutarlo, o la concesión del descanso en aquellos puestos de trabajo respecto de los que la continuidad no resultase imprescindible. En último término, la *ratio legis* deberá actuar sirviendo de límite a las propias exigencias técnicas u organizativas de la Empresa, en el sentido dado por la resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de 18 de marzo de 1965: «Aún reconociendo que por exigencias técnicas no cabe interrumpir la marcha de la producción, debe concederse a los trabajadores la media hora de descanso establecida en el artículo 20 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961, para efectuar su comida en locales separados de las instalaciones productivas, cuando el realizarlas en estas representase un peligro para la vida y salud de los trabajadores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 del Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 31 de enero de 1940 (22) bien que al mismo tiempo se reconozca el derecho de la empresa a reorganizar el régimen de trabajo necesario para la continuidad de la producción», siendo, pues, la posibilidad de realizar la comida en el propio puesto de trabajo condición previa para el juego de la excepción descrita.

9. PROCEDIMIENTO

B) El procedimiento establecido en la resolución viene a ser el siguiente: Podrá jugar la excepción por los motivos anteriormente señalados: 1.º Cuando haya mutuo acuerdo entre la Empresa y la representación legal de los tra-

ceptuada, debe ser necesariamente de naturaleza restringida, y siempre limitada a los verdaderos casos de entera justificación.»

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 21 de octubre de 1965 (ref. ar., 4.800): «El artículo 20 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961... otorga un derecho a los trabajadores sujetos a la jornada continuada de ocho horas del que no puede privárseles por meras conveniencias de la Empresa, lógicamente interesada en que no se eleve el coste del servicio...»

(21) Vid. sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 18 de octubre de 1967 (referencia aranzadi, 4.566), anteriormente comentada.

(22) Artículos 138.7 y 139.3, b), de la vigente Ordenanza general de Seguridad e Higiene en el trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971 (*Boletín Oficial del Estado* de 16 de marzo de 1971).

bajadores. Este acuerdo será expreso cuando existiese un pacto entre Empresa y representación legal de los trabajadores en tal sentido (la aceptación de los horarios establecidos por la Empresa, o el informe favorable al Reglamento de Régimen Interior por parte del Jurado de Empresa). Podrá ser, igualmente, tácito, si no concedida, suprimida o disminuída la interrupción por parte de la Empresa, no existiese manifestación alguna de desacuerdo por parte de los trabajadores, bien por ignorancia del derecho que les corresponde, bien por aceptación de la medida empresarial. 2.º Cuando no existiese acuerdo entre la Empresa y la representación legal de los trabajadores y previo recurso de ésta ante la autoridad laboral, autorizase esta última a eludir el referido descanso (23).

Este procedimiento resulta altamente criticable, pues de su dicción literal surgen algunos problemas que no resuelve y que habrá que solucionar en conexión con otros preceptos por vía de una interpretación sistemática: a) En primer lugar, la decisión sobre la existencia o no de causas justificables, se deja, en principio, en manos del empresario, a salvo los posibles desacuerdos por parte de los trabajadores, sin que parezca admitirse la apreciación de oficio de la autoridad laboral, lo que posibilita el no disfrute del derecho en casos en que no existe motivo suficiente (por ejemplo, por ignorancia del trabajador) (24). b) En segundo lugar, la posibilidad arbitrada en la resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de un acuerdo entre la Empresa y la representación legal de los trabajadores, puede ser la vía para el establecimiento de pactos colectivos informales (distintos de los convenios colectivos sindicales de Empresa) peyorativos y compensatorios que de hecho vulneren el espíritu imperativo del precepto en cuestión, ya que, de existir acuerdo, éste será suficiente, según el tenor literal de la disposición aclaratoria, para que sea justificada la supresión, no concesión o disminución del derecho, sin

(23) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 9 de marzo de 1967 (referencia aranzadi, 3.457): «... Haya cabal acuerdo entre la Empresa y la representación de los trabajadores, de tal forma que, de no mediar tal acuerdo para establecer (la excepción) su única viabilidad legal está en que la conceda la autoridad laboral respectiva mediante el conocimiento del correspondiente recurso, "pudiendo la autoridad estimarlo o desestimarlo por justificado o injustificado".»

(24) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 20 de junio de 1967 (ref. ar., 4.015): «El número 2.º de la resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo, de 14 de febrero de 1962, contempla el supuesto de que por razones técnicas, o de otra naturaleza plenamente justificables de la Empresa, a cuyo criterio de motivación se deja la medida, en principio no concediese la interrupción de la jornada, y lo único que manda entonces que si no hubiese acuerdo de los trabajadores pueda su representación acudir a la autoridad laboral —y aquí no consta que acudieran—, luego admite que por motivos acreditados y sin reclamación sobre ellos puede eludirse.

que quepa la posibilidad de una intervención de oficio por parte de la autoridad laboral para garantizar que tales acuerdos se ajusten a las disposiciones vigentes.

Es, por todo ello, que pensamos que, aunque no se deduzca de la literalidad de la resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo, la autoridad laboral no puede reducir su papel al de simple árbitro en el caso de recurso por parte de la representación legal de los trabajadores, como parece deducirse del texto de la resolución, sino que podrá y deberá actuar de oficio, bien mediante visita practicada al efecto por la Inspección de Trabajo, bien en el momento de aprobación del horario de trabajo de la Empresa.

La autoridad laboral podrá, así: 1.º Resolver de oficio, en caso de inexistencia de acuerdo al respecto entre las partes sobre disfrute del descanso, estableciendo su obligatoriedad e imponiendo la correspondiente sanción al empresario infractor. 2.º Resolver, en sentido contrario al acuerdo —aunque quedara demostrada su existencia anterior— en el caso de plantearse recurso por los trabajadores en fecha posterior y no existir, a su juicio, causa justificable de su no disfrute. 3.º Anular el acuerdo de oficio cuando, sin existir reclamación, la situación de la Empresa, a juicio de la autoridad laboral, no justificara plenamente la excepción.

10. ¿«IUS RESISTENTIAE» DE LOS TRABAJADORES?

¿Podrán los trabajadores negarse a trabajar durante esa media hora cuando, sin haber llegado a un acuerdo, no se haya aún resuelto el recurso interpuesto ante la autoridad laboral? ¿Cabe, en estos casos, la configuración de un *ius resistentiae* en favor de los trabajadores?

Sobre este particular, la jurisprudencia, en casos semejantes de desobediencia del trabajador, se ha manifestado a favor del principio de autoridad del empresario, estableciendo una presunción *iuris tantum* de legitimidad de la decisión del empleador, y exigiendo del trabajador primero el cumplimiento y después la reclamación (25). La doctrina (26), por el contrario, se manifestó a favor de atemperar este riguroso criterio jurisprudencial.

En el caso analizado cabría admitir un *ius resistentiae* si el comer a pie de máquina resultase atentatorio de la salud o vida del trabajador (piénsese

(25) RODRÍGUEZ PIÑERO: *Apuntes de cátedra*, Sevilla, pág. 169; MONTAYA MELGAR: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1965, pág. 252.

(26) Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, apuntes cit., pág. 169; MONTAYA MELGAR, *Op. cit.*, páginas 245 y sigs.

en supuestos de trabajos con riesgos especiales: sustancias irritantes, tóxicas o infecciosas, productos animales o vegetales, etc., regulados por los artículos 133 y siguientes de la vigente ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo, aprobada por Orden de 9 de mayo de 1971 (*Boletín Oficial del Estado* de 16 de marzo de 1971). Mientras que en los trabajos normales se impondrá la obediencia, en tanto no se conozca la resolución de la autoridad laboral.

Naturalmente, si el empresario se negara a conceder el descanso, aun después de conocida la resolución favorable a los trabajadores, éstos, con pleno derecho, podrán negarse a trabajar durante los treinta minutos de la jornada que aquélla señala.

11. PROBLEMAS DE RETRIBUCIÓN

En cuanto a la retribución de estas medias horas de descanso para comer, será preciso distinguir previamente una gama de situaciones posibles:

1.ª En caso de haberse disfrutado realmente el descanso, se deberá retribuir a prorrata del jornal a tiempo, ya que «dicha interrupción forma parte de la jornada a efectos de la percepción del salario a tiempo», como señala el propio artículo 19 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961 (27).

2.ª En caso de no haberse disfrutado, pueden concurrir varias circunstancias:

a) Que no se haya disfrutado por causas justificadas. Jugará, entonces, la excepción prevista en la resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de 14 de febrero de 1962, al existir «causas plenamente justificables de la imposibilidad» de discontinuidad en el servicio, a juicio, en último término, como quedó ya dicho, de la autoridad laboral.

En esta situación se procederá a abonar su importe, como en el caso anterior, a prorrata del jornal ordinario a tiempo. Esta ha sido la interpretación

(27) En este sentido la resolución de la Dirección General del Trabajo de 18 de enero de 1968 (ref. ar., 479): «Los treinta minutos de descanso en el régimen de jornada continuada de la Empresa... deben valorarse a efectos retributivos, de acuerdo con los jornales de calificación incrementados con los aumentos por año de servicio..., la media hora de descanso en la jornada continuada no debe ser objeto de remuneración independiente, sino que debe computarse como parte de la jornada para la percepción del salario a tiempo, de tal forma que el trabajador perciba el jornal a tiempo correspondiente a ocho horas, aunque trabaje, efectivamente, siete horas y media y descanse media hora.»

oficial dada por la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo y de la Dirección General de Trabajo (28).

Sin embargo, esta solución, legalmente impecable, se nos aparece como criticable por ser contradictoria con toda una política legislativa desarrollada en nuestro Derecho en materia de descansos y derechos físicos del trabajador profesional. En todos aquellos supuestos en que legalmente se ha configurado una excepción a la aplicación de derechos concedidos en esta materia, por razones paralelas a la argüida en este caso por la resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo (29), se ha establecido siempre el derecho a una compensación en metálico (30).

Estimamos por ello —desde un plano de *lege ferenda*, de imposible defensa jurídica a la vista del texto legal— que, a las partes de mutuo acuerdo o a la autoridad laboral en su caso, correspondería el establecimiento de una compensación adecuada al no disfrute de tal descanso por las razones justificativas anteriormente señaladas, ya que lo que postulan tales causas es la continuidad del trabajo pero no la necesaria reducción de los costes del mismo.

b) Que no se haya disfrutado del descanso sin existir una causa justifica-

(28) Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 21 de octubre de 1969 (*Jurisprudencia Social*, núm. 36, págs. 227 y 228): «... La reclamación por horas extras no puede prosperar... (ya que dada la naturaleza del trabajo realizado por los actores, fue autorizada la Empresa por los organismos laborales competentes, a no conceder más que descanso para comer a pie de máquina, abonándoles la media hora no descansada a prorrata entre las normales trabajadas.» En idéntico sentido la resolución de la Dirección General del Trabajo de 9 de noviembre de 1966. (*Boletín Oficial del Ministerio de Trabajo*, 1966, pág. 1958.)

(29) «Atender a casos de urgente necesidad», en las horas extraordinarias (artículo 4.º de la ley de Jornada máxima); épocas especiales en la agricultura («faenas de recolección y sementera, acarreo de simientes y de las mieses en las épocas respectivas de aquéllas») relativas a jornadas de trabajo ampliadas (artículo 33 de la ley de Jornada máxima); «industrias que por sus condiciones especiales o causas fortuitas no pueden prosperar en régimen de descanso» (art. 17 del Reglamento de la ley de Descanso dominical, aprobado por Decreto de 25 de enero de 1941) y aquellos casos especiales de necesidad de trabajar en domingo (art. 5.º de la ley de Descanso dominical de 13 de julio de 1940 y arts. 12 a 16 del Reglamento de descanso dominical, cit.); circunstancias económicas extraordinarias, respecto de la ley general de autorización de la compensación de las vacaciones, de 21 de septiembre de 1942. (Ver, en materia de vacaciones, GARCÍA NINET: «La prohibición de compensación a metálico de las vacaciones», en *Actas III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, vol. II, Sevilla, 1971.)

(30) En el caso de las horas extraordinarias (art. 6.º de la ley de Jornada máxima); en caso de jornadas ampliadas (art. 23, LJM, 2.º párrafo); en las excepciones al descanso dominical (art. 17, RDD, para las excepciones transitorias u ocasionales, y el artículo 53, RDD, para las excepciones relativas); en el caso de las vacaciones compensadas (ley general citada de 21 de septiembre de 1942).

da para ello, sino la simple conveniencia de la Empresa. Aún pueden contemplarse dentro de él dos puestos distintos: 1. La existencia de connivencia entre empresario y trabajadores (típico pacto compensatorio por el que la Empresa se compromete a pagar por tales descansos no disfrutados un importe superior al normal. Tales pactos, de llegar a descubrirse, serían nulos por atentar contra normas imperativas de rango jerárquico superior). 2. Inexistencia de connivencia entre las partes (caso de ignorancia del trabajador a tal derecho al descanso y no concesión del empresario) (31). Si bien, como ya vimos, la Inspección del Trabajo está autorizada para establecerlo de oficio en ambos casos, quedan planteados los efectos económicos del tiempo transcurrido sin efectivo disfrute.

La solución arbitrada por la jurisprudencia reiterada y prevalente del Tribunal Central de Trabajo (32) ha sido la siguiente:

1.º El derecho establecido por el artículo 20 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961 es un derecho de naturaleza física, cuya *ratio legis* no es disminuir la jornada laboral sino facilitar el descanso para comer («... No pretendió el legislador una mejora económica ni una reducción de jornada, sino un descanso compensatorio en las jornadas continuadas suficiente para la atención de las necesidades fisiológicas del trabajador de reparación de fuerzas...» Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 3 de noviembre de 1969, *Jurisprudencia Social*, núm. 37, pág. 255.)

2.º Se trata de un derecho de naturaleza semejante al descanso vacacional («... El fin de los supuestos que norman los dos preceptos son idénticos, el

(31) La dificultad real de conocimiento de una norma sobre descansos y jornada, que se encuentra «sistemáticamente escondida» en un precepto que regula los salarios (Orden ministerial de 8 de mayo de 1961), hace conveniente que por la vía de las Reglamentaciones de Trabajo y de los Reglamentos de Régimen Interior, se repitiera su contenido normativo. Así, ha ocurrido en algunas Reglamentaciones (por ejemplo, el artículo 51 de la Ordenanza de Trabajo para la Industria Siderometalúrgica de 29 de julio de 1970; el art. 60 de la Reglamentación Nacional del Trabajo para los ferrocarriles de uso público no integrados en la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles de 24 de abril de 1971) pero no en tantas como sería deseable.

(32) Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 22-10-1966 (J. S., núm. 19, página 285); 22-3-1967 (J. S., núm. 22, pág. 320); 27-1-1968 (J. S., núm. 27, págs. 296-297); 9-2-1968 (J. S., núm. 27, págs. 295-296); 12-3-1968 (J. S., núm. 28, pág. 299); 18-3-1968 (J. S., núm. 28, pág. 298); 25-3-1968 (J. S., núm. 28, pág. 300); 1-4-1968 (J. S., núm. 28, página 301); 8-10-1968 (J. S., núm. 30, págs. 297-298); 17-10-1968 (J. S., núm. 30, pág. 296); 22-10-1968 (J. S., núm. 30, pág. 295); 14-11-1968 (J. S., núm. 31, pág. 298); 14-3-1969 (J. S., núm. 34, págs. 265-266); 21-6-1969 (J. S., núm. 35, págs. 255-256); 25-9-1969 (J. S., núm. 36, pág. 167); 3-11-1969 (J. S., núm. 37, pág. 255); 24-4-1970 (J. S., núm. 40, página 233); 17-1-1970 (J. S., núm. 41, pág. 223); 3-10-1970 (J. S., núm. 42, pág. 206).

descanso de la media hora para comer, a los trabajadores que realizan la jornada continuada diaria, y el descanso vacacional, a los trabajadores que realizan la jornada anual o en parte, y el descanso tanto uno como otro obedecen a una necesidad fisiológica que no puede ser compensada por una salario mayor...» Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 1 de julio de 1970, *Jurisprudencia Social*, núm. 41, pág. 223).

3.º En consecuencia, no cabrá la compensación en metálico de tales períodos no disfrutados injustificadamente como supuesto aumento de jornada, ni la reclamación consiguiente por horas extraordinarias, «considerando extraordinario dicho período de tiempo y por cada una de las jornadas en que no les fue concedido» (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 1 de abril de 1968, *Jurisprudencia Social*, núm. 28, pág. 301.)

Se aplicará, por el contrario, «el criterio seguido por la ley con el descanso vacacional, que, dada su finalidad, no puede, en términos generales, compensarse con un mayor jornal» (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 12 de marzo de 1968, *Jurisprudencia Social*, núm. 28, pág. 299), debiendo retribuirse tales períodos a prorrata del jornal ordinario a tiempo, como si se hubiesen disfrutado (resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de 16 de octubre de 1965, *Boletín Oficial del Ministerio de Trabajo*, octubre de 1965, pág. 1207).

4.º El derecho se reduce a «exigir de la Empresa el establecimiento de dicha media hora (para el futuro), y si no la verifica, acudir a la Delegación Provincial de Trabajo para que obligue y sancione con multas a las Empresas que no cumplen con lo dispuesto en los preceptos infringidos» (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 17 de octubre de 1968, *Jurisprudencia Social*, número 30, pág. 296).

12. ANÁLISIS CRÍTICOS

Analicemos, a continuación, críticamente estas afirmaciones y conclusiones jurisprudenciales. Si bien estamos de acuerdo con las premisas (a), la *ratio legis* es la de facilitar el descanso y no la de reducir la jornada, y (b) se trata de un derecho semejante al descanso vacacional, no se puede, sin embargo, concluir del mismo modo respecto de la configuración del derecho al descanso, debiendo hacer una serie de consideraciones.

En primer lugar, la configuración hecha por la jurisprudencia en caso de no disfrute del descanso, en el sentido de imposibilidad de una compensación en metálico y sola accionabilidad cerca de la autoridad laboral en orden a la exigencia de su cumplimiento futuro, conduce a resultados prácticos vejato-

rios para el trabajador desde el plano de la justicia conmutativa, en cuanto ataca el principio de conmutatividad del comercio jurídico, que constituye uno de los principios del orden público económico de obligado reconocimiento (33), tan cercano, por otra parte, a nuestro Derecho positivo laboral (34), ya que la causa del contrato de trabajo no es otra que el cambio entre trabajo y retribución, siendo el contrato de trabajo, antes que otra cosa, un contrato oneroso de cambio con prestaciones recíprocas y sinalagmáticas (35).

Si bien resulta clara la imposibilidad de establecer *a priori* un pacto *compensatorio* (sea individual o colectivo) de este derecho al descanso, no obstante, una vez consumado *a posteriori* su incumplimiento, el trabajador deberá tener derecho a una compensación so pena de originar un enriquecimiento injusto o sin causa en el patrimonio del empresario (36).

La doctrina científica (37) y la jurisprudencia (38) establecen como presupuestos necesarios del enriquecimiento injusto los siguientes: a) El enriquecimiento del demandado. b) El correlativo empobrecimiento del actor. c) La falta de causas justificativa del enriquecimiento.

En efecto, estos tres presupuestos se dan cita en la situación contemplada de no disfrute injustificado del derecho al descanso para comer en el régimen de jornada continuada de ocho horas. El empresario, en primer lugar, verifica en su patrimonio un efectivo enriquecimiento configurable más como un enriquecimiento negativo (*damnum cessans*) que positivo (*lucrum emergens*), consistente en una no disminución del patrimonio (no disminuye la producción en el equivalente al total de medias horas trabajadas y no disfrutadas, con el consiguiente mantenimiento de los costes). En segundo lugar, este enriquecimiento del empresario viene a producirse precisamente a costa de los descansos no disfrutados del trabajador, produciendo un empobrecimiento en el

(33) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, página 45.

(34) Vid. artículos 3.º, 37 y 55 de la ley de Contrato de trabajo; artículo 3.º del Decreto de salarios de 21 de septiembre de 1960; artículo 19 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961, entre otros muchos.

(35) SANTORO PASSARELLI: *Nozioni di diritto del lavoro*, Nápoles, 1967, pág. 131.

(36) En el mismo sentido, JOAQUÍN GALÁN: «Notas a la jurisprudencia (jornada continuada: Finalidad del descanso a media jornada)», en REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, número 93.

DÍEZ PICAZO, Op. cit., pág. 73: «Todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en una causa o razón de ser que el ordenamiento jurídico considere como justa.»

(37) Ver DÍEZ PICAZO, Op. cit., págs. 77 y sigs.

(38) Ver, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1968 (referencia aranzadi, 5.505).

mismo, que debe ser entendido también negativamente (ganará lo mismo por ocho horas de trabajo ininterrumpido que si hubiese trabajado siete horas y media y descansado media más), dándose de este modo una relación directa entre el enriquecimiento del empresario y el empobrecimiento del trabajador. Y, por último, tal enriquecimiento nace sin una causa que lo justifique, en virtud de una causa ilícita, cual supone el incumplimiento del artículo 20 de la Orden ministerial de 8 de mayo de 1961, que postula el derecho al descanso.

La única dificultad que, a mi juicio, podría plantear una tal configuración, sería la referente a la posibilidad de exclusión de tal acción por enriquecimiento injusto —en caso de existir pacto compensatorio previo incumplido posteriormente o declarado nudo—, por ser imputable de alguna manera tal enriquecimiento al trabajador, ya que derivaría de un acto ilícito del mismo (39), puesto que el pacto compensatorio resulta imputable jurídicamente por igual tanto al empresario como al trabajador.

Sin embargo, en este punto, el Derecho del trabajo debe separarse del Derecho común para ser consecuente con la concepción que se encuentra en su base: «El tratamiento jurídico desigual de situaciones sociales desiguales.» Jurídicamente, entonces, no podrá tener igual responsabilidad el empresario pactante y los trabajadores, debido a la ínsita desigualdad existente en el contrato de trabajo entre las partes. Por ello, habrá que concluir que, incluso en estos casos, el enriquecimiento nace de un acto ilícito en el que la parte laboral no ha participado responsablemente, resultando de tal argumento el derecho de los trabajadores afectados por esta situación a la acción o pretensión de enriquecimiento.

Por otra parte, esta «acción no tiene por objeto la restitución o reparación de las cosas salidas del patrimonio del demandante, sino que es una acción dirigida a la reintegración del equivalente. Es, pues, una acción de reembolso que busca una condena pecuniaria» (40).

Habría que preguntarse, entonces, por el concreto medio de fijación del equivalente pecuniario. Ello será problemático, ya que, en buena lógica, el resarcimiento debería corresponderse íntegramente con el enriquecimiento producido en el patrimonio del empresario, que siempre será superior al valor de las horas extraordinarias. Pero ante la dificultad de medir con una concreción absoluta el enriquecimiento, deberá operarse por vía de índices, entre los cuales podría ser el más aceptable el de retribuir tales medias horas como extraordinarias.

Por otra parte, la comparación analógica con el régimen jurídico de las

(39) DÍEZ PICAZO, Op. cit., pág. 80.

(40) DÍEZ PICAZO, Op. cit., pág. 81.

vacaciones anuales establecido en el artículo 35 de la ley de Contrato de trabajo, no parece afortunada por dos razones: En primer lugar —incluso este régimen especial y restrictivo supone respecto de las vacaciones unos resultados prácticos menos depresivos para los trabajadores que los que resultan de su aplicación a los descansos para comer—, por la misma naturaleza de las cosas, ya que la reclamación a tiempo de las vacaciones (dentro del año, según la doctrina legal más autorizada) (41), permite el efectivo disfrute de las mismas, mientras que en el caso de las medias horas trabajadas y no descansadas, por su propia naturaleza, no cabe tal solución, pues la reclamación sólo da derecho al disfrute del descanso a partir de la fecha de la decisión de la autoridad laboral en tal sentido. En segundo lugar, por el criterio prescriptivo de las vacaciones, denunciado igualmente por la doctrina (42) como injusto, en cuanto supone para el empresario un enriquecimiento sin causa a costa del trabajador.

13. CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS FÍSICOS DEL TRABAJADOR

La finalidad perseguida por la interpretación jurisprudencial, no admitiendo compensación en metálico del derecho en ningún caso, es la de que el precepto tenga un efectivo cumplimiento, impidiendo así la monetización de este derecho físico del trabajador y evitando —como dice Galán (43)—, «una distorsión de la finalidad de descanso del tiempo destinado a este fin».

Existen, en este sentido, dentro del Derecho laboral español que regula los derechos físicos del trabajador profesional (aquellos que pretenden tutelar intereses fisiológicos y psíquicos del trabajador y se consideran histórica y actualmente como el dintel mínimo del proteccionismo jurídico-laboral), dos medios sancionadores para conseguir el efectivo cumplimiento de sus preceptos imperativos:

1.º La exigencia de una responsabilidad exclusivamente patronal en caso de incumplimiento. Este es el caso del artículo 20 de la ley de Jornada máxima (44).

(41) Ver GARCÍA NINET, Op. cit.

(42) GARCÍA NINET, Op. cit., vol. II, pág. 690; en la misma línea crítica la conclusión núm. 15 sobre «El derecho a vacación; su regulación legal y convencional», en *III Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Sevilla, septiembre-octubre 1969: «El incumplimiento patronal de las normas sobre vacaciones, aún con la conformidad del trabajador determinará sanciones exclusivamente para el empleador.»

(43) «Nota jurisprudencial», cit., REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 93.

(44) Artículo 20 de la ley de Jornada máxima: «Cuando, contraviniendo las dispo-

Este procedimiento, si bien no resulta muy efectivo en orden a combatir situaciones atentatorias (la existencia de horas extraordinarias por encima de las legales así lo demuestran) resulta, al menos, respetuoso con el principio de conmutatividad de las prestaciones.

2.º La exigencia de responsabilidad conjuntamente a empresario y trabajador en caso de incumplimiento. Es el caso del artículo 35 de la ley de Contrato de trabajo referente a las vacaciones anuales (45).

En la práctica, la imposibilidad de retribución extraordinaria de las interrupciones para comer no disfrutadas, viene, también, a suponer la exigencia al trabajador de una cierta responsabilidad por incumplimiento del precepto conjunta a la empresarial. Así, en caso de incumplimiento —haya o no haya pacto compensatorio—, se exige, por una parte, responsabilidad al empresario (traducida en la multa que le impone la autoridad laboral) y, por otra parte, al trabajador (realización de un mayor trabajo del que por derecho le correspondía e imposibilidad de cobrar estos descansos frustrados como tiempo extraordinario).

No cabe duda de que este principio de obligatoriedad del descanso, en ambos casos, constituye «la compulsión más fuerte para su efectivo disfrute» (46), pero, si bien ello resulta teóricamente beneficioso para el trabajador, en la práctica provoca resultados perjudiciales para el mismo, cuando, de hecho, y por las causas que sean, se incumplen los preceptos y no cabe compensación de daños y perjuicios.

Parece que la idea-fuerza en el Derecho laboral del desequilibrio real entre las partes en relación y la consiguiente falta de libertad del trabajador frente al empleador —reconocida a nivel teórico por la doctrina (47)— debería ser tutelada por el ordenamiento jurídico más allá y por encima del reconocimiento de unos derechos físicos.

siciones del presente Decreto, un patrono emplease a sus obreros mayor número de horas autorizadas, los obreros no perderán, por el hecho de la infracción, imputable solamente al patrono, el derecho a que les sean abonadas las horas de exceso que hubiesen trabajado, con los recargos que para cada caso determina el artículo 6.º»

(45) Artículo 35, 4.º párrafo de la ley de Contrato de trabajo: «No se podrá compensar el no disfrute del descanso retribuido con el pago del doble salario durante los días que deba disfrutar aquél... cuando el trabajador reclame del empresario el cumplimiento de dicha obligación...; el magistrado señalará la fecha en que debe disfrutar las vacaciones atrasadas y reclamadas.»

(46) ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, Madrid, 1971, pág. 122.

(47) BORRÁJO: «Introducción...», cit., pág. 123: «... El nuevo Derecho tuvo que revisar el principio de que había que tratar a todos los hombres con iguales normas para aceptar que la justicia sólo se realizaría si se establecía un tratamiento desigual compensatorio de los hombres y de las situaciones desiguales.»

Cabe preguntarse, entonces, desde esta perspectiva, si el procedimiento de compulsión sobre el trabajador constituye el medio más idóneo para compeler a las partes al efectivo cumplimiento del precepto, no sólo en base a una consideración de justicia conmutativa, sino también en base a esta consideración de justicia social.

14. JURISDICCIÓN COMPETENTE

La jurisdicción competente para conocer de todas estas reclamaciones habrá de serlo necesariamente la laboral y no la contencioso-administrativa —salvo, naturalmente, los supuestos de recursos contra sanciones administrativas impuestas por la autoridad laboral—, por el hecho de tratarse de reclamaciones de cantidad y de atribución de derechos *uti singuli*, que suponen funciones judiciales típicas (48).

Abonan esta tesis la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª (49), y del Tribunal Central de Trabajo (50).

15. CONCLUSIONES

A la vista de los razonamientos anteriores, cabría obtener las siguientes conclusiones:

a) La finalidad del precepto es la de conceder un descanso para comer y no la reducción de la jornada ni una mejora económica.

b) Cabe su inaplicación en los casos plenamente justificados de imposibilidad absoluta de la Empresa por razones técnicas u organizativas (resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo de 14 de febrero de 1962), si bien esta excepción deberá interpretarse relictivamente y con una gran flexibilidad.

c) El juicio, en último término, acerca de las causas justificativas de la

(48) MONTROYA: *Jurisdicción y Administración de Trabajo*, Madrid, 1970, págs. 45 y siguientes.

(49) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, 19-4-1965 (ref. ar., 2.624); 21-10-1965 (referencia aranzadi, 4.800); 20-6-1967 (ref. ar., 4.015); 2-10-1967 (ref. ar., 4.525); 27-6-1968 (ref. ar., 3.321); 23-11-1968 (ref. ar., 5.432).

(50) Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 14 de mayo de 1966 (*Jurisprudencia Social*, núm. 17, pág. 303); 27 de diciembre de 1966 (*Jurisprudencia Social*, número 19, pág. 177).

excepción corresponderá de oficio a la autoridad laboral, a través, especialmente, de la aprobación de los horarios por la Inspección de Trabajo.

d) Los acuerdos entre las partes, por tanto, serán revisables por la autoridad laboral de oficio o a instancia de parte, declarando nulos aquellos que no obedezcan a causas objetivas sino a la simple conveniencia de la Empresa y forzada aceptación de los trabajadores.

e) En los casos de autorización justificada para no conceder tal derecho, debería establecerse, en todo caso, una compensación económica, resultando criticable, en este sentido, el silencio de la resolución de la Dirección General de Ordenación del Trabajo a este respecto.

f) En los casos de no disfrute injustificado del descanso, haya pacto compensatorio o simple ignorancia de los trabajadores, además del derecho a solicitar de la autoridad laboral el cumplimiento del mismo para el futuro y de la imposición por parte de ésta al empresario de multa correspondiente por infracción de norma legal, existirá derecho a una compensación pecuniaria en base a razones de justicia conmutativa, mediante la interposición de la acción por enriquecimiento injusto, siendo la jurisdicción laboral la competente para conocer de tales acciones procesales.

TOMÁS SALA FRANCO