

SEGUIMIENTO DE LA REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DEL SECTOR DE HOSTELERÍA Y TURISMO DE TODO EL TERRITORIO ESPAÑOL

Erik Monreal Bringsvaerd*

Resumen: El objeto de este ensayo no es otro que dar cuenta de las principales tendencias de la negociación colectiva a la hora de abordar el tratamiento de una condición de trabajo, la jornada laboral, que hoy está en el centro de las políticas, nacionales y comunitarias, relativas a la necesidad de llevar a cabo una flexibilización de la legislación laboral con vistas a favorecer la posibilidad de que las empresas sean competitivas en un mercado de trabajo mundializado.

Como terreno natural de comprobación de los resultados de la negociación colectiva del tiempo de trabajo se ha escogido el sector de la hostelería y turismo del territorio nacional, pues es bien sabido que a día de hoy, dicho sector se constituye en uno de los motores básicos de nuestro tejido productivo y, por ende, del desarrollo económico y social.

Los puntos a tratar vienen dados por los principales extremos articuladores del tiempo de trabajo, pasándose revista, por este mismo orden, a la problemática de la duración de la jornada diaria, de la anual y de la extraordinaria, incluyendo el cómputo de la misma; régimen jurídico de la distribución de la jornada; descansos laborales –pausa durante el trabajo, descanso diario, descanso semanal, fiestas laborales y vacaciones–; horario de trabajo, con referencias al horario nocturno, al horario a turnos y, por último, al régimen jurídico del calendario laboral.

Palabras clave: jornada, horario, descanso, trabajo nocturno, trabajo a turnos, calendario laboral, convenio colectivo, pacto colectivo, pacto individual, Estatuto de los Trabajadores, Decreto sobre jornadas especiales

Abstract: This article is about how collective bargaining gets in fit with the law to regulate one of the most important working conditions: the working time. This matter is in the center of an actual discuss, national and international, about the necessity to adaptate –flexibility– the social law at the scope of making the enterprises more competitives.

To confront the results of the collective bargaining of working time, i've choose hotel and catering trade sector, and it's just because this sector is one of the most importants in Spain.

To explain the points which are going to be examined, the article starts with the during of diary working time; annual working time; total working time, including suplementary hours; distribution of working time; times of rest at work; and the problem of timetable at the enterprise.

Keywords: working time, timetable, rests at work, night work, shifts work, labour calendar, collective agrrement, individual agreement.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de las páginas que siguen es pasar revista al régimen jurídico del tiempo de trabajo que plasman los convenios colectivos autonómicos, provinciales y algunos de empresa del sector de la hostelería del territorio nacional. La problemática relativa

al objeto de este análisis tiene múltiples ramificaciones, razón por la cual es necesario acotarla. En este sentido, los puntos a tratar van a venir dados por aquello que puede considerarse como los elementos estructurales de la jornada entendida como condición de ejecución del trabajo, dejando al margen otros extremos que pueden ser

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de las Islas Baleares. erik.cramp@uib.es

considerados más propios de otro análisis. Los puntos que van a ser objeto de estudio son la jornada –duración, cómputo y distribución–, los descansos legales –pausa durante la jornada, descanso diario, descanso semanal, fiestas y vacaciones–, y por último el horario de trabajo –nocturno, a turnos y régimen de elaboración del calendario laboral.

II. JORNADA

La jornada de trabajo tiene por fin medir el tiempo durante el cual la prestación laboral es debida. Conforme a las pautas del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), la jornada ordinaria tiene dos vertientes que conectan, respectivamente, con su duración y con la forma de efectuar su distribución en el marco del año natural. Además, la cuestión de la duración de la jornada quedaría tratada de forma incompleta en ausencia de sendas referencias a la figura de las horas extraordinarias, que adicionadas a la jornada máxima ordinaria arrojan la jornada total, y a la problemática del cómputo de la jornada. Y es que con relación a este último extremo, resulta imprescindible conocer qué tiempos y cuáles no –de trabajo y no trabajo– han de ser considerados como tiempo de cumplimiento efectivo de la prestación laboral de cara a quedar incluidos en la duración de la jornada. Al análisis de cada uno de estos aspectos se dedican las siguientes líneas.

Antes de dar comienzo a este análisis cabe apuntar que son muchas las ocasiones

en las que la negociación colectiva de ámbito autonómico y también provincial incorpora regulaciones extremadamente detalladas de la duración y distribución de la jornada y de los descansos que hacen innecesario que la negociación colectiva de empresa o, en su caso, centro de trabajo desarrolle las previsiones dispuestas en ámbitos superiores. Esta circunstancia explica que existan convenios colectivos de ámbito empresarial que o bien dejan absolutamente en blanco toda la problemática del tiempo de trabajo, o bien regulan determinados y muy concretos extremos, como el régimen jurídico de las vacaciones o la remuneración de las horas nocturnas, pero nada más (cc hotel Avenida Palace; cc hotel Colón Barcelona; cc hotel Regencia Colón Barcelona). En la misma línea, cabe hallar convenios de empresa que se remiten a efectos de determinación de la jornada y de los tiempos de descanso a lo que venga previsto en el convenio autonómico o, en su caso, provincial que les resulta de aplicación (cc hotel Ritz).

II.1. Jornada ordinaria máxima diaria

La jornada máxima diaria halla regulación en el artículo 34.3.2º ET, que señala que la misma no puede exceder de nueve horas a no ser que se pacte otra cosa en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo formalizado entre empresa y representantes de los trabajadores, preceptuando asimismo que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente debe mediar como poco un descanso de doce horas. Por consi-

guiente, mientras que el pacto trabajador/empresario tiene vedado fijar jornadas diarias de más de nueve horas –la décima hora de trabajo al día siempre será extraordinaria–, no ocurre lo mismo con el pacto colectivo –convenio colectivo o acuerdo de empresa subsidiario–, que puede sustituir la regulación legal y establecer jornadas diarias más prolongadas, siempre con el límite de que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente exista un descanso mínimo de doce horas.

Desde este presupuesto, son bastantes los convenios de todos los niveles que fijan una jornada máxima diaria que oscila entre ocho (cc Comunidad de Madrid –hospedaje; cc Principado de Asturias. Al nivel provincial, cc Granada; cc Alicante) y nueve horas (cc Cantabria; cc Illes Balears. En la negociación de ámbito provincial, vid. cc Cádiz; cc Huesca; cc Teruel. A escala empresarial cc hotel Abba parque). Los negociadores, consecuentemente, optan por una jornada diaria rígida porque cualquier hora de exceso extraordinaria. A mayor abundamiento, en tanto que la jornada aparece fijada de forma expresa y sin excepciones, no parece, en mi opinión, que pueda pensarse en actuar jornadas superiores por la vía de la negociación colectiva formalizada en unidades inferiores de contratación. En tal caso, en efecto, estos convenios estarían modificando la distribución de la jornada diaria previamente dispuesta a escala autonómica o provincial. Otras formas de regular convencionalmente la jornada diaria, no tan frecuentes y a escala provincial, consisten en plasmar varios regímenes distintos –por ejemplo, en ambos casos de lunes a domin-

go pero con duraciones diarias de 7 u 8 horas con descansos semanales de distinta duración– dejando la opción abierta para que el convenio o pacto de empresa opte por el que resulte más conveniente (cc. Pontevedra).

La posibilidad de exceder la jornada diaria convencionalmente dispuesta aparece con relativa frecuencia en la negociación a escala autonómica o, en su ausencia, en la provincial y normalmente confiada al pacto colectivo formalizado en ámbitos inferiores, especialmente el pacto de empresa. Hay convenios que contemplan esta posibilidad de forma incondicionada (cc Cataluña. Al nivel provincial, cc Cáceres) y otros que la limitan de diversos modos, por ejemplo a través de la fijación de una jornada diaria insuperable de nueve o diez horas así como, en su caso, previendo la necesidad de respetar la jornada semanal prevista (cc Comunidad de Madrid –restauración–). Muchos de estos convenios colectivos, por lo demás, habrán de ser retomados con posterioridad porque como se verá, la posibilidad que incluyen de actuar jornadas diarias superiores a la fijada con carácter general debe leerse de forma coordinada con el régimen convencionalmente previsto de distribución de la jornada máxima ordinaria.

En la negociación a todos los niveles, finalmente, es frecuente no incorporar ningún tipo de previsión expresamente referida a la duración de la jornada diaria (cc Comunidad Foral de Navarra; cc Región de Murcia. Al nivel provincial, cc Almería; cc Ávila; cc Guadalajara; cc León.

También, cc Melilla. En la negociación de empresa, cc hotel Chamartín; cc hotel Meliá Barcelona). En ocasiones, a cambio se regulan determinados extremos del régimen de ejecución temporal del trabajo diario que habrán de ser tomados en consideración por los interlocutores sociales en unidades inferiores (cc hotel Tierra Mar) previéndose por ejemplo que la jornada partida no podrá constar de más de dos fracciones (cc Comunidad de Madrid –restauración–). En la negociación de ámbito provincial, cc Ciudad Real (art. 16); cc Salamanca (art. 12). A escala empresarial, cc hotel Tryp Los Llanos) o fijando la duración máxima y mínima de los turnos caso de que este sistema resulte instaurado; (cc Cataluña, cc La Rioja –restaurantes–. Al nivel provincial, cc Las Palmas. A escala empresarial, vid. cc hotel Tryp Presidente de Barcelona) o disponiendo que la jornada en determinadas secciones o departamentos ha de ser continua (cc A Coruña. A escala empresarial, vid. cc hotel Finisterre) o fijando la interrupción mínima entre las dos fracciones de una eventual jornada partida (cc Burgos; cc Guipúzcoa) o, en fin, previendo que el turno de mañana no puede finalizar más tarde de las cuatro de la tarde ni el turno de tarde prolongarse más allá de las doce de la noche (cc La Rioja –hostelería–). En gran parte de estos casos, por lo demás, la ausencia de regulación convencional de la duración del trabajo diario permite pactar colectivamente al nivel de empresa jornadas diarias cuya duración máxima quede, según preceptúa el artículo 34.2.3º ET, indirectamente limitada por el descanso mínimo de doce horas entre jornadas.

II.2. Jornada ordinaria máxima anual

La jornada máxima ordinaria viene legalmente regulada en el artículo 34.1.2º ET, que la fija en cuarenta horas todas las semanas. Sobre esta base, en la negociación colectiva de los tres niveles la jornada máxima ordinaria aparece prevista en alguna ocasión exclusivamente en cómputo anual (cc La Rioja –hostelería–; cc Comunidad Foral de Navarra. Al nivel provincial, cc Ciudad Real; cc Lugo. En los convenios colectivos de ámbito empresarial, cc hotel Majestic; cc hotel Tierra Mar) –por ejemplo 1.800 horas. Más usual es prever directamente una jornada anual –que suele oscilar entre 1.750 y 1.800 horas–, bien que a efectos de programar su régimen distributivo se suele especificar que la misma equivale a una determinada jornada semanal –que oscila entre 35 y 40 horas. (cc Cantabria; cc Cataluña; cc Comunidad de Madrid –hospedaje; cc Principado de Asturias; cc región de Murcia. Al nivel provincial, vid. cc Córdoba; cc Las Palmas; cc Ávila; cc Guadalajara; cc Soria; cc Valladolid; cc Valencia; cc Badajoz. En la negociación de ámbito empresarial, cc hotel Abba parque; cc hotel Tryp Presidente de Barcelona) Con carácter excepcional, algún convenio incorpora la fórmula utilizada para fijar la jornada anual, por ejemplo restando a los trescientos sesenta y cinco días del año treinta días de vacaciones, los días festivos y otros días libres que incorpora el convenio, dividiendo el resultado entre los siete días de la semana y multiplicando a su vez dicha cifra por cuarenta horas semanales (cc Comunidad de Madrid –hospedaje–. Similarmente, a escala provincial, cc Alicante).

Una pauta usual en la negociación autonómica y provincial, dado el carácter de generalidad propio de estos convenios, es prever expresamente o bien el respeto a las jornadas más reducidas que vengan aplicándose en las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo (cc Las Palmas) o bien el respeto a todas aquellas condiciones más beneficiosas en materia de duración de la jornada de que puedan venir gozando los trabajadores particulares (cc Comunidad de Madrid –restauración–; cc Comunidad Foral de Navarra. A escala provincial, cc Sta. Cruz de Tenerife). En esta línea, bien que con carácter más particular, alguna vez se incorporan las reglas que habrán de regir la comparación entre las condiciones temporales de ejecución del trabajo previstas en estos convenios y las contenidas en los inferiores ya negociados o que puedan negociarse, de cara a esclarecer si estas últimas condiciones de trabajo resultan o no más favorables para los trabajadores que las dispuestas a escala autonómica (cc Comunidad Foral de Navarra).

La jornada máxima ordinaria puede asimismo, conforme prevé el artículo 34.2 ET, ser objeto de una distribución irregular a lo largo del año si así se prevé en convenio colectivo o en pacto de empresa sustitutorio. Ello supone que la negociación colectiva puede programar regímenes de ejecución temporal del trabajo en virtud de los cuales unas semanas se presten más de cuarenta horas y otras menos, siempre con el límite de que al cabo del año no se exceda el equivalente a cuarenta horas todas las semanas. El seguimiento de las pautas convenciona-

les establecidas a propósito de la jornada máxima anual, sin embargo, en la medida en que constituye un problema que conecta con el régimen jurídico de la distribución de la jornada, se remite a su apartado específico.

II.3. Jornada máxima total

La jornada máxima total es el resultado de la suma de la jornada máxima ordinaria y la jornada extraordinaria siempre que las horas extraordinarias sean objeto de remuneración en metálico y no mediante descansos compensatorios, como así viene permitido en el artículo 35.1 ET. El análisis de la hipótesis de la retribución de las horas extraordinarias mediante el reconocimiento de tiempos de descanso retribuidos queda, por tanto, remitido al apartado dedicado a la distribución de la jornada máxima ordinaria. A efectos de identificar la figura de las horas extraordinarias, por lo demás, resulta obligado tomar como parámetros los límites previamente dispuestos por la negociación colectiva a la hora de programar el régimen distributivo de la jornada máxima ordinaria. Así, no siendo usual, algún convenio de ámbito autonómico previene expresamente que las horas extraordinarias aparecerán cuando se supere la jornada semanal dispuesta en el propio convenio colectivo (cc Comunidad de Madrid –hospedaje–).

Si las horas extraordinarias son objeto de remuneración en metálico –muchos convenios sólo contemplan este sistema de remuneración– (cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–; cc Principado

de Asturias). A escala provincial, convenio colectivo Ávila; cc Cádiz; cc Las Palmas; cc Ciudad Real; cc Cuenca (art. 24); cc Ourense; cc Bizkaia. También, cc Ceuta. A escala empresarial, cc hotel Hesperia-Peregrino; cc hotel Marbella club) otros remiten esta cuestión a lo que se pacte al nivel de empresa (cc Cataluña. A escala provincial, cc Valencia; cc Guipúzcoa) o entre ésta y el trabajador (cc Almería; cc Sevilla; cc Guadalajara; cc León; cc Álava. También, cc Melilla –art. 19–. En los convenios colectivos de ámbito empresarial, cc hotel Majestic), otros permiten compensar sólo la mitad de las horas extraordinarias realizadas (cc Albacete), otros se limitan a señalar la conveniencia de utilizar este sistema compensatorio como medida de fomento del empleo (cc la Rioja –restaurantes–. En la negociación provincial, cc Jaén; cc Alicante) y otros atribuyen al trabajador el derecho de opción (cc A Coruña), el artículo 35.2.1º ET reconoce a todos los trabajadores el derecho a no realizar más de ochenta horas extraordinarias al año. Es decir, la jornada total vendría constituida por la suma de las cuarenta horas semanales durante todas las semanas más ochenta horas extraordinarias a lo largo del año. También es necesario considerar que el régimen legal de las horas extraordinarias contempla su voluntariedad desde la perspectiva del trabajador, salvo que la obligación de realizarlas sea introducida vía pacto colectivo o individual –art. 35.4 ET–. Esto significa que si el convenio guarda silencio, el pacto de ejecución obligatoria de estas horas puede tener lugar directamente entre empresario y trabajador.

Dicho lo anterior, bastantes convenios colectivos o bien dejan en blanco el problema de las horas extraordinarias (cc Illes Balears. A escala provincial, cc Lugo; cc Pontevedra. En los cc de ámbito empresarial, vid. cc hotel Meliá Barcelona; cc hotel NH Barcelona; cc hotel Sol Inn El Hidalgo) o bien regulan determinados extremos, por ejemplo su remuneración en metálico o el tope máximo de las realizables, pero sin aludir a la naturaleza de su ejecución (cc Comunidad de Madrid –restauración–. A nivel provincial, cc Huesca, cc Badajoz. También, cc Ceuta. En la negociación empresarial, cc hotel Abba Parque, cc hotel Finisterre). En tales casos, al margen otras consecuencias a examinar cuando se trate la problemática de la distribución de la jornada, es dable afirmar que en los ámbitos cubiertos por estos convenios la jornada real no es la coincidente con la máxima ordinaria que puedan haber previsto, por ejemplo las cuarenta horas a la semana. En efecto, si las partes sociales a escalas inferiores o, incluso, el propio empresario así lo quieren siempre podrán introducir una cláusula –colectiva o individual– de ejecución obligatoria de horas extraordinarias y, consecuentemente, la jornada real de los trabajadores afectados quedará constituida por la suma de cuarenta horas semanales más otras ochenta anuales.

Cuando los convenios colectivos, autonómicos, provinciales y en menor medida los de empresa regulan el carácter de la ejecución de las horas extraordinarias, algunos previenen que el pacto de ejecución obligatoria de las mismas sólo puede formalizarse en instancias colectivas (cc la Rioja –res-

taurantes-) y otros confirman inmatizadamente la presunción de voluntariedad (cc Cantabria; cc Principado de Asturias. A escala provincial, cc Málaga; cc Ciudad Real; cc Segovia), con lo cual la negativa del trabajador a realizarlas no constituirá conducta sancionable a no ser que se trate de una hipótesis de fuerza mayor –art. 35.3 ET–. Una pauta similar es disponer que sólo existe obligación de realizar horas extraordinarias en caso de fuerza mayor o cuando exista riesgo de pérdida de materias primas, ausencias imprevistas, cambios de turno u otras necesidades imprevistas del servicio (cc Cataluña; cc La Rioja –hostelería–. A nivel provincial, cc Guadalajara; cc León; cc Valencia. En los convenios empresariales, cc hotel Majestic). Con relación a estas causas, es criticable que los interlocutores sociales, pudiendo, no se esfuerzan en plasmar un régimen distributivo de la jornada máxima ordinaria que ahorrando el recurso a las horas extraordinarias como medida de fomento del empleo, contemple la posibilidad de actuar redistribuciones de la jornada semanal.

Un aspecto que aparece tratado en algunos convenios colectivos autonómicos y provinciales tiene que ver con la relación horas extraordinarias-política de empleo, incorporando cláusula de estilo que evidencia la intención de los agentes sociales de evitar el recurso a las horas extraordinarias habituales para fomentar una política de nuevas contrataciones en la empresa (cc Cantabria. En idéntico sentido, al nivel provincial, cc Cádiz; cc Córdoba; cc Zamora). Sin embargo, dado que la mayoría de estas cláusulas no contemplan mecanismos para

forzar su cumplimiento por el empresario, resulta obligado manifestar que en gran parte de las ocasiones las mismas aparecen a modo de simples cláusulas de estilo. Esta misma valoración crítica la merece algún convenio autonómico que incorpora esta cláusula y renglón seguido parece contemplar como único sistema de pago la retribución en metálico (cc Comunidad Foral de Navarra) desconociendo la preferencia legal por la compensación con descansos que muy bien puede contribuir a evitar jornadas reales más largas que la ordinaria y, por ende, a beneficiar la situación del empleo. Más virtualidad, en esta línea, parece que acreditan aquellas cláusulas que obligan al empresario a efectuar una nueva contratación cuando el número de horas extraordinarias realizadas por el conjunto de la plantilla exceda un umbral determinado, por ejemplo ciento cincuenta horas extraordinarias mensuales (cc Segovia).

Existiendo, por lo demás, un tope de horas extraordinarias –80 al año– que sobre todo despliega virtualidad cuando éstas son objeto de remuneración en metálico –y que puede ser reducido, como hace algún convenio provincial (cc Ourense; cc Bizkaia; cc Las Palmas. También, cc Melilla) pero nunca aumentarse–, es claro que si éste resulta incumplido las jornadas reales pueden experimentar importantes aumentos. Por este motivo, el Estado incorpora en el artículo 35.5 ET y en la DA 3ª.b) DJE sendas cautelas que constituyen derechos del trabajador y de sus representantes en materia de control de las horas extraordinarias. Tales son directamente aplicables y, en puridad, no precisarían del auxilio conven-

cional para ser eficaces, siendo éste, a mi juicio, el motivo de que sean escasos los convenios que regulan el control de las horas extraordinarias (cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–). También es criticable que cuando los convenios incluyen previsiones sobre este particular, la mayoría se limitan a transcribir las fórmulas legales u otras similares que poco o nada aportan a los derechos en la materia reconocidos a los trabajadores y a sus representantes (cc La Rioja –hostelería–; cc Principado de Asturias. A nivel provincial, cc Burgos; cc Cuenca; cc León; cc Las Palmas. A nivel de empresa, cc hotel Tierra Mar).

II.4. Cómputo de la jornada

El último aspecto que debe ser objeto de análisis para tener una visión completa de cómo regula la negociación colectiva en el sector de la hostelería el asunto de la duración de la jornada viene dado por la forma de computar el tiempo de trabajo una vez que éste ha sido cuantificado –40 horas ordinarias a la semana más 80 horas extraordinarias al año–. Y es que la consideración o no como tiempo de trabajo de momentos en los que el trabajador no puede disponer libremente de su tiempo, que pueden transcurrir tanto dentro como fuera de su puesto de trabajo, tiene el efecto de que la jornada real puede en la práctica superar ampliamente la jornada máxima que marcan tanto la ley como, en nuestro caso, los convenios del sector que se examina.

El artículo 34.1.2º ET alude a que el

tiempo que computa como tal es aquél durante el cual el trabajador presta «trabajo efectivo», mientras que el artículo 34.5 ET previene que este cómputo debe ser efectuado de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada el trabajador esté en su puesto de trabajo. Con arreglo a la última norma, no es dudoso que cabe no considerar como jornada trabajada el tiempo invertido en realizar actividades previas o posteriores al trabajo, como por ejemplo desplazarse desde el domicilio al lugar de trabajo. Pese a lo que se acaba de afirmar, con todo, los preceptos legales citados dejan en el aire, remitiéndoselo a la negociación colectiva o, en su defecto, a la contratación individual el esclarecimiento tanto de lo que debe ser considerado como «trabajo efectivo» cuanto de la incidencia sobre la duración de la jornada de una diversa gama de tiempos en los que no estando propiamente el trabajador en su puesto de trabajo, resulta sin embargo a cargo de éste una especial situación de puesta a disposición con respecto a su empresario que determina que ya no esté tan claro que el tiempo invertido, por ser imprescindible para una correcta ejecución del trabajo, pueda quedar excluido de forma inmatizada de su consideración como jornada.

Apuntada la poca la virtualidad de este régimen legal, la práctica totalidad de los convenios dejan de regular este asunto (cc Albacete; cc Alicante; cc Almería; cc Ciudad Real; cc Córdoba; cc Cuenca; cc Granada; cc Guadalajara; cc Jaén; cc Ourense; cc Soria; cc Teruel; cc Zaragoza. En la negociación de empresa, cc hotel Abba Parque; cc hotel Chamartín; cc hotel Hesperia-

Peregrino; cc hotel Meliá Barcelona; cc hotel NH Barcelona; cc hotel Princesa Sofía; cc hotel Sol Inn El Hidalgo) o previenen escuetamente que el tiempo de trabajo que computa es aquél durante el cual se presta «trabajo efectivo» (cc Cantabria; cc Illes Balears. En la negociación empresarial, cc hotel Gloria Palace) o repiten los términos legales (cc Principado de Asturias. En la negociación provincial, cc Cáceres; cc Málaga (art. 18.2). A escala empresarial, cc hotel Finisterre). Tampoco añaden nada nuevo los convenios que previenen que la jornada diaria comienza a computarse hallándose el trabajador con ropa de trabajo y listo para trabajar (cc Valencia). De forma más amenazadora para los intereses de los trabajadores, algún convenio de ámbito autonómico excluye la calificación de tiempo trabajado y, por tanto, retribuido a determinados espacios temporales no directamente productivos que se intercalan en la jornada de determinados trabajadores (cc Comunidad de Madrid –restauración–). Es, por lo demás, excepcional incluir previsiones relativas a la incidencia sobre la duración de la jornada del tiempo de desplazamiento cuando éste suponga para el trabajador una gravosidad mayor que la propia del desplazamiento desde su domicilio al centro de trabajo, previéndose que el mayor tiempo invertido va a cargo de la empresa (cc Segovia).

Como quiera, en definitiva, que sólo de manera formal aparece tratada la cuestión del cómputo de la jornada en estos convenios colectivos, la problemática del esclarecimiento de lo que haya que entender en cada caso por «trabajo efectivo» queda

remitida desde el propio convenio a los de ámbito inferior o, en su caso, a la libre iniciativa del empresario. A mayor abundamiento, los empresarios del sector hostelero contarán además con las mayores facilidades, porque los convenios implícitamente se las reconocen, para decidir en supuestos problemáticos –por ejemplo, cuando hay que efectuar algunos cambios de ropa o cuando el trabajador debe asistir a cursos de formación proporcionados por su empresa–, si el tiempo invertido en estas actividades conexas a la efectiva ejecución de la prestación queda dentro o fuera de su consideración como tiempo trabajado.

III. DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA MÁXIMA ORDINARIA

El segundo gran extremo de la jornada viene dado por lo relativo al régimen de su distribución en el marco del año natural. La ley –art. 34.1.2º ET– proporciona un modelo de distribución regular en la medida en que para todas las semanas prevé una jornada máxima de cuarenta horas. Sin embargo, el artículo 34.2 ET permite que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre empresa y representantes laborales se pacte otra distribución distinta que implique prestar unas semanas más de cuarenta horas y otras menos con tal de que al cabo del año no se exceda el equivalente a cuarenta horas todas las semanas. El artículo 34.2 ET, consecuentemente, hace posible que la negociación colectiva programe lo que puede calificarse como un régimen de distribución irregular. Y este régimen, en buena lógica, deberá servir para responder a las necesida-

des o fluctuaciones cambiantes e imprevisibles que con frecuencia hoy se ciernen sobre las organizaciones productivas, muy especialmente sobre las hosteleras.

Además del mecanismo distributivo dispuesto en el artículo 34.2 ET, en nuestra legislación existen otras previsiones igualmente útiles para actuar regímenes de distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Tal sucede, en efecto, con determinadas opciones que abre la ley en materia de horas extraordinarias y en materia de descanso semanal. Por este motivo, la cuestión relativa a la distribución de la jornada máxima ordinaria debería ser examinada abriendo tres apartados. El primero dedicado a la distribución irregular ordinaria, obtenida *ex* artículo 34.2 ET; el segundo dedicado a la distribución irregular actuada por la vía del artículo 35 ET; y, en último lugar, el apartado dedicado a la distribución irregular obtenida acumulando el descanso semanal –art. 37.1 ET–. El estudio de este último punto, sin embargo, conectando con el régimen jurídico del descanso semanal, queda remitido para más adelante.

III.1 Distribución de la jornada *ex* artículo 34.2 ET

No son pocos los convenios autonómicos, provinciales y de empresa que fijan una jornada semanal invariable –de 40 horas o inferior– e incorporan una distribución anual rígida (cc Cantabria; cc Comunidad de Madrid –hospedaje–; cc Illes Balears; cc Principado de Asturias (art. 13). En la negociación de ámbito provincial, cc Almería;

cc Granada; cc Cuenca; cc Huesca; cc Zamora; cc Alicante; cc Melilla. A escala empresarial, cc hotel Finisterre; cc hotel Hesperia-Peregrino; cc hotel Meliá Barcelona; cc hotel NH Barcelona) en su caso previendo que tal es invariable (cc Málaga). A expensas de lo que hay que decir más adelante, no parece haberse considerado la oportunidad de programar un régimen de distribución irregular, lo cual no es valorable positivamente porque no es dudoso que las necesidades de gestión del tiempo de trabajo en el mundo de la hostelería son enormemente divergentes y pueden determinar con carácter de la más absoluta normalidad la necesidad de que el empresario cuente con la posibilidad de ordenar jornadas, diarias y semanales, de duración variable. Conforme a las previsiones de estos convenios, en efecto, si una semana es necesario trabajar más de cuarenta horas las horas de exceso deberán ser catalogadas como extraordinarias.

La posibilidad regulada en el artículo 34.2 ET de repartir la jornada máxima ordinaria de forma desigual a lo largo del año, adaptándola a las necesidades que puedan proyectarse de forma sobrevenida sobre las empresas, es actuada en algún convenio provincial cuando fija un máximo de semanas anuales –por ejemplo 2– que habrán de constar en el calendario laboral, en que la jornada puede exceder de cuarenta horas con tal de respetar la jornada máxima ordinaria en cómputo anual (cc Toledo; cc Soria; cc Guipúzcoa). Este efecto también puede darse cuando se previene que la empresa podrá fijar una jornada irregular (cc Huelva) en su caso condicionada a que

se acrediten documentalmente las causas justificativas (cc Teruel). La misma posibilidad queda prevista en algunos convenios autonómicos y provinciales cuando hacen dispositiva para convenios o pactos colectivos inferiores la distribución previa –normalmente cifrada entre 35 y 40 horas semanales–, previendo por ejemplo que los representantes laborales podrán negociar una mejor adecuación de la jornada (cc Cataluña; cc Illes Balears. A escala provincial, cc Cáceres). En la misma línea, ya se vio que en ocasiones se especifica que la jornada semanal –por ejemplo, de 40 horas– equivale a una determinada jornada anual (cc Cantabria; cc Illes Balears; cc Región de Murcia. A nivel provincial, cc Guadalajara; cc Burgos; cc A Coruña. En los convenios de ámbito empresarial, cc hotel Sol Inn El Hidalgo; cc Suite Hotel, SL; hotel Ad Hoc Parque, SL; y Jorismos, SL) –por ejemplo de 1.766 horas–. Para tales hipótesis, y también cuando la negociación colectiva plasma directamente una jornada anual (cc La Rioja –hostelería–; cc Lugo. En los convenios colectivos de ámbito empresarial, cc hotel Majestic) dado que la posibilidad de pactar una distribución irregular aparece legalmente confiada al convenio y, en su defecto, al pacto de empresa parece que la intención de los agentes sociales es permitir la programación de regímenes de distribución irregular en ámbitos inferiores. Sin embargo, cuando esta misma fórmula es incluida en convenios de ámbito empresarial (cc hotel Gloria Palace; cc hotel Tierra Mar) y dado que normalmente resultan aplicables a un hotel que cuenta con un solo centro de trabajo, tal fórmula, más que acreditar la voluntad de sus negociadores de

posibilitar que por pacto de empresa se organice un sistema de distribución irregular, parece ir dirigida a habilitar al empresario para actuar por su cuenta la distribución elástica.

El régimen jurídico de la distribución irregular no pasa sólo por actuar jornadas semanales superiores a cuarenta horas. Además, el Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo 15 de diciembre de 1998) y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia tienen confirmado que cabe prever regímenes elásticos de jornadas diarias, aumentándolas o reduciéndolas por encima o por debajo de las ocho o nueve horas convencionalmente previstas con carácter general, que a su vez determinen la superación por exceso o por defecto de la jornada semanal dispuesta en convenio. Es decir, la jornada semanal puede aparecer rígidamente reflejada en el calendario, siendo superior o inferior a las cuarenta horas legales, pero también puede aparecer reflejada con carácter indicativo en aquellos casos en los que el convenio colectivo prevea la posibilidad de ejecutar regímenes elásticos de jornadas diarias.

Sobre esta base, la pactación convencional de regímenes elásticos de distribución irregular de la jornada se prodiga en no pocas ocasiones. La pauta la marca la regulación convencional de lo que puede denominarse una bolsa de horas flexibles que por lo general oscila entre sesenta y doscientas horas anuales, pudiendo ser utilizada discrecionalmente por el empresario con tal de respetar los límites que al efecto incorpore el propio convenio (cc Jaén; cc

Zaragoza). En este sentido, algunos son bastante restrictivos, lo que favorece al trabajador, y, entre otras medidas, establecen que la bolsa sólo puede ser viable si la empresa tiene en su plantilla un mínimo del sesenta y cinco por ciento de trabajadores fijos, prohíben que la jornada diaria experimente prolongaciones en concepto ordinario sobre las nueve o diez horas, fijan asimismo una serie de requisitos procedimentales (cc Comunidad de Madrid –restauración–) –comunicación formal al trabajador de la flexibilización de su jornada con 5 días de antelación–, y previenen que tal jornada irregular sólo puede ser exigida durante meses determinados (cc Sevilla) –por ejemplo abril, mayo, septiembre y octubre.

Otra pauta es regular una jornada diaria estándar, por ejemplo de ocho horas, y permitir su ampliación por el empresario hasta un tope máximo (cc hotel Tryp Presidente de Barcelona) por ejemplo de diez horas, en su caso respetando una jornada semanal (cc Córdoba) –por ejemplo de 50 horas– y también los requisitos procedimentales eventualmente fijados (cc Toledo; cc Valencia). Entre estos requisitos usualmente aparece la necesidad de comunicar al trabajador la ampliación de su jornada a título irregular con una determinada antelación –por ejemplo de 10 ó 15 días–, así como el establecimiento de un máximo de días en que la jornada irregular puede ser exigida bien con carácter general –por ejemplo 50 al año–, bien con relación a un mismo trabajador (cc hotel princesa Sofía) –por ejemplo 16 días al año–. Algún convenio restringe la posibilidad de utilizar horas flexibles permitiéndolo sólo con respecto a los trabajadores

con contratos temporales de menos de tres meses de duración y fijando un tope de días de jornada irregular –por ejemplo 90– a cuya virtud la jornada diaria puede extenderse hasta doce horas (cc Castellón) En cualquier caso, cabe también que el convenio colectivo que incluye este tipo de sistemas prevea que los mismos puedan ser modificados en unidades inferiores de contratación, normalmente en relación con el ámbito de la empresa (cc Toledo).

III.2. Distribución irregular ex artículo 35 ET

Al hilo de lo manifestado algo más atrás a propósito de las horas extraordinarias, hay que subrayar que la propia legislación estatal contempla la posibilidad de que esta categoría de tiempo de trabajo juegue más como instrumento de distribución flexible o elástica de la jornada que como medio de actuar prolongaciones de la misma. En efecto, el artículo 35.2.2º ET previene que las horas extraordinarias que sean objeto de pago mediante descansos a más tardar en cuatro meses desde que son realizadas quedan excluidas de su cómputo y consideración como tales. De esta forma, el pago de las horas extraordinarias mediante descansos dentro del plazo que a tal fin marca la ley tiene el efecto de activar una bolsa de ochenta horas flexibles cada cuatro meses, bolsa que si existe un pacto –colectivo o individual– que haga obligatoria la ejecución de las horas extraordinarias, podrá ser utilizada discrecionalmente por el empresario.

En la práctica de la negociación colecti-

va no es frecuente prever que el único sistema de remuneración de las horas extraordinarias es el pago por compensación (cc Huelva. A escala empresarial, cc hotel Gloria Palace; cc Suite Hotel, SE; hotel Ad Hoc Parque, SL; y Jorismos, SL) en su caso regulando asimismo el carácter de su ejecución (cc Sta. Cruz de Tenerife). Tampoco es usual prever el plazo máximo para el pago por compensación, por ejemplo tres meses (cc La Rioja –hostelería–). Otra práctica, algo más usual, es fijar una jornada ordinaria semanal y dejar en blanco la problemática de las horas extraordinarias (cc Illes Balears. En la negociación de ámbito provincial, cc Palencia; cc Castellón; cc Cáceres. En la negociación empresarial, cc hotel Abba parque; cc hotel Chamartín). Al respecto, sólo de modo formal estos últimos convenios optan por un régimen distributivo rígido, pues la posibilidad reconocida implícitamente al empresario desde el convenio para utilizar las horas extraordinarias compensadas con descansos determina que la jornada semanal pueda experimentar importantes variaciones al alza o a la baja. Y mayores peligros conllevan aquellas cláusulas que tras haber dispuesto una jornada ordinaria exclusivamente en cómputo anual, con las grandes posibilidades de gestión flexible del tiempo de trabajo que ello ofrece al empresario, dejan de incorporar normas relativas a las horas extraordinarias (cc Lugo. En la negociación empresarial, cc hotel Sol Inn El Hidalgo), de ahí puede seguirse que el empresario dispone de dos sistemas para actuar regímenes elásticos de distribución de la jornada. A mayor abundamiento, no parece muy afortunado que un mismo convenio regule conjuntamente la

posibilidad de actuar una distribución irregular *ex* artículo 34.2 ET y por la vía del artículo 35 ET (cc Huelva. A escala empresarial, cc hotel Princesa Sofía), siendo, en efecto, dos sistemas distributivos que cumplen la misma finalidad, de ahí puede resultar un fortalecimiento desmesurado del poder de dirección del empresario.

IV. DESCANSOS LEGALES

Los descansos laborales cumplen una importantísima función porque las tendencias flexibilizadoras apreciables en la regulación del tiempo de trabajo hacen muy difícil fijar límites absolutos a la duración máxima del trabajo, y son el que puede tener lugar durante la jornada diaria –art. 34.4 ET–, el exigible entre el final de una jornada y el comienzo de la próxima –art. 34.3 ET–, el descanso semanal –art. 37.1 ET–, los días festivos –art. 37.2 ET– y, por último, el descanso anual o vacaciones –art. 38 ET. Y conviene dejar señalado que los espacios temporales delimitadores de los descansos no forman parte de la prestación debida, por lo que juegan como límites oponibles a la distribución de la jornada. Por este motivo, parece metodológicamente adecuado proceder al análisis del régimen jurídico legal y convencional de los descansos antes de hacer lo propio con el régimen jurídico del horario de trabajo, o colocación de las horas de entrada y salida del trabajo.

IV.1. Pausa durante la jornada diaria

El régimen jurídico de esta pausa queda

recogido en el artículo 34.4 ET, a cuyo tenor la duración máxima de la jornada para causar derecho a la pausa es de seis horas ininterrumpidas y la pausa mínima es de quince minutos, careciendo la misma de la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Con arreglo a la jurisprudencia, si la pausa queda asimilada a trabajo efectivo será retribuida y consumirá la jornada; en ausencia de tal asimilación, la misma ni será retribuida ni consumirá la jornada; y por la misma razón, puede suceder que la pausa sea objeto de retribución pero no consuma la jornada o, a la inversa, consumir la jornada sin ser retribuida (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1994).

El régimen convencional de esta pausa da lugar a múltiples previsiones. Existen convenios que mejoran en todos los aspectos el régimen legal, por ejemplo disponiendo que la pausa computa como tiempo de trabajo efectivo y reduciendo la duración de la jornada para causar derecho a la pausa –a 5 horas– y aumentando la duración de la pausa (cc Cantabria; cc Cataluña. A escala empresarial, cc hotel Tierra Mar) –a 20 minutos–. Otros se limitan a reconocer a la pausa su naturaleza de tiempo de trabajo efectivo (cc La Rioja –hostelería y restaurantes–. A escala provincial, cc Las Palmas; cc Valencia (art. 10). En la negociación de empresa, cc hotel Tryp Los Llanos) Y otros, también reconociendo a la pausa carácter de tiempo de trabajo efectivo, sólo mejoran algún aspecto de su régimen jurídico por ejemplo disponiendo que la misma se disfrute tras cinco horas de trabajo ininterrumpido (cc Illes Balears. A escala provincial,

cc Huelva) o aumentando su duración por ejemplo a treinta minutos (cc Comunidad de Madrid –hospedaje–; cc Principado de Asturias. Al nivel provincial, cc Córdoba; cc Ourense. En la negociación de empresa, cc hotel Marbella Club; cc hotel Regencia Colón Barcelona). Cabe también hallar convenios autonómicos que sobre la base de negar a la pausa consideración de tiempo de trabajo efectivo (cc Álava) amplían sin embargo su duración (cc Comunidad de Madrid –restauración–). Algún convenio, en fin, no modaliza el régimen jurídico de la pausa y simplemente deja dicho que la misma será considerada tiempo de trabajo efectivo cuando así se pacte entre trabajador y empresario (cc Segovia).

IV.2 Descanso diario

El descanso diario, o descanso entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, debe ser como poco de doce horas –art. 34.3.1º ET–. Asimismo, pese a que la ley guarda silencio, es posible interpretar, a la vista de la finalidad de este descanso y de que debe tener lugar entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, que sólo puede ser disfrutado de forma ininterrumpida. No obstante, interesa manifestar que el artículo 34.7 ET contiene una habilitación a la función normadora del Gobierno para establecer ampliaciones o reducciones de la jornada, así como modalizaciones en el régimen jurídico de los descansos diario y semanal, en aquellos sectores o actividades que por sus peculiaridades precisen este tipo de regímenes diferenciados. Pues bien, a tal efecto, el Gobierno

dictó el RD 1561/1995, sobre Jornadas especiales de trabajo (en adelante DJE), y uno de los sectores expresamente incluidos en este texto es el de la hostelería, contemplándose determinadas especialidades en materia de descanso entre jornadas y semanal en el artículo 7.2 DJE. A los efectos que aquí interesan, esta norma reglamentaria resulta aplicable a las empresas hosteleras en actividades de temporada, y permite acordar en la negociación colectiva la reducción a diez horas del descanso entre jornadas y su compensación de forma acumulada por periodos nunca superiores a cuatro meses. El Decreto de las jornadas especiales contiene, asimismo, una regulación especial del descanso entre jornadas aplicable tanto en los casos de trabajo a turnos –art. 19.2 DJE, reducción a 7 horas en caso de irregularidades en el cambio de turno, con compensación en los días inmediatamente posteriores–, como a las actividades con jornadas fraccionadas –art. 22.2 DJE, posibilidad de instaurar colectivamente un descanso mínimo de 9 horas siempre que durante esa misma jornada exista un descanso alternativo de 5 horas ininterrumpidas.

Una pauta convencional muy frecuente es no incluir especialidad alguna en el régimen jurídico de este descanso, contemplándose de forma inmatizada, como regla general, uno de doce horas (cc Cantabria; cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–. A escala provincial, cc Cádiz; cc Huelva; cc Cuenca; cc Valencia; cc Cáceres; cc Ourense; cc Ceuta. Al nivel de empresa, cc hotel Meliá Barcelona; cc hotel Sol Inn El Hidalgo; cc hotel Tierra Mar). Otras veces,

sin embargo, esta regla viene acompañada de excepciones que como tales, han de ser contrastadas con las reglas específicas contenidas en el Decreto de las jornadas especiales. Por ejemplo, la posibilidad de reducir el descanso a diez horas compensando biseñalmente las dos horas restantes en el caso del cambio de turno del personal asignado al área funcional de restaurante en establecimientos de hospedaje (cc Illes Balears; cc Comunidad Foral de Navarra. A nivel provincial, cc Málaga. A escala empresarial, cc hotel Gloria Palace) es una previsión que debe ser examinada a la luz de los artículos 7.2 DJE y 19.2 DJE. De forma más laxa, algún convenio provincial dispone que el descanso entre jornadas puede ser objeto de cómputo en periodos de hasta dos semanas en atención al régimen de turnos instaurado en el sector (cc Sta. Cruz de Tenerife) previsión que puede encontrar apoyo en el artículo 19.2 DJE. Incluso cabe hallar algún convenio provincial que se remite expresamente al artículo 22.2 DJE y posibilita negociar con los representantes laborales el régimen jurídico de este descanso (cc Sta. Cruz de Tenerife).

IV.3. Descanso semanal

El artículo 37.1 ET reconoce el derecho a un descanso mínimo de día y medio ininterrumpido, a disfrutar como regla general aunque totalmente exenta de imperatividad durante la tarde del sábado o la mañana del lunes y el domingo completo, siendo posible prever su acumulación por periodos de catorce días. Y dado que el artículo 37.1 ET no precisa a quién corresponde la facultad

de acumular el descanso, tal puede corresponder, en ausencia de previsión convencional en contra, al empresario. Cabe, por tanto, según esta norma, prever regímenes de trabajo de once días consecutivos seguidos de otros tres de descanso, lo que en puridad viene a constituir, como ya se señaló, una distribución irregular de la jornada semanal a lo largo del año. El artículo 37.1 *in fine* ET, a mayor abundamiento, contempla la posibilidad de que este descanso quede sujeto a modalizaciones por la vía del Decreto de las jornadas especiales, las cuales pueden tener lugar, muy señaladamente, en el ámbito de las empresas hosteleras con arreglo a lo dispuesto en los artículos 6 DJE y 7.1 DJE.

En seguimiento de lo que establece el artículo 6 DJE, se reconoce a la negociación colectiva la posibilidad de acumular el medio día de descanso semanal en las empresas hosteleras por periodos nunca superiores a cuatro semanas, pudiendo igualmente ser separado dicho medio día respecto del correspondiente al día completo, para su disfrute durante otro día de la semana. En cuanto al artículo 7.1 DJE, aplicable como se sabe a las empresas hosteleras pero sólo durante la época de temporada, se vuelve a reconocer a la negociación colectiva la posibilidad de acumular el medio día de descanso semanal por periodos que no pueden exceder de cuatro meses.

Con carácter general, es usual prever en los convenios autonómicos, provinciales y de empresa descansos semanales de entre un día y medio (cc La Rioja –restaurantes–; cc Principado de Asturias. En los de ámbito

provincial, cc Cuenca; cc Burgos; cc Ourense; cc Melilla. A escala empresarial, cc hotel Sol Inn El Hidalgo) y dos días consecutivos (cc Cataluña; cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–. A escala provincial, cc Almería; cc Córdoba; cc Huesca. En la negociación de empresa, cc hotel Abba Parque; cc hotel Avenida Palace), a veces incluyendo la particularidad de que el señalamiento de los días hábiles para descansar se remite al pacto entre empresario y trabajador (cc Zamora) También es normal regular regímenes de descanso cuya duración varía en función del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo (cc Cantabria; cc Comunidad Foral de Navarra. A nivel provincial, cc Cádiz; cc Sevilla) o en función del tipo de empresas y departamentos donde se prestan los servicios (cc Álava). Otra pauta nada infrecuente es hacer posible el fraccionamiento del descanso por pacto colectivo ulterior (cc Illes Balears) por pacto individual (cc Cádiz) por decisión del empresario (cc Comunidad de Madrid –restauración–. A nivel provincial, cc Valencia) o, incluso, directamente en las empresas o centros de trabajo que excedan un determinado número de trabajadores (cc Badajoz) bien que a veces exigiendo que de los dos días reconocidos día y medio se disfruten ininterrumpidamente (cc Almería; cc Cáceres). Tal pauta, una vez contrastada con lo que previene el artículo 6 DJE, no arroja duda alguna sobre su legalidad.

A veces se permite que o bien el trabajador o bien la empresa escojan entre un descanso de dos días o uno de uno y medio y percibo de una compensación salarial (cc Comunidad Foral de Navarra. A nivel pro-

vincial, cc León, cc Soria). Bastante menos usual, en fin, es prever convencionalmente que el trabajador tiene derecho a conocer por escrito los días de descanso semanal (cc Melilla) o, similarmente, prever que este descanso se organiza mediante un calendario de turnos rotativos elaborado de acuerdo con los representantes y que debe hacerse público en la empresa a fin de que el trabajador conozca con suficiente antelación las fechas que le corresponde descansar (cc Segovia). En alguna ocasión, por lo demás, los convenios colectivos provinciales plasman el derecho del trabajador a que la modificación de sus días de descanso sea comunicada por el empresario con una determinada antelación, por ejemplo una semana (cc Zaragoza) pudiendo prever igualmente que la modificación de los días de descanso debe hacerse conforme al procedimiento legalmente previsto (cc Las Palmas) que no es otro que el del artículo 41 ET.

Asimismo, y con este apunte, se entra en la problemática de la distribución irregular *ex* artículos 37.1 ET y 6 DJE y 7.1 DJE, no es raro que los convenios colectivos dejen abierta la opción de acumular el descanso. La práctica pone de relieve varias posibilidades. En primer lugar, cabe prever esta opción con carácter general, disponiendo por ejemplo la acumulación del medio día de descanso por periodos de entre uno y dos meses (cc La Rioja –restaurantes–. A escala provincial, cc Teruel); cabe, en segundo lugar, condicionar dicha posibilidad a la concurrencia de determinadas circunstancias como coincidencia de ausentes o incomparecencias imprevistas; también se exige en ocasiones que el empresario respe-

te un plazo de preaviso (cc Illes Balears; cc Melilla); es igualmente posible condicionar esta opción a la necesidad de que así se pacte o bien en convenios colectivos de ámbito inferior (cc Cataluña; cc Comunidad de Madrid –hospedaje–) o bien entre empresario trabajador (cc Salamanca) y otra práctica es regular directamente un régimen de trabajo de diez días consecutivos seguidos de otros cuatro de descanso (cc Ciudad Real).

Existen convenios que con apoyo directo en el artículo 37.1 ET, organizan un régimen peculiar en virtud del cual en las empresas que superen un determinado umbral de trabajadores –por ejemplo 20– el descanso semanal es de tres días cada dos semanas (cc Toledo). Lo que no parece posible es prever la posibilidad de computar el descanso semanal íntegro por periodos de entre cuatro y ocho semanas (cc Comunidad Foral de Navarra; cc Las Palmas. A escala empresarial, cc hotel Tryp Los Llanos) puesto que el artículo 6 DJE contempla el promedio cuatrisesemanal pero sólo del medio día de descanso semanal, mientras que el promedio de este mismo medio día se contempla por periodos máximos de cuatro meses en el artículo 7.1 DJE pero sólo en actividades de temporada. Algún convenio autonómico, similarmente, contempla especialidades que deben leerse de forma coordinada con los artículos 6 DJE y 7 DJE aplicables sólo a las empresas hosteleras de determinadas provincias de la Comunidad Autónoma cubierta por el convenio colectivo (cc Cataluña).

Los convenios colectivos de todos los

niveles, en fin, suelen evidenciar que la costumbre de descansar en domingo goza de máxima actualidad. Tal sucede cuando se reconoce a determinados trabajadores, por ejemplo quienes tengan hijos menores –de entre 2 y 4 años–, una preferencia para descansar en sábado y domingo (cc Comunidad de Madrid –restauración–. A escala provincial, cc Córdoba; cc Salamanca) que a veces puede condicionarse por ejemplo disponiendo que sólo se activa si así se lo proponen al empresario los representantes de los trabajadores y si no se vulneran derechos adquiridos (cc Illes Balears) o si durante dichos días existe una plantilla suficiente, a juicio de la empresa, para que el servicio no sufra deterioro (cc Alicante). Igualmente, en ocasiones se prevé que las empresas procurarán que quienes no tengan día fijo de descanso semanal por lo menos disfruten de uno o dos domingos al mes (cc Cataluña; similarmente, cc Principado de Asturias. A nivel provincial, cc Soria. En la negociación de empresa, cc hotel Abba Parque; cc hotel Gloria Palace (art. 22); cc hotel Sol Inn El Hidalgo) o entre seis y doce al año (cc Toledo. A escala empresarial, cc hotel Tryp Presidente de Barcelona) o se prevé el compromiso empresarial de conceder libre un domingo al mes si la empresa o centro de trabajo cuenta, por ejemplo, con más de cinco trabajadores (cc Burgos).

IV.4. Fiestas laborales

El artículo 37.2 ET reconoce el derecho de todos los trabajadores a disfrutar de catorce días festivos al año con la cualidad de ser retribuidos y no recuperables, e

incorpora renglón seguido un peculiar régimen sobre reparto de competencias en materia de festividades laborales –que no va a ser objeto de examen– entre el Gobierno central, los gobiernos autonómicos y las entidades locales.

Un primer punto que suele ser objeto de tratamiento a todos los niveles son los efectos de la coincidencia del día de descanso semanal con un festivo, previéndose como regla general que el trabajador no sufrirá pérdida alguna en los descansos (cc Cantabria; cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–; cc Illes Balears. A nivel provincial, cc Burgos; cc Lugo. En los convenios de ámbito empresarial, cc hotel Majestic). En la misma línea, cabe también dejar previsto que los festivos que caigan dentro de las vacaciones no se entenderán disfrutados (cc Illes Balears). Ambas declaraciones convencionales suponen una mejora de la regulación legal en beneficio de la parte laboral. En efecto, dado que la finalidad del festivo es facilitar la conmemoración de determinadas celebridades, la coincidencia del mismo con un día de descanso semanal o con las vacaciones –que son días naturales– determina, siempre que el convenio no establezca lo contrario, la imposibilidad de trasladar el festivo. En esta línea, es decir, beneficiando más al empresario que al trabajador, algún convenio autonómico declara que los festivos que coincidan con días de incapacidad temporal se entenderán disfrutados (cc Comunidad de Madrid –hospedaje–).

Otro punto que también suelen regular los convenios de todos los niveles es el

supuesto del trabajo en festivo. Hay un precepto estatal, el artículo 47 del viejo RD 2001/1983, sobre Jornadas especiales de trabajo, que habiendo sido mantenido en vigor por el Decreto de 1995, contempla esta posibilidad con carácter excepcional y si se acreditan razones técnicas u organizativas. Los convenios examinados, sin embargo, no suelen aludir ni expresa ni implícitamente más que en algún caso de forma puntual a un supuesto carácter excepcional y causalizado del trabajo en día de fiesta (cc hotel Meliá Barcelona), sino que por el contrario, contemplan esta circunstancia con carácter de normalidad (cc Cantabria; cc Illes Balears, cc Comunidad de Madrid –restauración–. A escala provincial, cc Lugo). Muy probablemente, en mi opinión, las hipótesis convencionalmente reguladas, estando bien lejos de lo permitido *ex* artículo 47 RD 2001/1983, no constituyan sin embargo una regulación *contra legem* sino *praeter legem*, pues lo cierto es que trabajar en festivo es algo bien normal en la práctica cotidiana de muchas organizaciones productivas, sobre todo en las incardinadas en el sector hostelero (cc hotel Abba Parque).

Puede afirmarse, por consiguiente, que en la regulación estatal de las fiestas laborales existe una laguna normativa –porque no se contempla la hipótesis de trabajo en día de fiestas con carácter de normalidad– que puede ser colmada por la negociación colectiva. Dando cuenta de lo que se acaba de afirmar, algún convenio reconoce a los trabajadores con hijos menores el derecho a no trabajar ningún festivo (cc Comunidad de Madrid –restauración–) o asumiendo que

tal es una circunstancia absolutamente habitual, recomienda a sus destinatarios que los festivos trabajados sean objeto de compensación en un periodo del año determinado, por lo general coincidente con la temporada baja (cc La Rioja –hostelería–). Con carácter particular, a mayor abundamiento, aparecen previstas en un mismo convenio dos hipótesis de trabajo en día de fiesta, y mientras que a una le resulta de aplicación el artículo 47 RD 2001/1983, a la otra no (cc Ciudad Real). Los festivos trabajados, en fin, pueden ser objeto tanto de compensación *in natura*, es decir, a través de otros días de no trabajo remunerados –por ejemplo acumulándolos a las vacaciones–, como ser objeto de remuneración en metálico (cc Cantabria; cc Illes Balears; cc Región de Murcia (art. 27). En el ámbito provincial, cc Cádiz; cc Burgos (art. 13); cc Soria (art. 5); cc Guipúzcoa (art. 10). En la negociación de empresa, cc hotel Chamartín; cc hotel Tryp Presidente de Barcelona)

IV.5. Vacaciones

El derecho a vacaciones constituye un derecho físico del trabajador que en el marco de un contrato de ejecución continuada, como el contrato de trabajo, garantiza que quien presta los servicios pueda disponer de tiempo suficiente para reponer las energías físicas y psíquicas, perdidas o por perder, durante el año natural de prestación de los servicios. El régimen jurídico de las vacaciones viene definido tanto en el artículo 38 ET como en el Convenio 132 de la OIT, sobre vacaciones anuales pagadas, ratificado por España el día 16 de junio de 1972.

Con arreglo al artículo 38.1 ET, los días naturales de vacaciones son treinta por cada año de prestación de servicios. Muchos convenios colectivos confirman la regulación legal (cc Cataluña; cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–; cc Principado de Asturias; cc Región de Murcia. En la negociación provincial, cc Almería; cc Albacete; cc Burgos) siendo asimismo bastante frecuente mejorarla –previendo entre 31 y 35 días naturales (cc Cantabria; cc Illes Balears; cc Comunidad Foral de Navarra. A nivel provincial, cc Granada; cc Soria. En la negociación de empresa, cc hotel Abba Parque) o bien un determinado número de días laborales, normalmente entre 22 y 25. Alguna vez se regulan convencionalmente dos opciones, con la particularidad de que la opción por las vacaciones más largas exige el disfrute de parte de las mismas en fechas que con carácter general pueden resultar no muy atractivas (cc Guadalajara). Pese a que los días de vacaciones son naturales y, por tanto, podría suceder que las vacaciones empiecen a ser disfrutadas en día reservado al descanso semanal, los convenios suelen prever que su inicio debe tener lugar el día siguiente al reservado al descanso semanal (cc Cantabria; cc Comunidad de Madrid –hospedaje–; cc La Rioja –hostelería–. A nivel provincial, vid. cc Granada; cc Alicante. En la negociación de empresa, cc hotel Chamartín; cc hotel Tryp Presidente de Barcelona). A veces se fija una fecha tope para disfrutar las vacaciones, por ejemplo antes de que finalice el primer trimestre del año natural siguiente (cc Illes Balears. En la negociación de ámbito empresarial, cc hotel Majestic) tratándose de declaraciones de suma

importancia porque corrigen cierta doctrina judicial conforme a la cual, en aras de asegurar el disfrute efectivo de las vacaciones, éstas caducan si no se disfrutaban dentro del año natural.

Los días de vacaciones se reconocen en atención al tiempo efectivamente trabajado o por trabajar, por lo que si el tiempo de prestación de los servicios es inferior a un año la duración de las vacaciones deberá reducirse de forma proporcional. A este respecto, algunos convenios colectivos incluyen previsiones que favorecen a los trabajadores, pues a tenor de las mismas toda ausencia al trabajo derivada de cualquier proceso de incapacidad temporal computa como tiempo de prestación de servicios de cara a calcular la duración de las vacaciones (cc Illes Balears. A escala provincial, cc Cádiz; cc Córdoba; cc Cuenca; cc Guipúzcoa. En la negociación de empresa, vid. cc hotel Chamartín; cc hotel Colón Barcelona). En ausencia de esta regla convencional, en efecto, no existiendo criterio legal alguno al que atenerse para resolver el problema, el empresario, muy probablemente, podría quedar en disposición de reducir la duración de las vacaciones en proporción al tiempo efectivamente trabajado.

La planificación anual de las fechas de las vacaciones es asunto que el artículo 38.2 ET envía a los convenios colectivos, bien que la fecha concreta de las vacaciones de cada trabajador debe ser pactada entre éste y su empresario y, caso de desacuerdo, decide el juez laboral sin posibilidad alguna de recurso –art. 38.2 ET. El artículo 38.3 ET, de otra parte, obliga al empresario a

exponer en cada empresa o centro de trabajo un calendario de vacaciones que haga conocidos para todos los trabajadores la eventual planificación convencional de las fechas de las vacaciones así como las concretas fechas pactadas al nivel individual entre el empresario y cada uno de sus trabajadores, reconociendo asimismo que el trabajador tiene derecho a conocer las fechas de sus vacaciones al menos con dos meses de antelación al inicio de las mismas.

La planificación convencional de las vacaciones da lugar a múltiples soluciones a todos los niveles. Así, por ejemplo, algún convenio reconoce el derecho del trabajador a disfrutar todas sus vacaciones de forma ininterrumpida (cc Comunidad de Madrid –hospedaje–) y otros, ahora con apoyo en el artículo 8 del Convenio 132 OIT, abren la posibilidad de fraccionarlas (cc Almería) –a veces condicionándola a que exista un pacto de empresa (cc Córdoba; cc A Coruña. A escala empresarial, cc hotel Hesperia-Peregrino) o un pacto individual– (cc Huelva. A escala empresarial, cc hotel Tryp Los Llanos) generalmente en dos o tres periodos (cc Comunidad Foral de Navarra. En la negociación provincial, cc Alicante; cc Castellón; cc Pontevedra) pudiendo incluir asimismo la necesidad de garantizar el disfrute de un periodo en unas fechas determinadas, usualmente entre el 15 de junio y el 15 de septiembre (cc Comunidad de Madrid –restauración–. A escala provincial, cc Granada; cc Huesca. En la negociación empresarial, cc hotel Tryp Presidente de Barcelona). La posibilidad de fraccionar las vacaciones puede aparecer prevista sólo para los casos en que el traba-

jador, o incluso el empresario, hayan decidido que las fiestas trabajadas sean disfrutadas acumuladas a las vacaciones (cc Toledo). Una pauta relativamente frecuente es planificar más o menos rígidamente el periodo vacacional encuadrándolo entre determinadas fechas, por ejemplo entre el 1 de mayo y el 30 de octubre (cc Salamanca. En la negociación de empresa, cc hotel Chamartín). Alguno de estos convenios, en fin, contempla la hipótesis de que si el trabajador se ve en la obligación de disfrutar sus vacaciones fuera de las fechas convencionalmente dispuestas la empresa le reconocerá una serie de días añadidos –por ejemplo 3– de vacaciones (cc hotel Meliá Barcelona).

Son muchas las veces en las que la negociación colectiva de los tres ámbitos confirma las pautas legales relativas a la elaboración del calendario vacacional, previendo que puede ser confeccionado por el empresario, mediando informe previo de los representantes laborales (cc Illes Balears. Al nivel provincial, cc Ourense). Otras veces, sin embargo, se mejora este extremo en beneficio de estos últimos y se exige su anuencia, lo que suele ocurrir con frecuencia, sobre todo en los convenios de ámbito empresarial (cc Cantabria; cc Cataluña; cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–. A escala provincial, cc Córdoba; cc Málaga; cc Las Palmas; cc Ávila; cc Palencia. En la negociación de empresa, cc hotel Abba parque; cc hotel NH Barcelona; cc hotel Tierra Mar). En cualquiera de ambos casos, es normal fijar una fecha tope para la elaboración del calendario (cc Zaragoza; cc Bizkaia. A escala de empresa, cc

hotel Abba Parque) por ejemplo durante los dos últimos meses del año saliente (cc Principado de Asturias) antes del 1 de enero del año entrante (cc Cataluña) o durante los tres primeros meses del año entrante (cc Zamora). Con carácter más excepcional, puede también preverse la necesidad de que el trabajador comunique al empresario las fechas en las que desea hacer efectivas sus vacaciones y que luego el empresario confeccione el calendario (cc Alicante).

Con respecto a la hipótesis de fijación empresarial del calendario vacacional, cabría manifestar que a través del calendario lo único que se consigue es dar publicidad a los acuerdos –individuales o colectivos– formalizados con anterioridad, por lo que la elaboración unilateral del calendario por el empresario será factible sólo si ello no supone atribuir a este contratante la facultad de decidir por sí mismo y planificar por su cuenta los periodos y las fechas de las vacaciones. Y si lo que se pretende con esta declaración convencional es justamente reconocer tal potestad al empresario, entonces la cláusula convencional estaría atentando a lo que establece la ley –art. 38.2 y 3 ET– y, por tanto, deberá tenerse por inexistente. Cuando la elaboración del calendario se prevé de común acuerdo empresario/representantes, en fin, el eventual desacuerdo debe generalmente ventilarse ante el órgano extrajudicial de solución de conflictos que corresponda en función de la Comunidad Autónoma donde el convenio surte vigencia (cc Cataluña; cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–).

A modo de garantía para el trabajador,

alguna cláusula convenida le reconoce el derecho a que sus vacaciones no caduquen con el transcurso del año natural en todos aquellos casos en los que el empresario incumpla su obligación de comunicar al trabajador con dos meses de antelación las fechas de sus vacaciones (cc Comunidad Foral de Navarra) existiendo igualmente previsiones que amplían a tres los meses de antelación con que el trabajador tiene derecho a conocer las fechas de sus vacaciones (cc Burgos) o que recogen el derecho del trabajador a que el empresario le entregue un justificante expresando las fechas de inicio y fin de las vacaciones (cc Ciudad Real). En ocasiones queda reconocido a escala autonómica y provincial el derecho de los trabajadores a compaginar en la medida de lo posible sus vacaciones con las estivales de sus hijos (cc Las Palmas; cc Ávila; cc Palencia) o el derecho de los trabajadores separados o divorciados con hijos a disfrutar las vacaciones coincidiendo con la fecha asignada por sentencia judicial o convenio regulador para gozar de la compañía de sus hijos (cc Comunidad de Madrid –restauración–).

Similarmente, aunque ahora se trata de trabajadores que cursan estudios en centros oficiales, algún convenio les reconoce el derecho a vacar en fechas coincidentes con los periodos de exámenes (cc La Rioja –hostelería–). Alguna vez se plasma al nivel autonómico o, en su caso, provincial el compromiso empresarial de hacer todo lo posible para que o bien el mayor número posible de trabajadores disfruten sus vacaciones en verano (cc Guipúzcoa) o bien los cónyuges que presten servicios en la misma

empresa puedan vacar simultáneamente (cc Principado de Asturias). En punto a la planificación del periodo vacacional, no es raro que se atribuya al empresario la facultad de excluir de dicho periodo aquellos momentos del año que coincidan los periodos de mayor actividad estacional (cc La Rioja –hostelería y restaurantes–; cc Comunidad Foral de Navarra. A nivel provincial, cc Soria. En los convenios empresariales, cc hotel Gloria Palace) a veces determinando con precisión el número de meses –por ejemplo 3– de mayor actividad (cc Guipúzcoa. A escala empresarial, cc hotel Tryp Presidente de Barcelona) y en su caso condicionando dicha facultad al informe previo de los representantes laborales (cc Toledo). Menos habitual, pero no carente de lógica, es prever que en los establecimientos con alta estacionalidad las vacaciones habrán de ser disfrutadas al término de la temporada (cc Comunidad Foral de Navarra) pudiendo preverse asimismo la posibilidad de acordar el cierre de la empresa durante un mes, que a la postre sería el hábil para disfrutar las vacaciones (cc Melilla) –en cuyo caso no haría falta hacer público el calendario vacacional– (cc Las Palmas), siendo posible igualmente condicionar la viabilidad del cierre de la empresa a que tal circunstancia sea comunicada al trabajador con una determinada antelación, por ejemplo de dos meses (cc Salamanca; cc Álava).

En la negociación colectiva no faltan las ocasiones en las que se incorporan reglas dirigidas a solucionar los problemas que ocasione la coincidencia de una situación suspensiva de la relación laboral, como la incapacidad o el accidente, con el periodo

de vacaciones normalmente desde la perspectiva de beneficiar la posición del trabajador (cc Cataluña; cc Illes Balears). Este tipo de situaciones no halla regulación en el artículo 38 ET, y las pautas que al respecto se contienen en el Convenio 132 de la OIT –que juegan en líneas generales a favor del trabajador porque disponen que tales circunstancias no deberían suponer la pérdida del derecho a vacar– tampoco resultan aplicables porque los preceptos correspondientes se remiten para su efectividad a las condiciones que en cada país se determinen por la autoridad competente o por el organismo apropiado. En ausencia de estas reglas, y siempre teniendo en cuenta que una reciente sentencia del Tribunal de Luxemburgo ha declarado que la suspensión del contrato en los casos de baja por maternidad genera a favor de la trabajadora el derecho a que se le asigne una nueva fecha para sus vacaciones, regla que es confirmada expresamente por algún convenio provincial (cc Zaragoza; cc Alicante) probablemente las fechas del periodo vacacional no resultarían pospuestas desde el entendimiento de que el supuesto cae dentro de los límites de la fuerza mayor y, por tanto, es el trabajador y no el empresario quien debe soportar sus negativas consecuencias –art. 1105 Código Civil.

VI. HORARIO DE TRABAJO

El horario es una condición de ejecución del trabajo que tiene por fin precisar o hacer conocidas para el trabajador las horas diarias de inicio y fin de su prestación. La norma estatal no se ocupa del régimen jurí-

dico de esta condición laboral, y ello, siendo entendible porque sería disfuncional ya que el asunto está en directa e indisoluble unión con las características propias y particularizadas de empresas y demás entornos productivos, ha de ser interpretado en el sentido de que tal régimen jurídico debe ser fijado o por la negociación colectiva, o por la contratación individual o, en su defecto, por el empresario. Lo único que regula expresamente la norma estatal es el régimen de dos horarios que por sus características pueden ser fuente de alteraciones en la salud del trabajador –el horario nocturno y el horario a turnos; art. 36 ET– y también, y con ello el legislador estatal da cuenta de la importancia del horario desde el punto de vista del trabajador, el procedimiento que el empresario deberá observar si pretende efectuar unilateralmente modificaciones del horario en vigor –art. 41 ET.

A lo largo y ancho de los capítulos dedicados al tiempo de trabajo de muchos convenios colectivos del sector hostelero de España no existen alusiones al horario (cc Cantabria; cc Cataluña. A escala provincial, cc Albacete; cc Lugo. En la negociación de empresa, cc hotel Abba Parque; cc hotel Finisterre). Ello tiene el significado práctico de remitir la determinación de las horas de entrada y salida del trabajo bien a los convenios de ámbito inferior, bien al pacto individual o bien directamente a la iniciativa unilateral del empresario. Cuando estas previsiones se incluyen, son verdaderamente excepcionales las ocasiones en las que los convenios, ahora de ámbito empresarial, fijan el horario detallado por secciones o puestos de trabajo (cc hotel Ritz). Más

común es que la negociación colectiva confirme que la fijación de los horarios es competencia exclusiva empresarial (cc Comunidad de Madrid –hospedaje–. A escala provincial, cc Palencia) –a veces exigiendo informe no vinculante de los representantes obtenido tras su consulta a los trabajadores– (cc Comunidad de Madrid –restauración–. A escala provincial, cc Cádiz; cc Granada (art. 15); cc Soria) o que prevea que la fijación de un horario flexible sólo procede previo informe favorable de los representantes de los trabajadores (cc Principado de Asturias) o también que acrezca los márgenes del poder de dirección empresarial en la gestión de esta condición de trabajo.

Con relación a este último tipo de previsiones, y al margen algunas que parecen fuera de la legalidad por atribuir al empresario facultades claramente exorbitantes (cc Jaén; cc Zaragoza) proliferan muchas que disponen que el horario tanto podrá ser continuo como partido (cc Cataluña. A escala empresarial, cc hotel Gloria palace, cc hotel Majestic) lo que legitima al empresario, y es algo judicialmente aceptado, para incluir en los contratos de sus trabajadores cláusula a cuya virtud el paso de un horario continuo a otro partido, o viceversa, puede efectuarse obviando los trámites procedimentales previstos en el artículo 41 ET. De forma similar, no faltan las ocasiones en las que se previene que sobre la base de la existencia de un sistema de trabajo continuo, partido o a turnos la empresa puede aplicar cada una de dichas modalidades, siempre de forma causalizada, sin más requisitos que un preaviso al trabajador de quince días (cc Alicante). En esta línea, no es raro que la negocia-

ción colectiva prevea sistemas horarios, que pueden calificarse como móviles, a cuya virtud se reconoce el derecho de los trabajadores a conocer con una semana de antelación el nuevo horario que habrá de observar (cc Sta. Cruz de Tenerife).

Con carácter verdaderamente excepcional, algún convenio prevé que determinados trabajadores, por ejemplo los que tengan hijos o cónyuges minusválidos, tienen preferencia para elegir horario (cc Segovia). No incluyendo previsiones específicamente referidas a la determinación o régimen del horario de trabajo, en fin, algunos convenios colectivos autonómicos sí que incluyen sin embargo derechos específicos –por ejemplo a manutención a cargo de la empresa– de categorías concretas de trabajadores –por ejemplo del personal de catering o cafetería– cuando estos deban desarrollar su prestación en determinadas franjas horarias –por ejemplo cuando su horario de trabajo coincida con el horario natural de comidas o cenas del establecimiento hostelero (cc Comunidad de Madrid –restauración–).

VI.1. Horario nocturno

El artículo 36.1 *ab initio* ET enmarca el horario nocturno en la franja comprendida entre las diez de la noche y las seis de la mañana. A partir de la existencia de un horario nocturno, el artículo 36.1.3º ET proporciona una definición de trabajador nocturno, que es quien realizando normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, o bien quien, previsiblemente, vaya a realizar

en horario nocturno una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual, se beneficiará íntegramente del régimen jurídico de la jornada nocturna. Los extremos principales de este régimen jurídico son los que siguen.

La duración de la jornada nocturna –art. 36.1.2º *ab initio* ET– no puede exceder de ocho horas diarias de promedio en un período de referencia de quince días, sin que quepa realizar horas extraordinarias. La posibilidad de que exista una normativa estatal excepcional del juego del artículo 36.1.2º *ab initio* ET viene prevista en el artículo 36.1.4º *ab initio* ET, y se ha traducido en el artículo 32 DJE. Al efecto de las empresas hosteleras, esta norma permite ampliar a cuatro meses, o a seis si así lo dispone la negociación colectiva de cualquier ámbito el plazo para promediar las ocho horas diarias, permitiendo asimismo la realización de horas extraordinarias siempre que exista pago *in natura* en los días inmediatamente posteriores. La segunda especialidad de la jornada nocturna aparece en el artículo 36.4.2º ET, que va dirigido con carácter exclusivo a la tutela de la integridad del trabajador nocturno y consta de un supuesto de hecho múltiple. La tercera especialidad viene dada por el régimen remuneratorio del trabajo nocturno, supuesto donde hay que estar a lo que dispone el artículo 36.2 ET, a cuya virtud las horas trabajadas en período nocturno tienen una retribución específica a determinar en la negociación colectiva, salvo que el salario se fije atendiendo a que el trabajo es nocturno por su propia naturaleza o se acuerde su compensación con des-

cansos. Entre los convenios colectivos manejados, en fin, la mayoría se ocupa de forma prácticamente exclusiva del régimen remuneratorio de las horas nocturnas (cc Cantabria; cc Cataluña; cc Comunidad Foral de Navarra. A escala provincial, cc Cádiz; cc Salamanca; cc Lugo; cc Álava. En la negociación de empresa, cc hotel Abba Pparque; cc hotel Avenida Palace). siendo éste un asunto que no forma parte de este análisis.

VI.2. Trabajo a turnos

Con arreglo al artículo 36.3.1º ET, el trabajo a turnos constituye una forma de organización del trabajo basada en equipos de trabajadores que rotan por los mismos puestos de trabajo. Tal régimen lleva consigo variaciones horarias, lo cual constituye la nota tipificadora del trabajo a turnos y permite entender que el objeto de las medidas legales protectoras de los trabajadores a turnos es prevenir los riesgos que para su salud puedan materializarse a consecuencia de dichas variaciones. Por este motivo, es posible hablar de trabajo a turnos en sentido al uso o sociológico, por ejemplo cuando en la empresa existan turnos de mañana, tarde y noche pero sin rotación entre trabajadores, y también en sentido técnico jurídico, cuando exista rotación. Por lo demás, la rotación de los equipos de trabajadores tiene lugar según un cierto ritmo, que tanto puede ser continuo, es decir, con descansos no coincidentes de los equipos de trabajadores, como discontinuo, lo que sucederá cuando dichos descansos sean coincidentes.

Las normas estatales reguladoras de esta forma de organizar el tiempo de trabajo están repartidas entre la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el Decreto de las jornadas especiales. La normativa legal va dirigida, de un lado, a empresas que desarrollan su actividad durante las veinticuatro horas del día –art. 36.3.2º ET– y, de otro, a empresas que permanecen en activo toda la semana, domingos y festivos incluidos –art. 36.3.3º ET. La normativa reglamentaria –art. 19 DJE–, por su parte, rige en cualquier ámbito de actividad donde el trabajo se organice mediante un régimen de turnos e incide sobre el régimen jurídico de los descansos entre jornadas y semanal, por lo que la habilitación hecha al Gobierno en los artículos 34.7 ET y 37.1 ET para modalizar, respectivamente, el régimen jurídico de los descansos entre jornadas y semanal vale también para la modalización reglamentaria del régimen jurídico de estos descansos en el caso del trabajo con horario a turnos.

El artículo 19.2 DJE incide en clave flexibilizadora sobre la normativa legal reguladora del descanso entre jornadas –art. 34.3.1º ET– cuando esta regulación se proyecte sobre empresas que tengan instaurado un sistema de turnos, y establece a tal efecto que cuando el trabajador cambie de turno y no pueda disfrutar íntegramente el descanso, éste podrá reducirse de doce a siete horas, no más, siendo así que la duración del turno diario podría quedar aumentada en un máximo de cinco horas. En cuanto al descanso semanal en el trabajo a turnos, el artículo 19.1 DJE incide sobre su régimen jurídico de dos formas: permitiendo acumular medio día del correspondiente al descan-

so semanal por periodos máximos de cuatro semanas, y permitiendo que este descanso, que debe disfrutarse de forma ininterrumpida según dicho precepto legal, se disfrute de manera fraccionada durante la semana, quebrando la imperatividad de la norma legal –art. 37.1 ET– en este punto.

Conocidas las especialidades genéricas, reglamentariamente previstas, de la jornada a turnos que se proyectan sobre el régimen jurídico de los descansos entre jornadas y semanal, resta analizar las especialidades de la jornada en régimen de turnos que rigen únicamente en aquellas empresas que se mantengan en funcionamiento durante todo el día –art. 36.3.2º ET– o durante toda la semana –art. 36.3.3º ET.

Con relación a las empresas en marcha todo el día, el artículo 36.3.2º ET previene que en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el turno de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria. El artículo 36.3.3º ET, por su parte, resulta aplicable a las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos incluidos los domingos y días festivos, y permite organizar el trabajo 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. Obsérvese, no obstante, que el mantenimiento de esta norma no parece razonable desde el momento en que la Ley 11/1994 deroga la Ley del descanso dominical y, con ello, también la prohibición de

trabajar en domingo –o festivo–, que era lo que justificaba la existencia del viejo artículo 36.4 ET.

Conocidas en sus trazos generales las pautas legales sobre trabajo a turnos, en la negociación colectiva hostelera son absolutamente marginales las ocasiones en las que se entra a regular de forma directa y expresa la prestación de trabajo a turnos. Además, cuando así ocurre suele hacerse o bien repitiendo literalmente los términos legales, lo cual es innecesario y, además, no contribuye a aclarar el confuso sentido del texto legal (cc Principado de Asturias) o bien, en la misma línea, para dejar previsto que en materia de rotación de los turnos se estará a lo dispuesto en las normas legales vigentes (cc Alicante). Los convenios colectivos, en fin, introducen en alguna ocasión previsiones que aconsejan –pero no obligan a– instaurar el sistema de turnos rotativos en empresas o centros de trabajo que acrediten determinadas particularidades, por ejemplo permanecer abiertos al público durante dieciséis horas o más (cc Valencia). Verdaderamente excepcionales, como se viene diciendo, son las ocasiones en las que se incorpora expresamente un sistema de turnos rotatorios y se organiza la concreta cadencia rotatoria, por ejemplo semanal (cc hotel Marbella Club).

VI.3. El calendario laboral

Que el régimen jurídico del horario esté –salvo las excepciones que conciernen al trabajo en horario nocturno y en horario a turnos– desregulado e implícitamente remi-

tido en bloque a las partes de la negociación colectiva o, en su defecto, de la relación individual de trabajo no debería significar que el trabajador pueda quedar sin conocer a qué hora va a comenzar o a finalizar su jornada diaria. En directa conexión con esta afirmación, el artículo 34.6 ET contempla la obligación del empresario de elaborar anualmente el calendario y de exponerlo en un lugar visible de la empresa o centro de trabajo. La normativa estatal referida al calendario viene dada por este precepto y también por lo dispuesto en la DA 3ª.a) DJE, que reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario.

Un extremo esencial de la obligación empresarial de confeccionar el calendario pero sumamente problemático porque carece de normación estatal, es todo lo relativo a su contenido. Este importante extremo, en consecuencia, queda implícitamente remitido en bloque por el Estado a la autonomía colectiva. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de septiembre de 2000, ha corroborado esta impresión cuando afirma que *«... es más que dudoso que el empresario esté obligado a incluir los horarios en el calendario (...) esta obligación no puede extenderse a aquellos trabajadores y horarios que, por las características de su prestación, ya se ha previsto en el convenio colectivo que realicen unas jornadas de difícil determinación (...). La obligación de establecer en el calendario la precisión horaria de estos trabajadores supondría tanto como destruir el principio de libertad*

organizativa que el (...) convenio colectivo concedió a la empresa respecto de esas especiales tareas y los trabajadores que las realizan...». Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, matizando los términos de su doctrina en sentencia posterior de 30 de abril de 2001, apunta que es absolutamente necesario que a cambio de la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo existan mecanismos hábiles para anticipar al trabajador sujeto al régimen de flexibilidad un conocimiento más o menos exacto de los criterios que rigen la problemática de sus horas de entrada y salida del trabajo.

La práctica de la negociación colectiva de ámbito autonómico, provincial y de empresa revela que es bastante infrecuente incluir previsiones relativas al calendario laboral. Cuando así ocurre, éstas suelen ir referidas a los criterios de elaboración del calendario, bien por el empresario de forma unilateral previa consulta e informe no vinculante de los representantes (cc Cataluña; cc Comunidad Foral de Navarra; cc Guipúzcoa) –consulta que se traslada a los trabajadores individuales si la empresa o centro de trabajo cuenta con menos de 6 trabajadores– (cc Comunidad Foral de Navarra) o bien obligando al empresario a pactar el calendario con los representantes laborales (cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–; cc La Rioja –hostelería–. A escala provincial, cc Badajoz; cc A Coruña; cc Álava. A escala empresarial, cc hotel Hesperia-Peregrino; cc hotel Majestic) o, en su defecto, con los propios trabajadores (cc Cantabria). En alguna ocasión se fijan plazos, por ejemplo el primer trimestre del año, para la confección del calendario (cc La

Rioja –hostelería–; cc Comunidad Foral de Navarra. A escala provincial, cc Ciudad Real; cc Burgos. En la negociación de empresa, cc hotel Tryp Presidente de Barcelona). Con carácter más puntual, el contenido del calendario puede aparecer especificado a los niveles autonómico, provincial y de empresa obligando a que dicho documento incluya por ejemplo el horario anual y las vacaciones anuales (cc Cantabria) o más detalladamente, el nombre del trabajador, el grupo profesional, el turno de trabajo diario, la jornada semanal y los tiempos de descanso (cc Comunidad de Madrid –hospedaje y restauración–; cc Comunidad Foral de Navarra. En la negociación provincial, cc Cádiz; cc Huelva; cc Guadalajara; cc Badajoz; cc A Coruña. En la negociación de empresa, cc hotel Chamartín; cc hotel Hesperia-Peregrino (art. 24); cc hotel Majestic). En esta materia, en fin, es posible hallar alguna cláusula convenida que deja constancia implícita de que el sistema de tiempo de trabajo en la empresa es o puede ser flexible, pues parece que tal y no otro es el sentido que hay que dar a las normas que previenen que el trabajador tiene derecho a conocer, a través de calendarios sucesivos, sus días de descanso con una antelación mínima de dos meses (cc La Rioja –hostelería–).

VII. CONCLUSIÓN

El estudio que se ha llevado a cabo permite concluir que los interlocutores sociales vienen actuando con mucha naturalidad las grandes posibilidades reguladoras y, en general, organizadoras de la dinámica de la prestación de tiempo de trabajo que en su día les abrió la Ley 11/1994, de reforma de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores. Ello no obstante, siendo el tiempo de trabajo un factor que no sólo acredita una particular relevancia desde el punto de vista macroeconómico en tanto en cuanto la disminución de las horas de trabajo puede contribuir a la creación de empleo, sino que además se erige en el principal vértice articulador de la conciliación de la vida laboral del trabajador con su tiempo de vida íntima, resulta criticable la circunstancia de que el seguimiento de la negociación colectiva arroje, como se ha visto, que persisten enquistadas determinadas prácticas que contribuyen de forma poco deseable a la existencia de jornadas individuales excesivamente largas, siendo prácticamente inexistentes, por lo demás, las medidas convencionales dirigidas a posibilitar una conciliación real y eficaz de vida laboral y vida privada del trabajador.