

BREVE INFORME SOBRE ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN ESPAÑA, CON UNA REFERENCIA A SU TRATAMIENTO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DO TRABALHO PORTUGUÉS

Javier Gárate Castro*

Universidade de Santiago de Compostela

1. Sin duda, el **tiempo de trabajo** constituye un elemento o factor principal de la determinación de la prestación de trabajo debida por el trabajador; por ello, se comprende fácilmente que sea objeto de atención por parte de la legislación de cualquier Estado que cuente con una mínima regulación de las relaciones laborales, así como que el examen de su régimen jurídico se convierta en una operación imprescindible para la calificación del ordenamiento al que pertenezca aquella legislación y del modelo de relaciones laborales a que da lugar. Pues bien, uno de los criterios utilizables a los efectos considerados es el de reparar en el grado de imperatividad y homogeneidad de las reglas o pautas por las que se rige el tiempo de trabajo. El descubrimiento de un importante grado de regulación **legal imperativa** y de **homogeneidad** del tiempo de trabajo y de otras condiciones de trabajo aplicables a los diferentes grupos de trabajadores subordinados pondría entonces de relieve la presencia de un ordenamiento laboral **rígido**; por el contrario, el retroceso de la referida regulación legal y la introducción de causas que permiten la diversificación de las condiciones de trabajo (entre ellas, del tiempo de trabajo) y su adaptación a las necesidades productivas y a las variadas situaciones y peculiaridades de las empresas servirían para detectar la presencia de la conocida como **flexibilidad** del Derecho del Trabajo o, si se prefiere, del mercado de trabajo.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

2. Como en otros Estados, la mayor atención a los importantes cambios apreciables en los procesos productivos, así como a las repercusiones de tales cambios sobre las condiciones de competitividad y necesidades de funcionamiento de las empresas, han conducido a una progresiva evolución del Derecho del Trabajo español hacia un modelo flexible de regulación que busca, además de la adaptación de las empresas a los aludidos cambios y sus consecuencias, la generación de *empleo*. La década de los ochenta conocerá ya destacadas manifestaciones del fenómeno; sin embargo, ninguna de ellas va a alcanzar la relevancia de la que aparece unida a la general y profunda reforma de la legislación laboral de 1994, uno de cuyos pilares básicos es la flexibilización de cuanto concierne a la gestión de la mano de obra (*flexibilidad interna*), comprendiendo la adopción de medidas que se proyectan directamente sobre los aspectos centrales de las condiciones de disposición del trabajo subordinado, relativos, además de a la organización del trabajo y determinación de la prestación debida por el trabajador, dentro de la que quedaría incluida la *ordenación del tiempo de trabajo*, a la *retribución*. El resultado general es, por lo que respecta a la materia aquí tratada, el establecimiento de un marco legal favorecedor de la *diversificación* de los tiempos de trabajo tanto en términos *cuantitativos* (duración) como *cualitativos* (distribución u organización, de la que es pieza fundamental el horario), destacando en él la ampliación, a efectos de procurar la efectividad de dicha diversificación, de las posibilidades de intervención de la regulación convencional, muy señaladamente la que tiene su origen en el ejercicio de la autonomía colectiva.

3. Como es fácil de imaginar, esa intensificación del papel de la regulación convencional se corresponde con un retroceso de las normas estatales sobre el tiempo de trabajo. La ley es menos imperativa y, además, renuncia, decididamente, a una regulación minuciosa o de detalle de los aspectos relacionados con el tiempo de trabajo. Si lo primero permite que la autonomía colectiva pueda llegar a disponer de algunas prescripciones legales (es el caso, por ejemplo, del límite de las nueve horas ordinarias y diarias de trabajo efectivo, del que luego trataré), lo segundo conduce a que ésta y, a veces, también la autonomía individual cuenten con un mayor espacio para establecer una regulación complementaria de la proporcionada por la normativa estatal. El legislador español considera bastante que su intervención en la ordenación *común* del tiempo de trabajo se ciña al establecimiento

de las reglas definatorias del marco general de ésta, de modo que se hace preciso, para completarla, el concurso del convenio colectivo. Si se compara el conjunto de esas reglas [arts. 34 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)] con las que el anteproyecto de *Código do Trabalho* portugués dedica al tiempo de trabajo (arts. 151 y siguientes; “*duração e organização do tempo de trabalho*”)¹ se puede apreciar que éste, aunque avanza también considerablemente por la senda de la flexibilidad, incorpora un mayor grado de intervencionismo o, si se prefiere, es menos flexible o establece un mayor número de reglas imperativas a las que debe sujetarse la negociación colectiva (en su caso, también la autonomía individual) y, en definitiva, la distribución o gestión de los tiempos de trabajo.

Ciertamente, el examen del contenido actual de los preceptos del ET que se ocupan del tiempo de trabajo muestra, de manera clara, la apuntada flexibilización. Con todo, no me parece ocioso advertir que la supresión de rigideces en la ordenación tradicional de aquél no es la única directriz apreciable, de modo que, sin perjuicio de su importancia, coexiste con otras finalidades no menos relevantes, como son las de *mejora de las condiciones de trabajo* y de la calidad de vida de los trabajadores (más tiempo libre para el descanso y actividades extralaborales), *tutela de la salud* de éstos y *reparto del trabajo* (redistribución del empleo disponible con objeto de permitir el acceso a una ocupación del mayor número posible de quienes componen la población activa)².

¹ Manejo el texto que figura en la *web* del *Ministério da Segurança Social e do Trabalho* (www.msst.gov.pt).

² Ni que decir tiene que tales medidas de reparto del trabajo son, desde el punto de vista de la solución del problema del paro, *parciales*. Responden a la finalidad señalada la promoción del trabajo a tiempo parcial y de la celebración de contratos de relevo (asociados al pase de otro trabajador de la empresa a la situación de “jubilación parcial”), así como las restricciones a la realización de horas extraordinarias. No deja de chocar con este tipo de medidas las actuaciones emprendidas últimamente en orden a incentivar la permanencia en activo (total o parcial) del trabajador al cumplir la edad ordinaria de jubilación (incremento de la cuantía futura de la pensión; exención de la cotización a la seguridad social por contingencias comunes, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional; compatibilidad del disfrute de la pensión de jubilación, proporcionalmente minorada, con un trabajo a tiempo parcial), así como el dejar de promocionar que la negociación colectiva pueda establecer edades de jubilación forzosa (derogación de la disposición adicional décima ET por la Ley 12/2001, de 9 julio; según algunos, tal derogación implica la supresión de la posibilidad de esa jubilación forzosa, lo que no comparto). Sobre las referidas medidas que tratan de incentivar la permanencia en activo *vid.* J. L. TORTUERO PLAZA: “La reforma de la jubilación: una ordenación con múltiples lecturas”, en J. GÁRATE CASTRO

4. Por lo que se refiere a la flexibilización de la regulación legal del tiempo de trabajo, sobre la que centro mi exposición, se aprecia que es *general*, de manera que todas las facetas que forman parte de ese tiempo se ven afectadas por prescripciones o reglas tendentes a facilitar, en mayor o menor medida, la gestión de éste por la empresa, permitiendo, sobre todo, su distribución u organización con arreglo a fórmulas antes inviables legalmente, acomodadas a las nuevas formas de organización del trabajo y a la diversidad de situaciones de las empresas, incluso dentro de un mismo sector. La consecución de esa acomodación se ha revelado incompatible con la reglamentación tradicional del tiempo de trabajo, conducente al establecimiento de tiempos rígidos y homogéneos, en cuanto a su duración, distribución y empresas afectadas, abiertamente opuestos a las exigencias de la competitividad y de las aludidas formas de organización que se van imponiendo en el mercado o escenario en el que se compete, que, cada vez con más frecuencia, traspasa las fronteras de un concreto Estado. Aquellas exigencias demandan el establecimiento de vías que hagan posible la diversidad e individualización de la ordenación del tiempo de trabajo, de la que es ingrediente básico la adaptabilidad de los horarios. A la anterior finalidad responde, de forma principal, la ya apuntada reducción de las reglas legales imperativas sobre la distribución del tiempo de trabajo y la simultánea ampliación del papel regulador de la autonomía colectiva, que, sin llegar a ser absoluto, tiene ahora mayores posibilidades de intervenir en los aspectos cualitativos del tiempo de trabajo mediante la conclusión de acuerdos que satisfagan las necesidades de las empresas en orden a la adaptación de la referida distribución a las exigencias de tipo organizativo y productivo presentes en el desarrollo de su actividad. En suma, se favorece el que esa distribución pueda variar, por las razones indicadas, tanto respecto a otras empresas del mismo sector como entre los distintos departamentos, secciones o grupos de trabajadores de la empresa de que se trate.

5. Buena muestra de lo que acabo de indicar es que, aunque la duración máxima legal de la jornada ordinaria³ sigue establecida en *cuarenta horas*

(coordinador), *Estudios jurídicos sobre las reformas de la seguridad social*, Editorial Revista Xurídica Galega (Pontevedra, 2002), págs. 35 y sigs.

³ O "período normal de trabalho", si se prefiere la expresión utilizada en el anteproyecto de *Código do Trabalho*.

semanales de trabajo efectivo (art. 34.1 ET), ahora se excluye ya de entrada que se esté ante un módulo temporal rígido, pues se señala que tales cuarenta horas han de resultar de “promedio en cómputo anual”. Pero, además, la fijación de un límite máximo a las horas ordinarias de trabajo efectivo que un trabajador puede realizar diariamente, que constituye otro elemento clave en la disposición del tiempo de trabajo y confección de los horarios, ha pasado a tener, a raíz de la reforma de 1994, un carácter *supletorio* y *dispositivo* para la autonomía colectiva y en relación con los trabajadores que hayan cumplido los dieciocho años. Los únicos límites legales a que queda supeditado el ejercicio de la autonomía colectiva en este punto son los del descanso mínimo entre dos jornadas sucesivas (doce horas; art. 34.3, párrafo primero, ET) y, en su caso, del descanso mínimo que debe existir dentro de la jornada que comprenda más de seis horas continuadas de trabajo (quince minutos; art. 34.4, párrafo primero, ET). Respetando tales límites, el convenio colectivo y, en su defecto, el pacto de empresa pueden llegar a prever la existencia de jornadas diarias que *excedan de nueve horas* de trabajo efectivo, bien con carácter general, bien para determinados grupos de trabajadores o departamentos.

Lo anterior debe ponerse en conexión con otro factor de flexibilización, que es el de la admisión *legal* expresa (anteriormente sólo implícita) de la posibilidad de que, de nuevo, por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores se establezca una *distribución irregular* de la jornada a lo largo del año (*anualización*)⁴, la cual cabe que venga definida por la variación del número de horas ordinarias

⁴ Contempla la posibilidad de una distribución similar el anteproyecto de *Código do Trabalho*. Tras establecer, en el art. 160, el cómputo de la jornada máxima ordinaria (ocho horas diarias y cuarenta horas semanales) de acuerdo con la duración media del trabajo, su art. 162.1 dispone que dicho cómputo se realice tomando como referencia el período que figure en el convenio colectivo aplicable (con más propiedad, “*instrumento de regulamentação colectiva*”), sin que pueda ser superior a doce meses o, a falta de previsión en dicho convenio, a cuatro meses, salvo que concurren algunas de las circunstancias señaladas en el apartado 2 del mismo artículo, en cuyo caso el período de referencia podría ampliarse hasta los seis meses. También aparece una previsión de esta naturaleza en Italia, en el art. 13 de la Ley n.196/1997, de 24 junio, que consiente que el cómputo de la jornada máxima ordinaria (*normale*) pueda realizarse atendiendo a la duración media de la prestación de trabajo durante períodos superiores a la semana, pero no al año; sin embargo, a diferencia del ET español o del anteproyecto de *Código do Trabalho* portugués, la posibilidad de tal cómputo queda reservada a los convenios colectivos nacionales.

de unos días a otros o entre las distintas semanas y debe respetar, en todo caso, los períodos mínimos de descanso diario y semanal, fijados por el propio ET (también, aunque no se diga, el que este Texto legal establece que debe existir dentro de la jornada diaria continuada que exceda de seis horas). Sin duda, todo lo dicho puede contribuir a hacer más innecesario el uso de las horas extraordinarias (*trabalho suplementar*). Ni que decir tiene que la previsión de esa distribución irregular concuerda con la ya señalada del cómputo de las cuarenta horas semanales con arreglo al promedio anual de las semanas laborables.

En resumen: la negociación colectiva (tanto la sectorial como la de empresa) puede desembocar en acuerdos en virtud de los cuales los trabajadores que hayan cumplido los dieciocho años queden sometidos a *horarios* que impliquen la realización de jornadas diarias o semanales superiores, respectivamente, a las *nueve* o *cuarenta horas* ordinarias de trabajo efectivo. Lo primero, por el carácter dispositivo de ese límite legal de las nueve horas; lo segundo, porque lo que exige el legislador no es que ninguna semana de trabajo supere las mencionadas cuarenta horas, sino que el *promedio* de la duración de la jornada ordinaria correspondiente a la totalidad de las semanas laborables del año no rebase aquéllas (art. 34.1, párrafo segundo, ET), de modo que semanas de más de cuarenta horas ordinarias de trabajo efectivo habrán de figurar precedidas o seguidas de otras de duración inferior, lo que puede resultar suficiente para permitir el ajuste de la capacidad productiva a las variaciones de la demanda y la intensificación, en combinación con otros mecanismos de distribución del tiempo de trabajo (por ejemplo, trabajo a turnos continuados, fijos o rotatorios, comprensivos de fines de semana y festivos), del empleo de las instalaciones, la maquinaria o los bienes de equipo de que se dispone tras afrontar inversiones elevadas pero necesarias para competir en un mercado que requiere la permanente incorporación de nuevas tecnologías.

6. A la vez que establece una regulación promocional de la negociación colectiva, la norma estatal sienta las bases para hacer efectiva, a través de ésta, la ruptura de la tradicional homogeneidad apreciable en la distribución del tiempo de trabajo. Pero es que, además, la general apertura de esa distribución a fórmulas flexibles que permiten su diversidad dentro de la empresa o de una empresa a otra, no termina en lo que pueda disponer el convenio colectivo o el acuerdo de empresa. En efecto, aparte de lo que luego

expondré, a propósito de las horas extraordinarias y su compensación mediante descanso, las posibilidades de las empresas en el momento de distribuir la duración de la jornada ordinaria se incrementan como consecuencia de las modificaciones producidas en la regulación del *descanso semanal* y, en concreto, de la previsión del nuevo art. 37. 1 ET, según la cual el descanso mínimo de día y medio ininterrumpido de los trabajadores que hayan cumplido los dieciocho años es “*acumulable* por períodos de hasta catorce días”. Pues bien, es claro que esta posibilidad general que tiene la empresa de disponer que el disfrute del descanso correspondiente a una semana se difiera o posponga a la siguiente equivale, en la práctica, a permitir una decisión unilateral de aquélla, comprendida en el poder de dirección, acordando que el trabajador realice su prestación de forma continuada durante un período de hasta once días, lo cual, unido a la admisión de que pueda superarse el límite diario de las nueve horas de trabajo ordinario, da cabal cuenta de los importantes instrumentos con que se cuenta para hacer posible una gestión flexible del tiempo de trabajo. Otra cosa es que la negociación colectiva pueda intervenir al respecto, excluyendo o sometiendo a condiciones la acumulación considerada y, a la postre, introduciendo rigidez donde la ley no lo hace.

7. Son también manifestaciones de las mayores facilidades que la normativa estatal general (el ET) confiere al empresario en relación con la disposición del tiempo de trabajo, sin ánimo exhaustivo:

a) La previsión de que las *horas extraordinarias* compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, se produzca o no esa compensación como consecuencia de pacto, dejarán de computarse como tales (art. 35.2, párrafo segundo, ET). Puesto que pasarían entonces a tener la consideración de horas “ordinarias”, la referida compensación, efectuada con cargo al número de éstas, comporta, de hecho, una distribución *irregular* de la jornada, comprobándose que, en contra de lo que parece desprenderse, *prima facie*, del art. 34.2 ET, el pacto individual, en defecto de convenio colectivo, o, en ausencia de todo pacto (individual o colectivo), la propia norma estatal, sirven también para conducir a aquella distribución irregular o flexible, en la medida en que, en su virtud, las horas extraordinarias deban compensarse con descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (art. 35.1 ET). En otros términos, las posibilidades de la distribución irregular de la jornada o variabilidad horaria son mayores

que las que se deducen del art. 34.2 ET y han de determinarse a través de la consideración conjunta de este precepto y del art. 35.1 de igual Texto legal.

b) La posibilidad de modificar, “cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, el *horario* o el *régimen de turnos* que se encuentren regulados por convenio colectivo negociado con arreglo al Título III ET (los que se conocen como “estatutarios” u “oficiales”). Con todo, se excluye que semejante modificación pueda producirse por decisión unilateral del empresario, exigiéndose, bajo pena de nulidad de la medida, que medie acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores (art. 41.2, párrafo tercero, ET). De no existir convenio colectivo que regule las indicadas materias, o si el mismo es “extraestatutario”, la alteración es más fácil, quedando sometida al procedimiento ordinario de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que permite que ésta pueda ser finalmente decidida por la empresa, sin perjuicio de que deba abrir previamente, si la modificación mereciera la consideración de “colectiva”, un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, durante el cual habrá de negociar de buena fe con ellos, a fin de conseguir un acuerdo (art. 41.4 ET), lo que en modo alguno significa que tal acuerdo se tenga que alcanzar.

Y **c)** la simplificación y clarificación del procedimiento a seguir en la fijación del período de disfrute de las *vacaciones*. El nuevo art. 38 ET, aparte de presentar de forma más inteligible el papel del convenio colectivo, confiere a las partes una mayor libertad sobre el particular; de un lado, al eliminar la antigua referencia a la posibilidad de éstas de “convenir en la división en dos del período total” de vacaciones, lo que permite, actualmente, la distribución (por acuerdo individual o convenio colectivo) de dicho período con arreglo a un mayor número de fracciones a lo largo del año⁵. Pero, de otro lado, la referida mayor libertad se concede también desde el momento en que la norma estatal prescinde del establecimiento de cualquier criterio condicionante del acuerdo o pacto entre el empresario y el trabajador (también del convenio colectivo) relativo al período o los períodos concretos de disfrute de las vacaciones, como era, señaladamente, el de la preferencia del trabajador con responsabilidades familiares a elegir para aquéllas un turno coincidente

⁵ Repárese en que ello entra dentro de lo permitido por el art. 8 del convenio 132 de la OIT.

con las escolares de sus hijos. El expresado pacto sólo ha de respetar los criterios sobre planificación de las vacaciones que pueda haber fijado el convenio colectivo (hasta la reforma de 1994, el art. 38 ET disponía que tales criterios operaban “a falta de acuerdo” entre el trabajador y el empresario); si ese convenio no existe o no prevé ningún criterio, la concreción del período o de los períodos de disfrute estará únicamente sometida a lo que acuerden las propias partes, cuyas discrepancias serán resueltas por los Tribunales laborales, igual que las que surjan en la aplicación de las previsiones sobre vacaciones contenidas en el convenio colectivo.

8. Ya indiqué que la normativa estatal abre a la negociación colectiva un amplio campo en materia de ordenación del tiempo de trabajo. Añado ahora que es verdaderamente excepcional que los convenios colectivos omitan la inclusión de reglas sobre ésta, al menos en lo que concierne a su duración. Aun así, la práctica revela que tales reglas pueden llegar a acusar importantes diferencias cuantitativas (número de prescripciones) y cualitativas (de contenido) según el tipo de convenio de que se trate y, en concreto, según que sea de sector o de empresa; igualmente, tanto dentro del grupo de los convenios sectoriales como de empresa aparecen tratamientos muy distintos y con muy diversos grados de flexibilidad o rigidez. Ciertamente, el convenio de empresa permite abordar cuestiones en las que el de sector, por el carácter general de su regulación, no puede entrar, lo que fuerza a su posterior complemento por acuerdos de empresa, previstos, en ocasiones, por aquél. Un examen de los convenios colectivos sectoriales muestra que sus estipulaciones suelen ser de notable amplitud y se limitan a los aspectos más generales del tiempo de trabajo, quedando remitida la concreción de la materia y, en definitiva, de la organización de los tiempos de trabajo y la posible diversificación de éstos, a lo que se disponga en el ámbito de cada empresa⁶, en el que deberá de observarse, en su caso, las pautas que al respecto pueda haber establecido el correspondiente convenio sectorial⁷. En contraste con las

⁶ Así, se pueden encontrar convenios (sectoriales) señalando que “las empresas indicarán el calendario laboral correspondiente” o que “cada empresa establecerá la distribución de la jornada más adaptada a sus necesidades” (art. 18 convenio para **empresas concesionarias de cable de fibra óptica** 1999-2002, Boletín Oficial del Estado de 18 enero 2000).

⁷ Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se estipula que la “flexibilización o adaptación” de la jornada de trabajo “en función de las puntas de producción” se producirá “de acuerdo con los representantes de los trabajadores o con los propios trabajadores donde no haya representantes de los trabajadores, siempre dentro de los límites establecidos por la

aludidas estipulaciones, las que aparecen en los convenios colectivos de empresa suelen ser más detalladas y, con cierta frecuencia, minuciosas e, incluso, hasta complejas en extremo, tendiendo a dar una respuesta directa e inmediata a los problemas específicos de la empresa suscriptora del convenio, principalmente los relacionados con los aspectos cualitativos del tiempo de trabajo.

9. Lo dicho anteriormente se comprueba de forma particular en relación con el *horario de trabajo*, esto es, la determinación del tiempo durante el que el trabajador debe prestar sus servicios dentro de cada día, comprensiva de la fijación exacta de los momentos de entrada y salida. Se trata de un instrumento de gestión del tiempo de trabajo que se encuentra muy ligado y debe adaptarse a las circunstancias de cada empresa e, incluso, de cada centro de trabajo, las cuales pueden conducir a su separación del que rige en otras empresas y hasta en otro centro de trabajo de la misma empresa, así como a que haya de variar, dentro de ésta e, incluso, dentro de cada uno de sus centros, de unos trabajadores a otros. Ello explica que tanto la normativa estatal como los convenios colectivos sectoriales no afronten una regulación general de la materia, para cuyo establecimiento es apropiado, en cambio, el convenio o acuerdo de empresa. Ciertamente, la competencia de la empresa en orden a la fijación del horario consiente en ser encauzada por la negociación colectiva, pero el convenio sectorial suele limitarse, todo lo más, a proporcionar algunas reglas, amplias, a las que deben acomodarse los horarios que se establezcan en las empresas incluidas en su ámbito de aplicación.

Un examen de los convenios de empresa que entran realmente a condicionar la determinación patronal de los horarios muestra, entre otras pautas a través de las que se pretende conseguir este objetivo, las siguientes:

legislación vigente" (art. 38 convenio estatal de **perfumería y afines** 2002-2003; Boletín Oficial del Estado de 18 junio 2002); que "la dirección de cada empresa, de acuerdo o previo informe preceptivo del comité de empresa o delegados de personal, podrá fijar el horario de trabajo continuo o partido, por turnos, rígidos o flexibles, acomodando el número de horas establecido y respetándose el cómputo anual de jornada anual" (art. 20 convenio para **industrias vinícolas y alcohólicas** de la Comunidad Autónoma de La Rioja 1999-2000; Boletín Oficial de La Rioja de 27 noviembre 1999); o, en fin, que "la distribución diaria de la jornada se establecerá por el empresario, de acuerdo con los trabajadores, bien directamente, bien a través de su representación legal", y que dentro de esa distribución "el personal tendrá un descanso de 20 minutos 'de bocadillo', considerado como trabajo efectivo" (art. 15 convenio para las **industrias de hostelería** de la provincia de Palencia 2001-2003, Boletín Oficial de la Provincia de 13 agosto 2001).

1) la identificación precisa del comienzo y término de la jornada ordinaria diaria (hora de entrada y de salida); 2) la observancia de una cierta flexibilidad al respecto, de aplicación general para los trabajadores no sujetos a turnos; 3) la variación de aquellos momentos de comienzo y término de la jornada según que se esté ante una jornada de invierno o de verano (intensiva), continuada o partida; 4) el número de horas ordinarias de trabajo semanales; 5) el número de horas ordinarias de trabajo al día; 6) los días laborables de la semana; y 7), en su caso, el régimen de turnos de trabajo (número y carácter continuo o discontinuo; su posible extensión a los sábados, domingos y festivos; rotación de los trabajadores; comienzo y término de cada turno; etc.).

10. Aunque la normativa estatal sienta las bases para una general gestión flexible de los tiempos de trabajo, comprensiva de su diversificación, no garantiza que ello se consiga satisfactoriamente en todos los casos. Insisto aquí en la idea de que la efectividad de una organización flexible de los tiempos de trabajo se traslada, principalmente, a la negociación colectiva, la cual puede hacer mayor o menor uso del campo que le abre el ET. La falta de tratamiento de la distribución del tiempo de trabajo por parte del convenio colectivo puede ser suplida a través de un acuerdo de empresa, concertado entre ésta y los representantes legales de los trabajadores, igual que la concreción o especificación de la regulación que contenga aquél. Por otra parte, de mostrarse inadecuada esa regulación proporcionada por el convenio colectivo, sus insuficiencias y eventuales rigideces pueden suplirse a través de su modificación por la indicada vía del acuerdo de empresa, consentida expresamente, como ya advertí [*supra* 7.b)], por el art. 41.2 ET. Así las cosas, es fácil comprender que la mayor parte de las rigideces que se descubran en la práctica no podrán imputarse a la normativa estatal general, sino a inercias o resistencias de la negociación colectiva. En sentido, todavía existe un considerable número de convenios que prescinden del cómputo anual y de la posible distribución irregular de la jornada, que constituye un factor importante para una gestión flexible del tiempo de trabajo. El **Acuerdo interconfederal sobre negociación colectiva** de 1997⁸, con vigencia de cuatro años, no ha favorecido o promocionado, ciertamente, la extensión de dichos cómputo y distribución irregular, limitándose a manifestar (parte IV.5º) que el convenio colectivo nacional de rama de actividad “debería fijar la

⁸ Boletín Oficial del Estado de 6 junio.

duración máxima de la jornada en el cómputo que acuerden las partes y los criterios de su distribución en el sector correspondiente, reenviando a ámbitos inferiores” la inclusión “de compromisos o estipulaciones que pudieran establecer la distribución irregular o no de la jornada, los períodos de descanso, vacaciones -fraccionadas o no-, supuestos de jornadas especiales, en su caso, etc., así como otras disposiciones que son propias de ámbitos menores de negociación, a fin de ajustar el uso y administración de la jornada efectiva de trabajo”. Tampoco el **Acuerdo interconfederal para la negociación colectiva** de 2002⁹ asume una clara promoción de vías concretas de gestión flexible del tiempo de trabajo, como las ya indicadas; se manifiesta, eso sí, a favor de la introducción en los convenios colectivos de fórmulas que faciliten aquella gestión, sin tomar partido por alguna o algunas¹⁰, aunque llega a indicar que el “cómputo anual de la jornada y la distribución flexible” (irregular) de ésta “favorecen la capacidad de adaptación de las empresas”.

11. Tomando siempre como referencia la ordenación *común* del tiempo de trabajo (se prescinde de los supuestos, abundantes, sometidos total o parcialmente a un régimen especial, sea este más rígido o flexible que el común¹¹), he apuntado ya que la regulación del ET se presenta más flexible, en términos generales, que la que aparece en el anteproyecto de *Código do*

⁹ Boletín Oficial del Estado de 17 enero.

¹⁰ Tras declarar (en el capítulo II, apartado 3, “criterios en materia de empleo”), que “la gestión del tiempo de trabajo, la duración y redistribución de la jornada son elementos fundamentales para contribuir a una mejor evolución del empleo, aumentar la productividad de las empresas e incrementar, en cuanto sea posible, el grado de utilización del equipamiento productivo”, concluye el **Acuerdo**, a modo de orientaciones a tener en cuenta por los convenios negociados bajo su vigencia (año 2002), que las fórmulas que desde éstos “pueden promoverse para la introducción de esquemas más adaptables son variadas” y que, “como criterio general, debería realizarse un esfuerzo más intenso con el fin de establecer una mejor gestión del tiempo de trabajo, duración y reordenación de la jornada para conseguir el objetivo compartido de conciliar las necesidades de los trabajadores y trabajadoras y de las empresas”, así como que “cuando entre las fórmulas utilizadas se consideren el cómputo anual de la jornada y la distribución flexible, sistemas que favorecen la capacidad de adaptación de las empresas, su negociación debe ir acompañada de las condiciones para su realización”.

¹¹ En España, los indicados supuestos son objeto de una “deslegalización”, contenida en el art. 34.7 ET, que atribuye al Gobierno la facultad de “establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran”. Haciendo uso de tal facultad, cuya extensión al trabajo nocturno y al descanso semanal disponen de modo expreso los arts. 36.1 y 37.1 ET, respectivamente, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1561/1995, de 21

Trabalho portugués. Salvando las dificultades propias de cualquier comparación entre ordenamientos, aquella regulación, que también es mucho más sencilla (menos intervencionista), facilita más, a mi juicio, la gestión flexible de los tiempos de trabajo y, en particular, la intervención de la negociación colectiva en la distribución y diversificación de éstos. Conduce a semejante apreciación el reparar, entre otros, en los siguientes extremos:

a) Aunque se admite que la duración máxima diaria del tiempo ordinario de trabajo pueda elevarse a través de la negociación colectiva hasta cuatro horas, pasando entonces alcanzar las doce horas (art. 160), se parte de la regla de que esa duración no puede exceder de las ocho horas diarias (art. 159.1). En España, ese límite, también dispositivo para la autonomía colectiva, es de nueve horas (art. 34.3, párrafo segundo, ET).

b) En el supuesto de existir norma colectiva acordando la definición de la duración de la jornada ordinaria "*em termos médios*", la duración semanal de ésta no puede exceder de las sesenta horas (art. 160), o cincuenta, si aquella definición forma parte de un acuerdo entre la empresa y los trabajadores (art. 161.3). En España, el límite que se establece para la situación equivalente a la descrita, común para el convenio colectivo y el acuerdo o pacto de empresa, es el de que debe respetarse el descanso entre dos jornadas sucesivas (doce horas) y el semanal (día y medio); por ello, vista la posibilidad que tiene la empresa de decidir que el descanso semanal

septiembre, regulador de las jornadas especiales de trabajo. En algunos casos, la regulación reglamentaria supone, por razones de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, la introducción de rigideces o mayores restricciones que las dispuestas con carácter general en el ET (limitaciones de la duración de los tiempos de trabajo y de las posibilidades ordinarias de su distribución), como sucede en relación con los trabajos expuestos a riesgos ambientales, ciertos trabajos en el campo (de especial esfuerzo físico o ejecutados en circunstancias de especial penosidad) y en la construcción, los trabajos en el interior de las minas y los trabajos en cámaras frigoríficas y de congelación (arts. 23 y siguientes Real Decreto 1561/1995). En cambio, en otros supuestos, se asiste a una regulación de los tiempos de trabajo todavía más flexible que la general y adaptada a las exigencias organizativas y de la producción de las correspondientes actividades, como sucede en relación con los trabajos de los empleados de fincas urbanas, guardas y vigilantes no ferroviarios (arts. 3 y 4), ciertos trabajos en el campo (art. 5), los trabajos en el comercio y la hostelería (arts. 6 y 7), los trabajos en los distintos tipos de transporte (por carretera, ferroviario, aéreo) y en el mar (arts. 8 a 19, ambos incluidos) y los trabajos a turnos (art. 19) y de puesta en marcha o cierre de los demás (art. 20). Asimismo, también prevé el citado Real Decreto determinadas excepciones a los límites generales de la jornada de los trabajadores nocturnos (art. 32). En el caso de Portugal, los casos sometidos a reglas especiales aparecen a lo largo del propio anteproyecto de *Código do Trabalho*.

correspondiente a una concreta semana se disfrute de forma acumulada al de la siguiente (art. 37.1 ET), cabe que lleguen a superarse, aunque se trate de situaciones ciertamente excepcionales, las indicadas cincuenta o sesenta horas en las semanas afectadas por aquella decisión patronal.

c) La regulación del ET (art. 34, apartados 1 y 2) propicia o favorece en mayor grado la fijación convencional de la duración de la jornada ordinaria a partir de su cómputo anual. Hay una clara *preferencia legal* por tal cómputo y se invita al convenio o acuerdo colectivo a recurrir a él, que es el que puede aportar una mayor flexibilidad a la hora de la organización y distribución del tiempo de trabajo. En el anteproyecto de *Código do Trabalho*, los términos empleados en su art. 162.1 no permiten descubrir una preferencia similar a la descrita; se consiente, simplemente, que el módulo o período de referencia utilizable por la norma colectiva en la fijación de la duración de la jornada ordinaria de trabajo “*em termos médios*” no supere los doce meses, de modo que, respetándose ese límite, al legislador le es indiferente el módulo o período de referencia que se establezca.

d) En España, ninguna norma estatal obliga a que la empresa tenga en cuenta, al fijar los horarios, la existencia de trabajadores que pertenezcan a la misma unidad (*agregado*) familiar (art. 168.3 anteproyecto *Código do Trabalho*). Una limitación de esta naturaleza sólo cabe por convenio o pacto colectivo, pacto individual o decisión voluntaria de la empresa.

e) Se somete a una compleja regulación el descanso dentro de la jornada diaria, muy alejada de la sencilla regla que se encuentra en el art. 34.4, párrafo primero, ET, así como de las posibilidades que ésta abre tanto a la autonomía colectiva como individual. En síntesis, después de prever el anteproyecto de *Código do Trabalho* que la jornada ordinaria diaria deberá quedar interrumpida por un intervalo de descanso no inferior a una hora ni superior a dos, de forma que el trabajador no preste más de cinco horas de trabajo consecutivas (art. 170), se admite, a renglón seguido (art. 171), que a través de una norma colectiva (*instrumento de regulamentação colectiva*) se pueda elevar hasta seis horas ese período de trabajo consecutivo y también que, salvo que con ello se supere tal tope y, a la vez, no se esté ante alguno de los supuestos especiales que expresamente se relacionan¹², aquélla o la

¹² “Actividades del personal operacional de vigilancia, transporte y tratamiento de sistemas electrónicos de seguridad e industrias en las que el proceso de producción no se pueda

Administración laboral (*Inspecção-Geral do Trabalho*) puedan reducir o excluir el referido descanso, la segunda mediante un procedimiento de autorización abierto a instancia de la empresa y cuando esa reducción o exclusión “se muestre favorable a los intereses de los trabajadores o se justifique por las condiciones particulares del trabajo de ciertas actividades” (art. 171.2). En España, la regla equivalente se limita a disponer que durante la “jornada diaria continuada” que “exceda de seis horas” (es indiferente que se encuentre asociada a un horario continuado o partido) deberá existir un descanso mínimo de quince minutos, que no se considerará trabajo efectivo salvo pacto individual o colectivo en contrario.

f) La regulación del trabajo a turnos entra en aspectos y limitaciones que carecen de cualquier referencia en el ET e, incluso, en el Real Decreto 1561/1995, aunque puedan ser objeto de tratamiento por parte de la negociación colectiva. Tal es la conclusión que se mantiene respecto a las reglas que disponen que “los turnos deben ser organizados, en la medida de lo posible, de acuerdo con los intereses y las preferencias manifestadas por los trabajadores (art. 185.2) y que “el trabajador únicamente puede ser cambiado de turno después del día de descanso semanal” (art. 185.4).

g) La jornada de trabajo del *trabajador nocturno* no puede superar las ocho horas diarias, las cuales se computarán atendiendo a su promedio semanal sólo cuando medie un “*regime de adaptabilidade*” del tiempo de trabajo, salvo que se establezca otra cosa por norma colectiva (art. 190.1), a través de la que cabría fijar, por lo tanto, un período de referencia superior a la semana¹³. En España, la regla general, que también cuenta con diversas excepciones que suponen una ampliación del período de referencia (de menos a más, y según los casos, a cuatro semanas, cuatro meses y seis meses)¹⁴,

interrumpir por motivos técnicos”; también “trabajadores que ocupen cargos de administración y de dirección y otras personas con poder autónomo de decisión que figuren excluidos del horario de trabajo”.

¹³ Esto último conduciría a una situación similar a la que se descubre en Italia, donde se admite, con alguna excepción (trabajos que comportan riesgos particulares o importantes tensiones físicas o mentales; cfr. art. 8 Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 noviembre 1993, del Consejo, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo) que el período de referencia (veinticuatro horas) establecido con carácter general para el cómputo de las ocho horas diarias que constituyen el límite de la jornada de trabajo del trabajador nocturno pueda ser ampliado por los convenios colectivos que establezcan un horario de trabajo “*plurisettimanale*” (Decreto Legislativo 532/1999, de 26 noviembre).

¹⁴ Art. 32 Real Decreto 1561/1995.

es la de que la jornada en cuestión no puede superar las ocho horas diarias de promedio en un período de referencia de quince días (art. 36.1, párrafo segundo, ET).

h) El establecimiento de numerosos criterios condicionantes de las fechas que pueden acordarse para el disfrute de las *vacaciones* (arts. 211 y 212). En este punto, las diferencias con el art. 38 ET son máximas. En realidad, el tratamiento de las vacaciones por parte de este Texto legal difiere profundamente del que aparece en el anteproyecto de *Código do Trabalho*, que es mucho más intervencionista y da la impresión de que pretende agotar la regulación de la materia, entrando en aspectos más propios de una regulación fruto del ejercicio de la autonomía colectiva e, incluso, de la individual.

12. Por descontado, lo anterior no significa que no haya aspectos en donde el anteproyecto de *Código do Trabalho* se presente más flexible que la regulación resultante del ET, como sucede, sin ánimo exhaustivo, en relación con:

a) La modificación (*alteração*) del horario de trabajo, en especial la que no supere la semana y no se repita más de tres veces en el año (art. 169).

b) La definición del período de *trabajo nocturno*, que el citado anteproyecto consiente que pueda quedar establecido en *siete horas* por norma colectiva (art. 188.2), sin más requisito que el de que dicho período incluya siempre el intervalo comprendido entre las doce de la noche y las cinco de la mañana¹⁵. Sólo a falta de norma colectiva en el sentido indicado regirá la previsión que fija la duración del período de trabajo nocturno en las nueve horas comprendidas entre las diez de la noche y las siete de la mañana (art. 188.3). En España, el período establecido por el ET, de ocho horas -las comprendidas entre las diez de la noche y las seis de la mañana-, es de obligado respeto para el convenio colectivo. Si esto último puede considerarse una rigidez frente a las previsiones del anteproyecto de *Código do Trabalho*, lo primero, esto es, la fijación del período de trabajo nocturno en ocho horas, convierte al art. 36.1 ET en un precepto más flexible que el art. 188.3 de dicho anteproyecto, aplicable, como ya advertí, cuando no exista norma colectiva que defina en otros términos el período de que se trata¹⁶.

¹⁵ Se trata de una exigencia impuesta por el art. 2 de la Directiva 93/104/CE.

¹⁶ En Italia, la flexibilidad en la concreción del período de trabajo nocturno es mayor que en España y que la implícita en el anteproyecto de *Código do Trabalho*. En efecto, la norma estatal se limita a disponer, con carácter general, ajustándose a la previsión de la Directiva

c) La mayor posibilidad del recurso a las horas extraordinarias (*trabalho suplementar*) que deriva, por ejemplo, del número de éstas permitido (art. 196), muy superior al que figura en el art. 35.2 ET (ochenta al año), o de que su realización sea, con carácter general, *obligatoria* para el trabajador (art. 194), lo que contrasta con el carácter voluntario del que parte el art. 35.4 ET. Sin embargo, el control de tal realización (*registro*; art. 200) es mucho más rígido que el implantado por nuestra normativa estatal¹⁷ y la compensación queda sometida a una muy complicada regulación cuya regla general es que, salvo que se trate de horas extraordinarias efectuadas “*em dia de descanso semanal obrigatório*”, la compensación será en parte económica y en parte (el “*vinte e cinco por cento das horas de trabalho suplementar realizado*”) con descanso remunerado (art. 198.1), este último sustituible por el pago de la correspondiente remuneración con un incremento no inferior al cien por ciento cuando las horas extraordinarias se hubiesen realizado en microempresas o pequeñas empresas (art. 199.3) o, en otro caso, en día hábil (*útil*) o festivo (*feriado*) y mediase acuerdo entre la empresa y el trabajador (art. 199.2, en relación con el art. 198.1). Las horas extraordinarias prestadas en el día de descanso semanal obligatorio sólo consienten su compensación con descanso remunerado, pareciendo que éste será de un día, cualquiera que hubiese sido el número de aquéllas¹⁸ y salvo que se trate del caso especial contemplado en el art. 199.1.

93/104/CE, que se considera trabajo nocturno “la actividad desarrollada a lo largo de un período de, al menos, siete horas consecutivas comprensivas del intervalo entre la medianoche y las cinco de la mañana” (art. 2 Decreto Legislativo 532/1999, de 26 noviembre), omitiendo la determinación exacta del comienzo y término del período de trabajo nocturno. Ello permite que tal determinación pueda realizarse, respetando la anterior regla, por el convenio colectivo, la autonomía individual e, incluso, por una decisión del propio empresario.

¹⁷ Art. 35.5 ET (“a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el período fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente”) y disposición adicional tercera, b) Real Decreto 1561/1995 (los representantes legales de los trabajadores tienen derecho a “ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores”).

¹⁸ Conducen a esta conclusión los términos del art. 198.3 del anteproyecto comentado: “en los casos de prestación de trabajo en día de descanso semanal obligatorio, el trabajador tiene derecho a un día de descanso compensatorio remunerado, a disfrutar dentro de los tres días hábiles siguientes”.

d) La fijación del descanso semanal obligatorio en un día (art. 201), quedando como mera posibilidad la concesión adicional de medio día o un día adicional (*descanso semanal complementario*), para todas o para determinadas semanas del año (art. 202).

Y **e)** La posibilidad del trabajador de renunciar a los días de vacaciones que excedan del período de veinte días hábiles (art. 209.5), así como la configuración de excepciones a la prohibición de la acumulación de las de un año a las del siguiente (art. 210).