

Número expediente: 41/1999/61

Laudo: 1/99/JCV

Empresa: Parque-Isla Mágica S.A.

Partes interesadas: Empresa Parque Isla Mágica S.A. y Comité de Empresa

Arbitro designado: Jesús Cruz Villalón

En Sevilla, a veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, Jesús Cruz Villalón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, actuando como árbitro nombrado por las partes conforme al acuerdo arbitral por ellas suscrito el 3 de septiembre de este mismo año en el marco del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía (SRCLA), ha dictado el siguiente

## LAUDO ARBITRAL

### I. ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 30 de abril de 1999 se suscribe el Convenio Colectivo de Parque Isla Mágica S.A. para el presente año de 1999, acordándose su registro por la

autoridad laboral con fecha 24 de mayo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores. Dicho Convenio tiene prevista una vigencia inicial del 1 de enero al 31 de diciembre del presente año. En lo que afecta al presente conflicto, se encuentra básicamente recogido en sus artículo 27 (horas extraordinarias) y 28 (jornada de trabajo).

Segundo. - Con fecha 1 de septiembre se reúne la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo donde se debatió la propuesta de la representación social acerca de la interpretación de la jornada mensual y sus efectos sobre el cómputo de las horas extraordinarias, sin alcanzarse acuerdo sobre el particular y decidiendo el sometimiento de la cuestión a arbitraje ante el SERCLA. Tras los trámites previos oportunos, D.

, en su calidad de apoderado de la empresa Isla Mágica S.A., y D.  
, en su calidad de Presidente del Comité de Empresa de Isla Mágica S.A., de conformidad con los arts. 21 y concordantes del Reglamento del SERCLA, acuerdan con fecha 3 de septiembre, escrito registrado el 7 de septiembre, iniciar el procedimiento de arbitraje por acuerdo expreso. A tal efecto se designa como árbitro a D. Jesús Cruz Villalón. Con fecha 8 de septiembre se le notifica a este árbitro la designación para dirimir el presente conflicto, el cual procede a aceptar el nombramiento. Con fecha 9 de septiembre, notificado el 10 de septiembre, este árbitro procede a requerir a las partes para que en el plazo de siete días hábiles formulen las alegaciones que consideren pertinentes, presentando dichas alegaciones D. con fecha 15 de septiembre y D. con fecha 17 de septiembre. Asimismo este árbitro, con fecha 9 de septiembre procede a citar a las partes de

comparecencia para el día 17 de septiembre del presente año a las 10 horas en la sede del SERCLA, celebrándose la misma con asistencia de las partes, formulando en la misma las alegaciones y argumentos en Derecho que estiman oportunos.

Tercero.- De conformidad con el compromiso arbitral el ámbito del conflicto afecta a los trabajadores de la empresa Parque Isla Mágica S.A. que tienen contrato fijo discontinuo por horas y eventuales por circunstancias de la producción. En cuanto a su objeto, éste versa sobre si las horas que sobrepasan el número de 164 mensuales tienen o no la condición de extraordinarias.

Cuarto.- La representación social mantiene que la jornada mensual contemplada en el art. 28.6 del Convenio aplicable es de 164 horas y no se pueden sobrepasar en dicho cómputo, de modo que cualquier hora en el curso del mes superior a las 164 debe computarse como hora extraordinaria. Interpreta esta representación que este es el criterio que se sigue con los llamados trabajadores de estructura, por lo que considera se estaría legalizando un tratamiento discriminatorio si al resto del personal no se le reconociera también como horas extraordinarias aquellas que superan las 164 horas mensuales.

Quinto.- La empresa estima que la jornada es de distribución irregular y los topes son anuales y/o diarios, con las excepciones previstas en convenio. La empresa estima que no existe obligatoriamente implantada una jornada máxima mensual de 164 horas sino que prevalece la jornada de trabajo en cómputo anual establecida en convenio y su distribución irregular y por ello no existe tope mensual. El único límite, a su juicio será el de 9 horas diarias establecido en el Estatuto de los Trabajadores, al no prever el Convenio Colectivo,

salvo unos casos excepcionales que están tasados en el mismo, una jornada diaria superior a la indicada.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El presente arbitraje pretende resolver un conflicto entre las partes relativo a la interpretación y aplicación del Convenio Colectivo Parque Isla Mágica S.A. para 1999, por lo que tiene el carácter de arbitraje en Derecho, que por tanto debe circunscribirse al ámbito de lo estrictamente jurídico, sin capacidad de entrar en el espacio de los interés novatorios de las partes, ni de otro tipo de condicionantes ajenos a lo estrictamente interpretativo y aplicativo del Convenio Colectivo en cuestión.

Segundo.- El conflicto versa exclusivamente sobre la consideración de las horas que puedan efectuarse por parte de los trabajadores a los largo del mes por encima de las 164 previstas en el art. 28.6 del Convenio de referencia. En todo caso, de conformidad con el compromiso arbitral, el conflicto en cuanto a su ámbito no afecta a la totalidad de los empleados de la empresa, sino tan sólo a ciertas categorías o modalidades contractuales. A los efectos de la resolución del presente conflicto y de acuerdo con las modalidades previstas en el Convenio, cabe diferenciar cinco categorías diferenciadas de empleados en la empresa:

- 1) El personal de estructura continua permanente, entendiéndose por tal a los contratados por tiempo indefinido con jornada a tiempo completo vinculados a la empresa de forma estable a lo largo de los doce meses del año.
- 2) El personal fijo discontinuo por meses, es decir, aquellos trabajadores con contrato por tiempo indefinido vinculados a la empresa tan sólo durante la temporada y computada su vinculación por meses.
- 3) El personal fijo discontinuo por horas, es decir, aquellos trabajadores con contrato por tiempo indefinido vinculados a la empresa tan sólo durante la temporada y computada su vinculación por días.
- 4) El personal eventual por circunstancias de la producción, es decir, aquellos trabajadores contratados por tiempo determinado conforme a la causa prevista en el art. 15.1.b del Estatuto de los Trabajadores.
- 5) Otro personal temporal, es decir, aquellos trabajadores contratados por tiempo determinado bajo cualquiera de las modalidades admitidas por el ordenamiento jurídico diversas a las del art. 15.1.b del Estatuto de los trabajadores.

Pues bien, conforme a lo decidido por las partes en el compromiso arbitral, el presente laudo ha de afectar y sólo puede afectar a aquellos empleados que se encuentren contratados bajo la modalidad tercera (fijo discontinuo por horas) y cuarta (personal eventual), sin que quepa efectuar ningún tipo de extrapolación respecto al resto de la plantilla de la empresa.

A su vez, la diferencia de régimen jurídico entre las dos modalidades contractuales afectadas por este laudo, obliga a un tratamiento diferenciado y sucesivo de cada uno de ellos.

Tercero. - Por lo que refiere al personal fijo discontinuo por horas, el mismo refiere al contratado por horas garantizadas mínimas y con los porcentajes de incrementos previstos, en los términos fijados en el art. 28.2 del convenio y reflejados nominativamente en el Anexo II del propio Convenio. Respecto del mismo es decisivo el hecho de que tal personal se integra dentro de la categoría de los trabajadores a tiempo parcial, pues así lo establece explícitamente el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores y en concreto sus apartados primero y tercero. En efecto, dicho precepto, conceptúa como trabajo a tiempo parcial "cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior al 77 por 100 de la jornada a tiempo completo establecida en el Convenio Colectivo de aplicación". En la presente empresa al haberse acordado una jornada a tiempo completo de 1.800 horas, ha de entenderse como trabajadores a tiempo parcial todos aquellos trabajadores fijos discontinuos con jornada inferior a las 1.386 horas (el 77 % de 1.800). Pues bien, todos los fijos discontinuos por hora referidos en el art. 28.2 del Convenio tienen el tratamiento de trabajadores a tiempo parcial, pues la suma del máximo de horas garantizadas (1.080) más el porcentaje suplementario máximo del 10 % contemplado en el propio convenio en ningún caso llega a superar el umbral límite de las 1.386 horas.

De este modo, resulta decisiva la prohibición legal de realización de horas extraordinarias por parte de los trabajadores a tiempo parcial, incluidos entre los mismos los fijos discontinuos por horas. En concreto, el art. 15.4.c del Estatuto de los Trabajadores, afirma que "los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 35" del

mismo texto legal. La excepción a la que se refiere el citado art. 35.3 refiere a situaciones de absoluta fuerza mayor ("prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes"), que quedan al margen de la preocupación de las partes a la hora de plantear el presente arbitraje, pues las mismas residencian el conflicto en las conocidas como horas extraordinarias estructurales o habituales. Pues bien, la regla legal con carácter general es la de la imposibilidad de realización de horas extraordinarias por parte de los fijos discontinuos por horas de esta empresa. Así pues, con independencia de cual sea la literalidad del convenio colectivo, sus cláusulas deben ser interpretadas necesariamente de conformidad por lo fijado en norma de rango superior, como es el Estatuto de los Trabajadores, de modo que ha de buscarse una lectura del Convenio siempre respetuosa con la prohibición de realización de horas extraordinarias por parte de los trabajadores a tiempo parcial; más aún cuando se tiene presente que a la fecha de firma del presente convenio colectivo (30 de abril de 1999) ya se encontraba vigente la reforma legislativa de noviembre de 1998 que introdujo la nueva regulación del trabajo a tiempo parcial y con ella la prohibición de referencia.

A mayor abundamiento, los porcentajes de incremento sobre la jornada mínima garantizada, previstos en el convenio para los trabajadores fijos discontinuos, se integran dentro de la nueva categoría de las horas complementarias para los trabajadores a tiempo parcial, del art. 12.5 del Estatuto de los Trabajadores, que como tales se diferencia conceptualmente de las horas extraordinarias y, en particular, tienen como rasgo diferencial de estas últimas que "se retribuirán como ordinarias" (art. 12.5.g ET). La misma consideración ha de atribuirse a las horas adicionales voluntariamente efectuadas con carácter individual por cada trabajador más allá de los anteriores porcentajes, no sólo

excluidas de la consideración de horas extraordinarias por prescripción legal sino además corroborado expresamente por el texto del Convenio Colectivo: "todas las horas realizadas que superen los mencionados porcentajes serán de realización voluntaria por parte del trabajador, y no tendrán en ningún caso la consideración de horas extraordinarias". En definitiva, por lo que afecta a los trabajadores fijos discontinuos por hora, y con independencia de cual sea la interpretación más correcta del art. 28.6 del Convenio en relación con el alcance de jornada mensual en 164 horas, tales empleados en ningún caso puede efectuar horas extraordinarias.

Distinto es si el Convenio Colectivo les habilita a realizar una jornada superior a las 164 horas mensuales, pero ésta es una cuestión estrechamente vinculada a la interpretación directa del art. 28.6 del Convenio y a la que se le puede dar respuesta conjunta con la situación del segundo de los grupos, el de los trabajadores eventuales.

Cuarto.- Por lo que refiere a los trabajadores eventuales por circunstancias de la producción, como la duración de su contrato como regla general ha de ser inferior al año, su jornada de trabajo difícilmente se puede efectuar en cómputo anual y, por ello, poco valor tiene la previsión de las 1.800 horas anuales de trabajo efectivo, prevista en el art. 28.1 del Convenio. Para este grupo de los eventuales, como en general para todos aquellos empleados que no van a prestar servicios a lo largo de los doce meses del año, cobra todo su sentido lo previsto en el art. 28.1 al fijar una jornada equivalente mensual de 164 horas; cifra, por lo demás, que no resulta caprichosa pues el puro resultado matemático de dividir las 1.800 horas entre los once meses de trabajo efectivo del año descontando el mes de vacaciones anuales de un trabajador a tiempo completo ( $1.800 : 11 = 163,63$ ). La voluntad

de las partes expresada en el convenio colectivo, pues, es la de fijar un referente de jornada mensual que sirva de cómputo para los trabajadores vinculados a la empresa no de forma continuada a lo largo de los doce meses al año y, por tanto, con jornadas inferiores a las 1.800 horas/año.

Ahora bien, una lectura contextual y de conjunto de todo el Convenio Colectivo conduce a la conclusión de que el referente mensual refiere a un cómputo medio a lo largo de todo el período de cumplimiento de la prestación de servicios y no una cifra rígida de imposible superación como jornada ordinaria. Varias razones avalan tal conclusión.

En primer lugar, el hecho de que como regla principal se establezca como jornada ordinaria la correspondiente al cómputo anual en el encabezamiento del artículo 28.1, de modo que si se hubiera deseado que el cómputo de jornada preferente fuera el mensual ello se hubiera dicho así explícitamente y además se hubiera ubicado en el primer apartado del art. 28.

En segundo lugar, que el principio general que inspira toda la regulación del tiempo de trabajo en el art. 28 del Convenio es la de la flexibilidad a la hora de distribuir la cantidad de tiempo pactada, tanto en convenio como en contrato, atendiendo a las peculiares características de la actividad de la empresa Parque Isla Mágica S.A., por cuanto que las necesidades de ocupación y empleo oscilan notablemente según los meses, días y momentos, en función de su actividad turística, lúdica o de ocio, fuertemente condicionada por lo estacional, climatológico y en general por factores ajenos a la voluntad y a la capacidad de previsión anticipada por parte de la dirección de la empresa. Así, por ejemplo, expresamente, el art. 28.1 afirma que "dado que por su naturaleza, la actividad de la empresa es de intensidad variable y de difícil previsión, la jornada de

trabajo es de distribución irregular", lo que da por supuesto que los trabajadores a tiempo completo pueden realizar jornadas en unos casos superior y en otros inferiores, según épocas; por tanto, los trabajadores estables a tiempo completo pueden efectuar jornadas de duración superior a 164 horas/mes en unas épocas e inferiores en otras. Igual sentido tienen el criterio general de realización de la jornada mínima garantizada a los trabajadores fijos discontinuos por horas: "con el objeto de facilitar a la empresa el efectivo cumplimiento de las jornadas garantizadas, existirá una absoluta flexibilidad para la realización en distintos días de aquellas jornadas que no puedan realizarse por disminución ostensible de la afluencia de visitantes..." (art. 28.3). En la misma clave se sitúa la figura de las horas complementarias --colectivas e individuales-- contempladas en el convenio para los fijos discontinuos por horas, destinadas a poder adaptar el volumen de plantilla de efectiva prestación de servicios cada día al número variable de visitantes (art. 28.2). También se observa tal filosofía en la regulación de los cuadrantes de horarios individuales, pues si bien se obliga a la empresa a la confección mensual de los mismos, con antelación suficiente de 15 y 7 días, con información precisa al trabajador del número de horas de trabajo a realizar el mes siguiente, inmediatamente a continuación se facultad ampliamente a la propia empresa para alterarlos día a día, una vez más pensando en las oscilaciones de la demanda (art. 28.5). Se puede incluir también en esta confección del horario de trabajo la regulación relativa al calendario laboral, igualmente flexible atendiendo a las necesidades de adaptarlo a los cambios que de seguro se han de producir a lo largo de la temporada, desde el instante que toda la regulación va precedida de la aclaración de que el mismo se confecciona "sin perjuicio de las facultades de organización del trabajo que le corresponden" (a la empresa) (art. 31).

En tercer lugar que en ningún momento se dice de manera explícita que la superación de las 164 horas mensuales en todo caso desencadena el cómputo como extraordinarias de las horas adicionales a tal cifra. Curiosamente en el mismo artículo donde se recoge la jornada mensual (el art. 28.6) se recoge la única mención directa a la ejecución de las horas extraordinarias: "La jornada máxima diaria podrá llegar excepcionalmente a 10 horas, teniendo la consideración de extraordinarias todas las que superen este límite y debiendo ser compensadas con el 175 % en descanso retribuido". En la misma línea, tampoco hay mención expresa a los supuestos que se califican como horas extraordinarias en el art. 27 del Convenio, precepto justamente dedicado a esta figura. Luego, a sensu contrario, no existe previsión expresa de que la superación de las 164 horas directa y automáticamente provoque el cómputo de las adicionales como extraordinarias.

En cuarto lugar, dato a nuestro juicio finalmente decisivo, que, como acertadamente apuntan las alegaciones de la empresa, la redacción del art. 28.6 del Convenio en relación con la jornada anual la refiere no a una cifra fija inmutable sino que será "la equivalente a 164 horas". Quiere decirse con ello que se introduce un cómputo en promedio de jornada mensual ordinaria, que en ciertos meses puede ser superado y en otros reducido, siempre que un cómputo legal equilibrado de conjunto de esa cifra de las 164 horas. Insisto, que ello cobra todo su sentido para quienes prestan sus servicios en periodos inferiores a la totalidad del año, para los cuales no tiene valor el referente de las 1.800 horas anuales; para tales trabajadores se mantiene la regla de la realización de una jornada irregular, prevista con carácter general en el art. 28.1, pero que como promedio eso sí no puede superar las 164 horas. En términos ejemplificativos, para un trabajador contratado como eventual durante 4 meses, sus jornada ordinaria total habrá de ser 656

horas (164 x 4), sin perjuicio de que algún mes supere las 164 horas siempre que quede con paralela disminución de equilibrio en otro mes. De este modo no se superará automáticamente la jornada ordinaria, ni se habrán de compensar como horas extraordinarias, las que superen las 164 horas mensuales cuando de forma promediada se mantenga esa jornada mensual.

Quinto.- A partir de la conclusión precedente, la representación de la empresa viene a defender que el único tope a la jornada ordinaria es el legal de las 9 horas días (art. 34.3 ET), incluso éste corregido por el propio Convenio ampliándolo hasta las 10 horas ordinarias para supuestos excepcionales (art. 28.6 Convenio). Al respecto, debe advertirse que respecto a la previsión de las 9 horas ordinarias diarias contempladas en el Estatuto de los Trabajadores, la misma Ley admite que pueda ser ampliada por vía de la negociación colectiva. De este modo, el convenio colectivo no ha hecho otra cosa que aceptar implícitamente la regla de las 9 horas ampliable hasta las 10 "excepcionalmente". En todo caso, pues, la superación de este tope determina la consideración como extraordinaria de las horas adicionales.

Ahora bien, en lo que no lleva razón la representación de la empresa es que el tope diario constituya el único referente para el cómputo de las horas extraordinarias. Basta hacer el cálculo para comprobar que sin pasar el umbral de las 9 horas diarias un trabajador puede llegar a realizar más de las 1.800 horas que juegan como tope anual de jornada ordinaria. Pues bien, esta misma regla es la que se extrapola en el art. 28.6 para el cómputo promedio de la jornada mensual, reiteramos, particularmente pensado para aquellos trabajadores que sólo van a prestar servicios a lo largo de concretos meses del

año. Para un trabajador eventual contratado por meses, la jornada mensual del art. 28.6 le sirve de promedio ordinario, en términos tales que si se supera en cómputo global las adicionales también habrán de tener la consideración de extraordinarias.

En cuanto a la forma de cómputo global la regla definitiva nos la aporta el art. 27 del propio Convenio, conforme al cual la "compensación se efectuará en cómputo trimestral". Quiere ello decir, en interpretación conjunta del art. 27 y 28.6 del convenio, que un trabajador eventual con contrato de duración superior a los tres meses, tiene fijada una jornada irregular computada globalmente en 492 horas al trimestre (164 x 3), de modo que se contabilizará como hora extraordinaria a partir de la hora 493 y como tal deberá ser compensada con tiempo de descanso retribuido. Para trabajadores eventuales con contrato de duración inferior a los tres meses la superación media de la jornada mensual de las 164 horas provocará igualmente su calificación como extraordinarias para las adicionales.

#### DISPOSICION ARBITRAL

Se declara que la jornada ordinaria mensual de 164 horas, prevista en el art. 28.6 del Convenio Colectivo de Empresa Parque Isla Mágica S.A. para 1999, tiene carácter de promedio a lo largo de los meses que preste servicios el trabajador, de modo que las horas que sobrepasen dicha cantidad no tienen siempre el carácter de extraordinarias; tendrán el carácter de extraordinarias cuando el cómputo global de los varios meses de prestación de servicios sobrepase las 164 horas mensuales como media, en los términos expresados en los fundamentos jurídicos del presente laudo.

Se declara que los trabajadores de la plantilla de la empresa que tienen contrato fijo discontinuo por horas tienen la condición de trabajadores a tiempo parcial, en la medida en que realizan una jornada anual inferior al 77 % de la jornada a tiempo completo establecida en el Convenio, por lo que, de conformidad con el art. 12.4.c del Estatuto de los Trabajadores, tienen prohibida la realización de horas extraordinarias, y en base a ello su jornada máxima fijada en convenio colectivo es de 164 horas mensuales, de nuevo en cómputo promedio, igualmente en los términos expresados en los fundamentos jurídicos del presente laudo.

El presente Laudo Arbitral, de carácter vinculante y de obligado cumplimiento, tiene la eficacia jurídica de un Convenio Colectivo, en los términos estipulados por el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4 del Reglamento del SERCLA. Asimismo se entiende equiparado a las sentencias firmes a efectos de su ejecución judicial, en los términos contemplados en la disposición adicional séptima de la Ley de Procedimiento Laboral.

El presente laudo arbitral, de conformidad con el art. 91 del Estatuto de los Trabajadores, puede impugnarse ante el Juzgado Social de Sevilla, a tenor de lo establecido en los artículos 161 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral para el procedimiento de impugnación de convenios colectivos.

Por el Servicio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía se procederá a la notificación del presente Laudo a las partes del procedimiento arbitral, así como a la autoridad laboral a efectos de su depósito, registro y publicación en los términos previstos en los artículos 90 y 91 del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 4 del Reglamento del SERCLA.

Dado en Sevilla, a 22 de septiembre de 1999.

Fdo.: Jesús Cruz Villalón.

