

**JORNADA Y HORARIO:
FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL
DEL EMPRESARIO**

100 preguntas y respuestas

MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ
Magistrado especialista del TSJ de Cataluña

JORNADA Y HORARIO: FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO

100 preguntas y respuestas

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

1ª edición, enero 2016



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBOOKS

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters Lex Nova es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited /Miquel Àngel Falguera Baró]

© Portada: Thomsom Reuters (Legal) Limited.

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9099-745-1

Depósito Legal: NA 2373/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: *Editorial Aranzadi, SA*

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos Calle A. Nave D-11

31013 – Pamplona

ÍNDICE GENERAL

Página

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN. UN DIFÍCIL EQUILIBRIO: LAS NECESIDADES DE FLEXIBILIDAD EMPRESARIALES POR CAUSAS PRODUCTIVAS Y LOS INTERESES DE LAS PERSONAS ASALARIADAS

1.1.	INTRODUCCIÓN. UN DIFÍCIL EQUILIBRIO: LAS NECESIDADES DE FLEXIBILIDAD EMPRESARIALES POR CAUSAS PRODUCTIVAS Y LOS INTERESES DE LAS PERSONAS ASALARIADAS	22
a.	Las carencias del derecho social respecto al tiempo de trabajo	22
b.	El tiempo de trabajo y el cambio de modelo productivo: la problemática de la adaptación del nuevo sistema al marco legal	23
c.	El impacto de la flexibilidad del tiempo de trabajo en la vida de las personas asalariadas	24
d.	El papel del legislador: el elefante y la cacharrería	26
e.	Los constantes –e insuficientes– cambios legislativos en esta materia	27
f.	Objeto de esta obra; el qué y el cómo de estas reflexiones	28

CAPÍTULO 2

LA REGULACIÓN LEGAL DEL TIEMPO DE TRABAJO

2.1.	EL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO DEL TRABAJO Y SU APLICACIÓN EN MATERIA DE JORNADA	34
1.	¿Qué normativa comunitaria y de la OIT afecta al tiempo de trabajo?	34
a.	La Directiva base	34
b.	Otras normas comunitarias sobre tiempo de trabajo	36
c.	Otras normas comunitarias y la Carta Social Europea	38
d.	Normativa de la OIT	39
2.	¿Qué dice nuestra Constitución en materia de tiempo de trabajo?	40
3.	¿Cuál es el marco legal español sobre tiempo de trabajo?	41
4.	¿Qué preceptos reglamentarios desarrollan el Estatuto de los Trabajadores en esta materia?	42
5.	¿Cuál es el papel de la negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo?	43
6.	¿Qué reglas son aplicables en el caso de concurrencia de convenios al regular el tiempo de trabajo?	44
7.	¿Qué papel juegan los pactos o acuerdos de empresa?	47
8.	¿Qué atribuciones ostenta la autonomía individual? ...	48
9.	¿Pueden regularse en el contrato de trabajo mecanismos de flexibilidad?	52
2.2.	LA PROBLEMÁTICA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TIEMPO DE TRABAJO	53
10.	Tiempo de trabajo: ¿salud laboral o derecho contractual? La respuesta del TC	53

	Página
a. La apuesta de la normativa en vigor por la salud laboral	53
b. Los criterios contractualista del TC	54
11. ¿Qué diferencia hay entre jornada y descanso?	57
2.3. QUÉ ES TIEMPO DE TRABAJO	57
2.3.1. El marco normativo	57
12. ¿Qué se entiende por tiempo de trabajo en el artículo 34 ET y la Directiva base?	57
a. Marco regulador español	57
b. Marco regulador comunitario	59
2.3.2. La conformación del concepto de tiempo de trabajo a partir de los elementos locativo y prestacional: evolución de la doctrina judicial	59
13. ¿Qué parámetros determinan el tiempo de trabajo? ...	59
14. ¿Qué situaciones son posibles en la concreción del tiempo de trabajo en relación al lugar de trabajo y la prestación de servicios?	60
15. ¿Qué diferencia existe entre «tiempo de presencia», «tiempo de localización» y «tiempo de disponibilidad»?	61
16. ¿Qué dice el ET de los tiempos de presencia y de localización y cuál era la doctrina casacional tradicional en esta materia?	62
17. ¿Cómo se regulan los tiempos de presencia y de localización en el RD 1561/1995?	63
18. ¿Existen otras regulaciones de los tiempos de presencia y de localización al margen del reglamento?	66
19. ¿Cuál ha sido la doctrina del TJUE en relación al tiempo de presencia y el tiempo de localización?	67
20. ¿Cómo se ha aplicado por la doctrina del TS los criterios hermenéuticos del TJUE?	73

	Página
21. ¿Cuál es el precio de la hora de presencia conforme a la doctrina del TS?	74
2.3.3. El tiempo «de bocadillo»	84
22. ¿Cuál es la regulación actual de este descanso?	84
23. ¿Cómo se computa el descanso «del bocadillo» en el tiempo de trabajo?	85
24. ¿Existen discordancias entre la regulación española y la comunitaria en esta materia?	89
2.3.4. Otras situaciones contractuales con incidencia en la determinación del tiempo de trabajo	89
25. ¿Los desplazamientos son tiempo de trabajo?	89
26. ¿Qué otras situaciones pueden integrarse o no en el tiempo de trabajo?	94
27. ¿Qué efectos tiene en el tiempo de trabajo la modificación de los mecanismos de control del mismo?	103
2.3.5. Permisos: especial referencia a los días de asuntos propios o de libre disposición	104
28. ¿Cómo afectan los permisos al tiempo de trabajo?	104
a. Permisos y tiempo de trabajo	104
b. El salario aplicable a los permisos	106
29. ¿Se integran los días de libre disposición en el tiempo de trabajo?	107
2.4. LOS CRITERIOS LEGALES DE DETERMINACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL	114
2.4.1. Concreción de jornada y descansos: marco general y excepciones	114
30. ¿Qué criterios generales de concreción de la jornada de trabajo se regulan en el ET?	114
31. ¿Cómo se regula la concreción del tiempo de trabajo en la Directiva 2003/88/CE?	117

	Página
32. ¿Jornada semanal o anual?	119
33. ¿Qué excepciones se contemplan en el RD 1561/1995?	121
34. ¿Qué régimen de excepciones se contempla en la Directiva base?	126
35. Jornadas especiales: ¿Sólo por la vía reglamentaria?	131
2.4.2. Jornada, horario y calendario laboral	133
36. ¿Qué es la jornada de trabajo?	133
37. ¿Qué se entiende por «horario»?	134
38. ¿Qué ocurre cuando existen disfunciones entre la jornada y el horario?	135
39. ¿Qué es el calendario laboral?	136
40. ¿Qué debe integrarse en el calendario anual?	136
41. ¿Cuándo debe elaborarse el calendario?	142
42. ¿Quién es competente para elaborar el calendario?	143
43. ¿Cómo participan los representantes de los trabajadores en la elaboración del calendario?	143
a. La DA 3ª del RD 1561/1995	143
b. Efectos de la omisión del trámite de audiencia	146
44. ¿Puede modificar el calendario de un año las condiciones establecidas en su precedente?	148
45. ¿En qué supuestos puede disponer el empleador de las condiciones fijadas en los anteriores calendarios?	150
46. ¿Debe existir un preaviso al trabajador respecto al horario?	151
2.4.3. La modificación del calendario, del horario y de la distribución del tiempo de trabajo previamente fijados: los límites del artículo 41 ET	152
47. ¿Cómo se modifican las condiciones de horario y distribución del tiempo laboral previamente fijadas?	152

	Página
a. La inaplicación del convenio en materia de tiempo de trabajo	152
b. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo	154
48. ¿Cuándo no hay que acudir al artículo 41 ET para modificar condiciones de tiempo de trabajo?	155
49. ¿Dónde están los límites entre la modificación «sustancial» y la «accidental»?	159
50. ¿Qué ocurre si la modificación no es sustancial?	169
2.4.4. El descanso diario	171
51. ¿Cuál es el marco regulador del descanso diario?	171
52. ¿Qué observa al respecto la Directiva base y cuál es la doctrina del TJUE en la materia? Las dudas sobre la aplicación de la normativa comunitaria por nuestra legislación	172
2.4.5. Descanso semanal	175
53. ¿Cuáles son los elementos legales y reglamentarios caracterizadores de este descanso?	175
54. ¿Qué criterios de aplicación del descanso semanal se derivan de la doctrina judicial?	177
55. ¿Qué marco regulador contempla la Directiva base?	178
56. ¿Son acumulables los períodos de descanso entre jornadas y el semanal?: Las dudas hermenéuticas que provoca la distinta regulación española y comunitaria y la equívoca doctrina casacional	179
2.4.6. El descanso anual: las vacaciones	186
57. ¿Cuál es el marco general regulador del descanso anual?	186
a. Normativa española	186
b. Normativa comunitaria	186

	Página
c. Otras normas internacionales	187
58. ¿Cuánto dura el descanso anual?	188
a. Criterios generales	188
b. ¿Qué ocurre si el inicio de las vacaciones coincide con el descanso semanal?	192
59. ¿Cómo de devengan las vacaciones: De fecha a fecha o por año natural?	196
a. El devengo de las vacaciones y sus efectos cuándo no se prestan íntegramente servicios a lo largo del año: criterios generales	196
b. Prestación laboral posterior al inicio del año natural	198
c. Extinción del contrato antes de la finalización del año natural	200
60. ¿Quién determina el período de disfrute de las vacaciones y cómo se solucionan las divergencias al respecto?	203
a. La legitimación para señalar inicialmente el período de descanso anual: supuestos	203
b. Fijación inicial de los períodos de vacaciones para toda la plantilla	203
c. La concreción individual de los períodos de disfrute	204
d. La composición de los conflictos surgidos en relación con las fechas de descanso	208
61. ¿Cuándo deben fijarse las vacaciones anuales?	210
a. Los indeterminados criterios legales	210
b. Supuestos de incumplimiento de los plazos legales y acciones legales	210
62. ¿Pueden modificarse las vacaciones una vez fijadas?	213
63. ¿A qué salario tiene derecho el trabajador a lo largo del descanso anual?	216

	Página
a. El silencio de la normativa española y la aplicación del Convenio 132 OIT y la Directiva sobre tiempo de trabajo	216
b. Los criterios fijados por la doctrina casacional y la relectura efectuada por la Sala de lo Social de la AN	218
64. ¿Qué ocurre si las vacaciones coinciden con una suspensión contractual por incapacidad temporal o por filiación o riesgo durante la lactancia natural?	225
a. El criterio jurisprudencial «tradicional»	225
b. La doctrina del TJUE y el cambio de la doctrina del TS	226
c. La recepción legal de los criterios judiciales expuestos	241

CAPÍTULO 3

LOS INSTRUMENTOS LEGALES

DE FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO

3.1	LOS INSTRUMENTOS DE FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL ACTUAL MARCO NORMATIVO: UNA VISIÓN GENERAL	244
65.	¿De qué medidas legales disponen los empresarios para flexibilizar la distribución del tiempo de trabajo?	244
66.	¿Qué modalidades contractuales observa la Ley en relación a la flexibilidad del tiempo de trabajo?	245
67.	¿Es posible en nuestro ordenamiento el contrato «a llamada» por la vía del convenio?	246
68.	¿Qué mecanismos de flexibilidad regula la Ley en materia de duración de la jornada de trabajo?	249
69.	¿De qué medidas de flexibilidad del tiempo de trabajo dota la Ley a los trabajadores?	250

	Página
3.2. LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA DE TRABAJO	259
70. ¿Qué es la distribución irregular de la jornada?	259
71. ¿Es regla general que la distribución ordinaria de la jornada haya de ser fija?	260
72. ¿Tiene algún efecto la incidencia negativa en la vida de las personas asalariadas en el marco legal de la distribución irregular?	263
73. ¿Cuáles son los límites legales?	264
74. ¿Existe límite respecto a duración de la jornada anual, semanal y diaria?	264
75. ¿Cuál ha sido la evolución normativa respecto a la fuente del Derecho de Trabajo articuladora de la distribución irregular de la jornada?	267
76. ¿Qué tiene prioridad: el convenio, el acuerdo de empresa o la decisión unilateral del empleador?	271
77. ¿Ha de existir preaviso y, en su caso, con que antelación?	282
78. ¿Deben existir otros requisitos de notificación a los trabajadores?	284
79. ¿Cómo se compensa el exceso o defecto de tiempo de trabajo?	285
80. ¿Es contradictoria la actual previsión sobre la recuperación con la Directiva base?	288
81. ¿Qué efectos tiene la distribución irregular sobre el salario y en la fijación de indemnización por despido? ...	288
82. ¿Qué efectos tiene la distribución irregular de la jornada en otras figuras iuslaboralistas?	289
3.3. LA FLEXIBILIDAD EN LA DURACIÓN MÁXIMA DE LA JORNADA DIARIA	290
83. ¿Qué fuente del Derecho puede disponer de la jornada máxima de nueve horas?	290

	Página
84. ¿Qué límites son aplicables?	292
3.4. LA FLEXIBILIDAD EN EL DESCANSO SEMANAL	292
85. ¿Cuál es el marco legal en esta materia?	292
86. ¿Qué régimen singular de descanso alternativo se contempla en el artículo 2 del Reglamento para las actividades en él reguladas?	294
87. ¿Está vigente el artículo 47 del RD 2011/1983 a efectos de descanso semanal?	295
88. ¿Cómo se regula esta materia en la Directiva base y qué dudas provoca en nuestro ordenamiento respecto a qué pueden pactar los convenios?	298
89. ¿Son posibles otras prácticas de disponibilidad convencional?	301

CAPÍTULO 4

LA DISPONIBILIDAD SOBRE LA DURACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

4.1. LA REGULACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD EN MATERIA DE JORNADA DE TRABAJO	304
90. ¿Es indisponible la duración de la jornada de trabajo?	304
91. ¿Cómo se regula la flexibilidad de la jornada de trabajo en la Directiva base?	306
92. ¿Se aplican en nuestro ordenamiento las cláusulas «opting out» previstas en la Directiva?	308
93. ¿Se puede modificar la duración de la jornada de trabajo por la vía del artículo 41 ET?	309
94. ¿Es posible pactar en convenio colectivo una disponibilidad de reducción de la jornada por causas productivas?	319
4.2. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS Y LA JORNADA DE TRABAJO	321

	Página
95. ¿Cómo se regulan las horas extraordinarias en nuestro actual marco legal?	321
96. ¿Qué ocurre si se superan los topes legales sobre horas extraordinarias?	323
97. ¿Son de verdad voluntarias las horas extraordinarias?	325
98. ¿Qué efectos tiene la actual regulación de la compensación de horas extraordinarias sobre la jornada de trabajo?	327
4.3. LAS BOLSAS HORARIAS	329
99. ¿Qué son las bolsas horarias?	329
100. ¿Cuál es el régimen jurídico de las bolsas horarias?	330

ANEXO DE NORMAS LEGALES

NORMATIVA ESPAÑOLA

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	333
REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 23 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	335
REAL DECRETO 1561/1995, DE 21 SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE REGULAN LAS JORNADAS ESPECIALES DE TRABAJO	361

NORMATIVA COMUNITARIA

DIRECTIVA 88/2003, DE 4 NOVIEMBRE, REGULADORA DE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO	397
OTRAS NORMATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA AFECTANTES AL TIEMPO DE TRABAJO	419

	<u>Página</u>
CONVENIOS DE LA OIT	
CONVENIO 132 OIT SOBRE VACACIONES ANUALES PAGADAS (BOE 5 JULIO 1974, NÚM. 160)	421
OTROS CONVENIOS DE LA OIT AFECTANTES AL TIEMPO DE TRABAJO	431