



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

“El principio de voluntariedad en el contrato de trabajo a tiempo parcial”

Presentado por:

Javier Riesco Estébanez

Tutelado por:

María Milagros Alonso Bravo

Valladolid, julio de 2019

ÍNDICE

RESUMEN-ABSTRACT.....	4
1. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	6
1.1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS.....	6
1.2. EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD Y EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.....	7
1.2.1. El contexto social de la voluntariedad en el mercado de trabajo a tiempo parcial.	
2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	11
2.1. LA NORMATIVA EUROPEA.....	11
2.2. EL MARCO JURÍDICO INTERNO.....	13
2.2.1. En la formalización del contrato de trabajo	
3. LA INTERRELACIÓN DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.....	18
3.1. POSIBILIDADES DE CONVERSIÓN DE UN CONTRATO A TIEMPO COMPLETO EN UNO A TIEMPO PARCIAL, Y VICEVERSA.....	18
3.2.1. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo por la vía del artículo 41 ET.	
3.2.2. La reducción de la jornada bajo el procedimiento de artículo 47 ET.	
3.2. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD ANTE LA NEGATIVA DE CONVERSIÓN CONTRACTUAL.....	24
4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JORNADA DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.....	26
4.1. LA JORNADA ORDINARIA.....	26
4.1.1. Su distribución en el trabajo a tiempo parcial	
4.1.2. Los límites en su distribución a los trabajadores a tiempo parcial	
4.1.3. La jornada partida en los trabajadores a tiempo parcial.	
4.2. LAS HORAS COMPLEMENTARIAS.....	33
4.2.1. Las horas complementarias pactadas	

4.2.2. Las horas complementarias de aceptación voluntaria	
4.3. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS.....	41
4.3.1. Las horas extraordinarias por fuerza mayor	
4.3.2. El incumplimiento de la prohibición	
5. EL RÉGIMEN DE LOS DESCANSOS EN LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL.....	48
5.1. EL PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN Y PROPORCIONALIDAD EN EL DESCANSO.....	50
5.2. LOS DESCANSOS DIARIOS Y SEMANALES.	
5.2.1. El descanso diario.	
5.2.2. El descanso semanal	
5.3. LAS VACACIONES, FIESTAS LABORALES Y DÍAS DE ASUNTOS PROPIOS.....	53
5.3.1. Las vacaciones anuales.	
5.3.2. Las fiestas laborales y días de asuntos propios.	
6. BREVE REFERENCIA A LOS SUBTIPOS DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.....	56
6.1. EL CONTRATO FIJO PERIÓDICO Y FIJO DISCONTINUO.....	57
7. CONCLUSIONES.....	60
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64
WEBGRAFÍA.....	64
JURISPRUDENCIA.....	65

RESUMEN:

A día de hoy, dada la necesidad y la importancia del trabajo tanto para la sociedad en su conjunto como a nivel personal en la organización de nuestras vidas, se hacen necesarias profundizaciones en las regulaciones laborales para adaptarse a los cambios técnicos, económicos y organizativos que cada vez más se suceden. En concreto, en el trabajo a tiempo parcial, trataremos una visión desde el ámbito de la voluntariedad, ya que en muchas ocasiones esta modalidad contractual va a ser indeseada por el trabajador en defecto de poder acceder a un trabajo a tiempo completo; generalmente jóvenes y mujeres.

Por otra parte, se realizará un análisis del régimen jurídico específico para este tipo de trabajo, así como valoraciones donde se puede ver más lesionada esta voluntariedad en el trabajador y donde se encuentra más protegida. A su vez establecer pues ciertas recomendaciones sobre los aspectos que podrían ser más beneficiosos en el respeto del principio de voluntariedad, como un régimen unitario de horas complementarias enfocado en las de aceptación voluntaria.

En definitiva, un análisis también socioeconómico en cuanto a la flexibilidad y adaptación de las empresas y a una mejor organización y protección para el trabajador que conlleve una mejor vida personal.

ABSTRACT:

To this day, given the need and importance of work both for society as a whole and on a personal level in the organization of our lives, In order to adapt to the technical, economic and organisational changes that are increasingly taking place, it is necessary to deepen labour regulations. Specifically, in part time work, we will deal with a vision from the field of voluntariness, since this contractual arrangement is often going to be unwanted by the worker in the absence of access to full time work; usually young people and women.

On the other hand, an analysis will be made of the specific legal regime for this type of work, as well as evaluations where this voluntariness can be most injured in the worker and where it is most protected. In turn, to make certain recommendations on the aspects

that could be most beneficial in the respect of the principle of voluntariness, such as a unitary regime of complementary hours focused on those of voluntary acceptance.

In short, a socioeconomic analysis of the flexibility and adaptation of the enterprises and of a better organization and protection for the worker that entails a better personal life.

PALABRAS CLAVE: Trabajador a tiempo parcial, principio de voluntariedad, conversión, indemnidad, jornada, horas complementarias, flexibilidad.

KEY WORDS: Part-time worker, beginning of wilfulness, conversion, indemnity, working day, complementary hours, flexibility.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

1.1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

En nuestra sociedad, fundamentalmente tras la crisis económica, se ha llevado a cabo una política económico-laboral de tendencia liberal, orientada a la flexibilidad en el empleo para que las empresas puedan adaptarse mejor a los fenómenos económicos que nos acontecen. Esto ha provocado que, en muchas ocasiones, se utilicen figuras contractuales que facilitan la flexibilidad en beneficio de una mejor organización técnica de la empresa, lo cual, hacia muchos trabajadores ello les puede resultar muy lesivo. Lesividad que muchos individuos acatan debido a la situación económica que nos ha acontecido, quebrando en diversos aspectos uno de los principios que vamos a desgranar en el marco del trabajo a tiempo parcial.

Como hemos dicho, en muchas circunstancias para una mayor flexibilidad empresarial, se está utilizando en exceso el contrato de trabajo a tiempo parcial (en vez de realizar contrataciones a tiempo completo) gracias al régimen específico que este contrato cuenta, como el caso de las horas complementarias que permite una jornada casi equivalente a la de un trabajador a tiempo completo comparable. El trabajador, ante ello, desea acceder a un trabajo a tiempo completo pero la flexibilidad que le otorga al empresario tanto en horario -cuando lo necesita- como un menor coste salarial -si no precisa de sus servicios-, puede provocar un quebranto de esa voluntariedad en la concertación del contrato de trabajo, no desde el plano de la emisión de la aceptación en sentido estricto por el trabajador, sino en el plano amplio de carecer de la opción deseada por él y verse forzado a aceptar. Además no solo en ese momento inicial, ello conlleva que durante la vida de la relación laboral, se va a encontrar en una posición de debilidad en cuanto va a tener que estar disponible -según qué tipo de horas realice- en diferentes fases de mayor producción o necesidad organizativa cuando el empleador le requiera.

Con lo cual, lo que se va a analizar desde el punto de vista del ordenamiento jurídico actual, así como desde un punto de vista socioeconómico, la voluntariedad en el trabajo en este colectivo laboral, la cual se encuentra bastante en entredicho y conculcada en atención a una política más proclive a la adaptación del trabajo a la flexibilidad empresarial. A su vez, también, qué partes del régimen jurídico ofrecen una mayor protección de este principio para el trabajador y que garantías para ello se contemplan; por otra parte, el papel que juega la

regulación convencional en este aspecto; resaltar también qué aspectos podría modificarse al resultar más perjudiciales o cuáles deberían adquirir un papel más preponderante. Todo ello desde el ámbito social y económico que supone en nuestra sociedad el trabajo.

1.2. EL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD Y EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL.

Es un contrato peculiar por la duración del tiempo de trabajo. Es una modalidad contractual que no tiene muchos límites (y algunos de los que hay son modificables en parte por la vía del Convenio Colectivo), únicamente un contrato a tiempo parcial es aquel que tenga una duración inferior a un trabajador a tiempo completo comparable. A través de la previsión legal del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) se establece que la duración de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas semanales de trabajo efectivo, pero de promedio en cómputo anual para un trabajador a tiempo completo. Es un contrato que con solamente durar una hora menos sería suficiente para calificarlo como tal; no hay mínimo ni máximo, aunque el término de comparación para situarnos en la contratación de tiempo parcial es situarlo con un trabajador completo comparable, es decir, un trabajador que realiza el mismo trabajo pero a un tiempo completo, mientras que el otro lo hace a tiempo parcial -menos tiempo en la prestación laboral-.

De entrada, se podría decir que nadie puede trabajar más de 40 horas semanales, por el cómputo anual. Esto pues sería la jornada ordinaria, es decir, un contrato de trabajo a tiempo completo. A partir de aquí, vamos a determinar aquel contrato de trabajo y prestación laboral por debajo al de a tiempo completo.

El régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial se encuentra en el artículo 12 ET transponiendo las directivas comunitarias sobre la materia. Es una modalidad contractual que tiene la finalidad de adaptarse o buscar la satisfacción de las necesidades de la empresa y del trabajador y en ciertos puntos o aspectos el repartir el empleo. La jornada de este trabajador a tiempo parcial se establece contractualmente, no en el ET o el Convenio Colectivo. Aunque hemos de decir que, si el Convenio Colectivo establece un trabajo a tiempo completo favorable de 36 horas, si el supuesto trabajador temporal trabajara 37 horas no sería considerado temporal.

En relación a su duración se pueden hacer modalidades de contrato a tiempo parcial, siendo o indefinido o temporal. Eso sí, no puede ser parcial el contrato de formación ni el de interinidad cuando la sustitución se realice sobre un trabajador a tiempo completo en la empresa.

En cuanto al concepto de *voluntariedad*, contemplado en diversos ordenamientos jurídicos y supranacionales (y en particular en la normativa comunitaria), mientras que en el ordenamiento español se carecía de una normativa en materia de tiempo parcial regida por este principio de voluntariedad. No fue hasta el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, sobre *Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo en Relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y el Fomento de su Estabilidad*, cuando se introdujo la voluntariedad, así como el de equiparación y proporcionalidad. Centrándonos fundamentalmente en la voluntariedad, con ello se pretende una mejora de la calidad en el empleo en esta modalidad contractual.

Sobre la forma, en principio hay libertad formal, aunque la ley les requiere la forma escrita, y la falta de esta daría lugar a una contratación indefinida y además a tiempo completo, salvo prueba en contrario (*presunción iuris tantum*). Además, la ley para facilitar el control sobre esta modalidad contractual centra ese requisito escrito en reflejar el número de horas a las que se obliga el trabajador y también su distribución. ¿Por qué? Fundamentalmente porque, en teoría, el trabajador (salvo casos particulares) prefiere la contratación a tiempo completo frente al tiempo parcial, en relación sobre todo por el salario a percibir. Por lo que este control se basa en la prevención del fraude de la contratación a tiempo parcial, en relación a fijar un número de horas menor del que realmente se pueda efectuar en la empresa y que el trabajador pueda verse cohibido en el deseo de la celebración del contrato en determinadas condiciones; algo que pretendió atajar el RDL 15/1998 introduciendo este principio de voluntariedad como elemento necesario en la protección del trabajador.

En cuanto a los derechos, el artículo 12 ET establece el principio de igualdad entre los trabajadores contratados a jornada completa y los contratados a tiempo parcial. Aunque hay una excepción respecto al salario, donde se reconoce una proporción del sueldo con la duración de la jornada de trabajo. Pero el resto de los derechos son similares para no incurrir

en discriminación. Esto también está conectado en la no discriminación por razón de sexo, porque muchos de estos contratos son ocupados por mujeres -también por jóvenes-.

1.2.1. El contexto social de la voluntariedad en el mercado de trabajo a tiempo parcial.

Un factor para comentar es su distinción o relación con el subempleo, en tanto que, históricamente en España, el trabajador ha tenido que asumir un contrato de trabajo a tiempo parcial, al no poder encontrar uno a tiempo completo, con lo que ello supone a efectos retributivos y de cotizaciones a la Seguridad Social. Es decir, lo que los agentes sociales denominan (entre otros aspectos de las relaciones laborales) la precariedad en el empleo. Precariedad a la que se sometido el trabajador de manera *involuntaria*, debido a que las condiciones del contrato de trabajo son impuestas unilateralmente por el empleador. ¿Por qué? Con el fenómeno de la crisis económica y las necesidades o políticas de las empresas en cuanto a flexibilidad laboral para la consecución de sus objetivos (la maximización de beneficios), ha llevado a una excesiva temporalidad de los contratos de trabajo, así como a la contratación por un número determinado de horas, inferiores lógicamente a la de un trabajador a tiempo completo.

Se hace pues preciso aludir a ese subempleo que se denomina visible y fácilmente conocible, ¿en cuanto a qué? En relación directa con ese trabajo a tiempo parcial involuntario; voluntario en la manifestación del consentimiento a la celebración del contrato de trabajo, pero trabajando de manera involuntaria menos horas de trabajo a las deseadas, quedando vacantes las no trabajadas para un trabajo a mayores (dando pie al pluriempleo en el caso de poder acceder a otro puesto de trabajo). Es más, el trabajo involuntario a tiempo parcial respecto del total del empleo a tiempo parcial supone un 61,9%, siendo más del doble en comparación con la media europea, en la cual es el 27,7% de las personas que no desean este tipo de contrato de trabajo.¹ Lo cual ello contrasta bastante con el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial respecto del total del empleo en España y en comparación con los países

¹ Fuente: Eurostat (Última actualización: 17/01/2018).

Europeos de nuestro entorno: en España se sitúa este porcentaje en el 14,5%, mientras que en países como Alemania (22,4%), Reino Unido (24%) y Holanda (38%).²

Vemos pues como en estos países europeos, a pesar de tener una tasa de empleo a tiempo parcial significativamente superior, contrasta con voluntariedad en la prestación en este tipo de modalidad laboral, donde la diferencia ahí es muy notable. Esto puede encontrarse motivado por la elevada tasa de paro española en la que a su vez la coyuntura socioeconómica no es nada favorable; con lo cual los trabajadores españoles se ven abocados a aceptar de manera no deseada el trabajo a tiempo parcial, es decir, por la imposibilidad de acceder a un empleo a tiempo completo. También otros de los razonamientos que pueden extraerse de estos datos (además del económico), es que el marco jurídico y modelo del trabajo a tiempo a parcial no resulta atractivo para la gran mayoría de los trabajadores españoles, y por lo tanto acuden a él en defecto de poder tener un empleo a tiempo completo, como acabamos de comentar en la problemática socioeconómica. Pero es que tampoco parece ser satisfactorio para las empresas, pues de los datos anteriormente enunciados, el porcentaje de trabajo a tiempo parcial es menor a los países de nuestro entorno.³

En conclusión, de ello se desprende que el modelo laboral de trabajo a tiempo parcial español no se acomoda a ninguna de las necesidades de las dos partes implicadas en la relación laboral (empleado y empleador/empresario) puesto que, habiendo un índice de este tipo de modalidad contractual menor respecto de países europeos comparables, la insatisfacción e involuntariedad respecto de este es muy alta (superior al doble de la media europea). Lo que conllevaría al legislador español a una reflexión sobre nuestro modelo laboral, por lo menos, en la vertiente contractual a tiempo parcial.

Por lo que podemos cerrar esta introducción sobre el principio de voluntariedad, en que este constituye un derecho sobre el trabajador en cuanto a su consentimiento tanto en la celebración del contrato de trabajo, pero también durante la prestación de la fuerza laboral hasta su conclusión; es decir, habiéndose formalizado el contrato de trabajo con sus elementos correspondientes (jornada de trabajo, retribución por la prestación, etc.), en el

² Datos que se han obtenido en la página web de la O.C.D.E.: www.stats.oecd.org, con fecha de 17/03/2017.

³ Basterra Hernández, M. (2018): *“Problemas aplicativos de la jornada a tiempo parcial”*, páginas 17-18.

cambio de los mismos entraría en juego también la voluntariedad del trabajador para aceptar tales cambios, de lo contrario no carecería de sentido y de contenido real este principio. Pues si se celebra un contrato voluntariamente aceptado por el trabajador, y este es modificado unilateralmente por el empleador, el trabajador quedaría desamparado ante el arbitrio y voluntad de una de las partes.

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.1. LA NORMATIVA EUROPEA

Mediante la introducción de la Directiva 97/81/CE⁴ del Consejo, *relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial*, se ha pretendido, con la inclusión de este principio en el trabajo a tiempo parcial, que la voluntad del trabajador esté presente en esta modalidad contractual para que pueda prestar su consentimiento voluntariamente al celebrar un contrato de trabajo a tiempo parcial, y que a su vez sea libre al elegir entre una jornada a tiempo completo y una a tiempo parcial.

Por otra parte, en sus disposiciones, se pretende la eliminación de discriminaciones que se producen de manera injustificada hacia los trabajadores a tiempo parcial; una mejora de las condiciones laborales de este colectivo, también mediante la organización flexible de este tiempo de trabajo en las necesidades empresariales, así como de las plantillas, siempre y cuando partiendo de la base de la voluntariedad para el trabajador.

Además, como hemos comentado anteriormente, el objeto de esta Directiva y de la regulación del contrato a tiempo parcial, el principio de voluntariedad no solo se manifiesta en la celebración de este contrato, sino que perdura en toda la prestación laboral hasta su

⁴ Directiva que posteriormente desgranaremos jurisprudencialmente en conexión con el epígrafe de conversión de la modalidad contractual (en cuanto a la materia de jornada de tiempo completo a tiempo parcial o viceversa) y la garantía de indemnidad ante la negativa de esa modificación o novación contractual.

finalización. ¿Cómo? Pues mediante la regulación de diversos aspectos a analizar (más adelante, en el desarrollo del ordenamiento jurídico interno)⁵:

- Cuando se pretende la transformación de un contrato a tiempo completo hacia uno a tiempo parcial, también en el caso contrario. Para ello se precisará, en principio, de la voluntad del trabajador.
- En las peticiones por parte del trabajador en relación con una conversión de un contrato a tiempo parcial en uno a tiempo completo, o en un aumento de la jornada, así como de uno a tiempo completo en uno a tiempo parcial o una disminución de la jornada. También una información a los trabajadores sobre la disponibilidad de puestos de ambas modalidades con el objeto de ser más sencilla determinada transformación.
- Participación de los representantes sindicales de los trabajadores acerca de las contrataciones que se efectúen a tiempo parcial, tanto en el ámbito informativo como en las decisiones.
- Un desarrollo laboral de los trabajadores por medio de la formación profesional para tener más posibilidades de promocionar a lo largo de su trayectoria laboral.

Ante lo comentado, se ha de decir que esta Directiva sigue diversos aspectos del Convenio OIT N°175 aprobado en la reunión celebrada en 1994 (aunque bien es cierto que no entró en vigor hasta 1998). Este Convenio cuenta con un gran interés como instrumento internacional, pero carece de ratificación por España de manera incomprensible. Aun así, hemos dicho que la Directiva comunitaria contempla muchos aspectos del Convenio, por lo que cuenta con digno interés a resaltar.

Estos aspectos materializan el ideal de compatibilizar dualmente la necesidad de flexibilidad hacia las empresas cuando precisen acudir a estas modalidades contractuales, así como que los trabajadores cuenten con una mayor calidad en el empleo a tiempo parcial con el objeto de que este no suponga obstáculo en sus carreras profesionales y en la organización de esta con su vida personal y familiar; también desde el punto de vista del trato desigual que

⁵ Vicedo Cañada, L. (2009): “*Los principios rectores del trabajo a tiempo parcial: proporcionalidad, equiparación y voluntariedad*”, revista jurídica La Ley Digital, página 6.

este tipo de contrato supone en relación con las personas que realizan el trabajo a jornada completa. A su vez por esta dualidad, hemos de remarcar que la Directiva se contempla en el aspecto de las políticas sociales y no las del libre mercado -de trabajo- ni la libre competencia. Ello contrasta con otras Directivas que si son contempladas desde la visión de mercado o liberalización en la prestación de servicios como la Directiva 2008/104/CE sobre las empresas de trabajo temporal.⁶

A diferencia del Convenio, en la Directiva no se contempla en su destinatario a las personas que buscan empleo, ni de tipo informativo ni de no discriminación en los procesos selectivos para el acceso a los puestos de trabajo a tiempo parcial que se encuentran sin cubrir en las empresas, con lo que no se les contempla ningún derecho a su favor en estos aspectos. Por otra parte, en la llamada cláusula 2.2, se permite a los Estados Miembros a contemplar restricciones: *“los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales al nivel pertinente de conformidad con las prácticas nacionales de relaciones laborales, podrán, por razones objetivas, excluir total o parcialmente de las disposiciones del presente Acuerdo a los trabajadores a tiempo parcial que trabajan de manera ocasional. Deberían reexaminarse periódicamente estas exclusiones a fin de establecer si siguen siendo válidas las razones objetivas que las sustentan”*. Ello se refiere a que los Estados Miembros contarán con la facultad de excluir de aquello a los llamados trabajadores ocasionales (*-causal workers-* denominados así por la doctrina comunitaria) en cuanto a razones objetivas difícilmente justificables, por lo que se ha calificado ello de una regulación de mínimos poco protectora.

2.2. EL MARCO JURÍCO INTERNO

Como ya hemos hecho referencia, este principio de voluntariedad se introdujo mediante el Real Decreto-Ley 15/1998, fruto de la trasposición de la Directiva 97/81/CE, junto también al de equiparación y el de proporcionalidad. Estos tres principios son los que van a informar nuestro régimen jurídico aplicable en el contrato de trabajo a tiempo parcial.

⁶ Cabeza Pereiro, J.: *“La regulación internacional y europea del trabajo a tiempo parcial”*, fuente digital jurídica V/Lex, páginas 39-80.

Vamos a realizar una pequeña alusión a estos principios, los cuales son muy importantes y que entran en conexión entre ellos al ser principios rectores comunes fundamentalmente en el trabajo a tiempo parcial.

En relación al **principio de equiparación**⁷ ha de entenderse en referencia a la igualdad de trato, en el que todos los trabajadores, ya sean a tiempo parcial o a tiempo completo o trabajadores indefinidos o temporales, estos tendrán los mismos derechos laborales. Diferente es la magnitud del disfrute de estos, que se pueden ver atenuados (duración de la jornada, retribuciones salariales, complementos por antigüedad o vacaciones...).

Por parte del **principio de proporcionalidad**, en conexión con lo hecho referencia anteriormente, una cuestión es la de la igualdad efectiva en cuanto a derechos y otra la magnitud del disfrute, que, como hemos dicho, se pueden ver atenuados en su aplicación. Cuando entre en juego esta atenuación también lo hará este principio, para matizar el de equiparación, y a su vez para medir la magnitud y su delimitación. Es decir, contemplar si ese derecho se ha de ver afectado o no por esa menor prestación del trabajo; contemplada su afectación, hasta cuánto es objetivamente razonable su atenuación en el disfrute por el trabajador.

Por lo ello expuesto, se podría contemplar que las peculiaridades fundamentales en el trabajo a tiempo parcial radicarían en la menor duración del tiempo de trabajo. Debido a que el régimen general de derechos y obligaciones está diseñado en base a un trabajo a tiempo completo. Con lo cual es preciso realizar una adaptación del régimen a este tipo de modalidad contractual al estar determinada por una jornada inferior. Ello es pues que algunos derechos, como hemos hecho referencia, puedan sufrir alteraciones en proporción a esta menor duración de la jornada, ya sea en disfrute o en su configuración. Pero ello, las peculiaridades que se establezcan en cuanto a este disfrute de derechos han de ser estrictamente en razón a la menor duración de la jornada, puesto que de no ser así iría en contra del artículo 12.4.d) ET, incluso del artículo 14 CE al ser discriminatorio, y sería por lo tanto nulo.

Además, en esta modificación legislativa de adaptación a la normativa europea, se han determinado una serie de aspectos respecto de los cuales se va a poder identificar un

⁷ Vicedo Cañada, L. (2009): “*Los principios rectores del trabajo a tiempo parcial: proporcionalidad, equiparación y voluntariedad*”, revista jurídica La Ley Digital, páginas 2-4.

contrato de trabajo a tiempo parcial: realizar una jornada inferior a la ordinaria (a tiempo completo) que pueda compararse, que se realice la prestación laboral de forma regular, y que esta prestación se ejecute de manera voluntaria.

A su vez, este principio va a informar tanto la celebración del contrato de trabajo a tiempo parcial como en la duración del mismo hasta su conclusión, haciendo depender de la voluntad del trabajador a la mayoría de las modificaciones en las condiciones de la prestación del trabajo mediante la transformación del contrato de trabajo. También se contempla la posibilidad de que el trabajador pueda por su propia iniciativa informar al empresario para realizar el cambio en determinadas condiciones de su contrato.

Ante esto, su plasmación legal se encuentra fundamentada en los artículos 12.1 ET sobre el trabajo a tiempo parcial y el artículo 1.1 ET, que garantiza que la celebración del contrato de trabajo haya sido pactado por ambas partes; es decir, como en el Derecho Común, se requiere la voluntad de las partes para la concertación del negocio jurídico en cuestión, y en el Derecho del Trabajo aun en mayor medida debido a que empleador y empleado no están en una posición o plano de igualdad, sino que el empleador es quien ostenta los medios de producción y por ello una posición más favorable respecto del trabajador que ha de vender su fuerza del trabajo.⁸

Por otra parte, y como hemos ya aludido, la transformación del contrato de trabajo ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial requiere la aceptación del trabajador, y por ello no puede ser decidida unilateralmente por el empresario. Con lo que, ante ello, quedaría fuera de aplicación el artículo 41 ET, relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo por causas económicas, técnicas u organizativas y que estén relacionadas con la productividad y competitividad de la empresa. Si bien es cierto, que en el citado artículo se contempla la jornada de trabajo como aspecto a modificar, pero tal modificación se encuentra sujeta a este principio de voluntariedad y por ello necesaria su aceptación.

⁸ Callau Dalmau, P. (2018): *“El principio de voluntariedad como presupuesto sustantivo del trabajo a tiempo parcial”*, portal Dialnet-Universidad de La Rioja.

Además, este principio también alcanza al aspecto de la denegación de la modificación contractual en cuanto a que no podrá ser sancionado ni despedido objetiva y disciplinariamente por la no aceptación del cambio en la modalidad contractual. Aunque, eso sí, en ciertos aspectos puede funcionar este principio en atención a la conservación del puesto de trabajo, o al menos en que el trabajador pueda decidir dejar de realizar la prestación laboral.

En cuanto al deber de información del empresario hacia los trabajadores de la empresa, este ha de transmitirles una relación de plazas vacantes de categorías similares o idénticas para que los trabajadores tengan conocimiento sobre estas con el objeto de poder solicitar una transformación en su contrato de trabajo hacia uno a tiempo completo o, al menos, en una jornada de mayor duración (con el correspondiente aumento también de retribuciones salariales, vacaciones, etc.).

Por último, hemos de aludir a la figura del Convenio Colectivo, el cual va a ser el encargado de contemplar una regulación sobre el acceso a la formación profesional de los trabajadores a tiempo parcial, con el objeto, como hemos referenciado anteriormente, para un mayor desarrollo profesional y una mayor facilidad a la hora de realizar una conversión de su contrato a uno a tiempo completo o búsqueda de este tipo de empleo. También una regulación y parámetros para la transformación contractual, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial por motivos familiares y formativos⁹.

2.2.1. En la formalización del contrato de trabajo.

Hemos de partir en ello, una vez más a lo ya expuesto, del principio de voluntariedad, pero este no es exclusivo en el ámbito del contrato de trabajo a tiempo parcial. Como ya hemos apuntado, ya en el mismo artículo 1256 del Código Civil se contempla ***“la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”***. A su vez, este tipo de contrato ha de hacerse por escrito, de manera preceptiva acorde a la regulación vigente, en concreto en el artículo 12 ET apartado 4 a) ***“el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo.8.2 de esta Ley, se deberá formalizar necesariamente por escrito”***; a su vez, en el artículo 8.a y el artículo 18 del Real Decreto

⁹ Vicedo Cañada, L. (2009): *“Los principios rectores del trabajo a tiempo parcial: proporcionalidad, equiparación y voluntariedad”*, revista jurídica La Ley Digital, páginas 3-4.

2317/1993, que, entre otros contratos, desarrolla los contratos a tiempo parcial. Porque, aunque en principio hay libertad de forma, esta exigencia es fundamental para el control por parte de la Administración de las horas realizadas en esta modalidad contractual, por lo que en el contrato habrá de figurar también el número de horas que se va a trabajar (por debajo de la jornada ordinaria a tiempo completo).

Esto es así debido a que, de lo contrario, en las relaciones del trabajo, pueden derivarse circunstancias bastante negativas para los intereses de los trabajadores, al ser más vulnerable esta relación contractual en relación a la voluntad del empleador, así como todo su régimen jurídico que vamos a ir desgranando progresivamente. No solo en el contrato a tiempo parcial, sino también a contratos formativos, temporales, con el objeto de una mayor protección del lado del trabajador como elemento esencial del Derecho del Trabajo.¹⁰

Cuenta pues con una naturaleza declarativa, en tanto en cuanto esta refiere a su valor probatorio, da certeza del contrato y contenido, sobre todo en su conocimiento por la Administración y en favor de los derechos y voluntad del trabajador en la prestación de la relación laboral. Eso sí, no es constitutivo, el contrato es eficaz de no darse, entre en juego la presunción *iuris tantum*. Con lo que ante su previsión por escrito sea trascendental en nuestra sociedad hoy en día y acorde a lo pretendiendo por el ordenamiento jurídico, de no darse conlleva esa serie de consecuencias adversas para el empleador, pero sí que cuenta con la puerta abierta para poder probar la inexistencia de unos hechos que presumen la Administración de no darse el carácter escrito del contrato (con sus datos concretos y mencionados).¹¹

Con lo que, como hemos dicho anteriormente hay libertad de forma, pero omisión de la realización escrita del contrato no supone la inexistencia del negocio jurídico, sino que

¹⁰ Callau Dalmau, P. (2018): “*El principio de voluntariedad como presupuesto sustantivo del trabajo a tiempo parcial*”, portal Dialnet-Universidad de La Rioja.

¹¹ Ello se contempla en diversa jurisprudencia, como por ejemplo en la STSJ del País Vasco de 11 de julio de 2000 (Recurso 1548/2000), se contempla que **“los litigantes sin tener formalizado por escrito su contrato de trabajo a tiempo parcial en la fecha del despido, lo que hace entrar en juego la mencionada presunción legal favorable al carácter completo de la jornada estipulada, que únicamente cederá si se acredita cumplidamente que, en esa fecha, tenían pactada una jornada inferior.”**

se va a presumir por la Administración celebrado indefinido y a tiempo completo, correspondiendo al empresario la prueba en contra para destruir dicha presunción.

3. LA INTERRELACIÓN DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

3.1. POSIBILIDADES DE CONVERSIÓN DE UN CONTRATO A TIEMPO COMPLETO EN UNO A TIEMPO PARCIAL, Y VICEVERSA.

En primer lugar, el objeto de este epígrafe alude a las posibilidades jurídicas que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico para realizar una reducción de jornada en el contrato de trabajo. Cabrían varias opciones, si bien es cierto que no todas son válidas en todos los casos. Por un lado, se encuentra el artículo 41 ET sobre *modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*; una novación contractual del artículo 12 ET, es decir, dejar sin efecto el anterior contrato por uno nuevo, y por lo tanto la concertación de este nuevo contrato en base al consentimiento de ambas partes; y, por último, seguir la vía del procedimiento que se expresa en el artículo 47 ET.¹²

En relación al artículo 12 ET, cabe comentar de manera simple y resumida, ya que no admite la gran cantidad de problemática y vicisitudes que los artículos siguientes a desgranar, que para la conversión en sentido estricto de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial se requiere consentimiento expreso, directo y libre para que se produzca. Por lo que esta vía, novadora de la relación laboral, no podrá ser impuesta al trabajador de manera directa o indirecta.

3.1.1. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo por la vía del artículo 41 ET.

Tras la Reforma Laboral del año 2012, las modificaciones sustanciales referidas han sido objeto de reformulación en cuanto al procedimiento, pero el ámbito material, es decir en su esencia, no ha sufrido prácticamente modificación. Además, hemos de decir que no

¹² Vicedo Cañada, L.: “La modificación de la parcialidad de un contrato de trabajo a tiempo parcial por la vía del artículo 41 ET”, páginas 1-3, revista jurídica Ley Digital.

todos los cambios en las condiciones de trabajo son sustanciales, y en particular, la jornada, puede no ser relevante este cambio. En tal situación se acudiría al procedimiento que se regule en el Convenio Colectivo, y, en defecto de este, el poder de dirección empresarial. El problema viene en, ¿cuándo no es relevante esta modificación? La cuestión referida estaría sometida a que toda reducción de jornada presume del mismo modo y proporcional del salario, con lo que ante tal circunstancia el carácter sustancial se vislumbra con mayor facilidad, y por ello la imposibilidad de imponer el cambio de manera unilateral.

En la redacción del artículo 41.1 ET, en su letra se contempla la jornada de trabajo como condición que puede ser objeto de modificación contractual. Pero esa enumeración de causas es simplemente ejemplificativa, que si se dan las causas que determina el artículo 41 ET se puede seguir el procedimiento establecido. Por otra parte, aunque aparezca citada en el artículo no lleva a que en virtud de él pueda realizarse de manera unilateral por cualquier causa. Eso sí, refuerza la posibilidad de poder realizar la modificación de la jornada de trabajo por esta vía. A su vez, se ha de aclarar si la reducción de la jornada de trabajo por esta vía supone un cambio de contrato de tiempo completo a uno a tiempo completo a uno a tiempo parcial de manera encubierta.

Ante ello, lo fundamental a comentar es cuando esta posible conversión mediante la reducción de la jornada decidida unilateralmente por el empresario en atención a motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción. En primer término, podríamos decir que no hay una problemática grave en aceptar la reducción de jornada que no implique una novación de contractual, ¿cómo? En la manera en que se reduce la jornada de trabajo y también el salario, pero garantizándole la retribución que fija el convenio en su categoría profesional, o en su defecto el SMI; a su vez, cotizando como un trabajador a tiempo completo. Es decir, se produce una rebaja de la jornada y por ello del salario con un mínimo garantizado (el SMI), y además va a seguir cotizando como un trabajador a tiempo completo.¹³

Lo que no daría lugar a ello es si, además de reducirle la jornada y por ello el salario sin la garantía mínima del SMI (o percepción mínima contemplada para su categoría

¹³ Fabregat Monfort, G. (2016): “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET”, revista jurídica La Ley Digital, páginas 4-8

profesional en el Convenio Colectivo), se cotiza por el trabajador de manera proporcional a esas horas de trabajo, es decir, contractualmente ha dejado de ser un contrato a tiempo completo para ser un contrato a tiempo parcial. Estaríamos entonces situados en el ámbito de la novación contractual que, en términos del artículo 12 ET, exige de manera tajante el consentimiento de ambas partes, excluyendo claramente la unilateralidad. Esto pues, no es muy flexible desde la perspectiva de los poderes de decisión y dirección de la empresa por parte del empleador, debido a que en muchas ocasiones lo que se trata es de una reducción mayor de los costes, y aquí se le garantiza un mínimo al trabajador más una cotización como trabajador a tiempo completo.

Por otra parte, aun así, acudir a la vía del artículo 41 ET mediante esta solución descrita tampoco puede realizarse en todos los casos. ¿Por qué? Ya que para ello solo ha de afectar contractualmente, es decir, pretender la reducción sin afectar a la regulación del convenio, debido a que si así fuera habría que acudir al artículo 82.3 ET, para proceder a la inaplicación del Convenio Colectivo cuando concurren las causas previstas. Este es un artículo casi idéntico al artículo 41 ET en cuanto a su contenido, pero se desprende una clara diferencia, respecto del alcance (al conjunto de los trabajadores de la empresa, es decir, colectivo), y es ahí la justificación de por la cual si afecta a regulación de convenio habría que acudir a este artículo. Eso sí, de no contener regulación el convenio (hecho bastante extraño, no es lo común) sí que se podría contemplar la opción del artículo 41 ET.

Todo ello hemos de decir que era bastante confuso, ya que en una **STS de 20 de octubre de 2011**¹⁴ contempló la reducción de jornada por la vía del artículo 41 ET, es decir, mediante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Pero a su vez sí que matizaba, respecto de esta reducción de jornada, que si el cambio es temporal ello no va a suponer una novación en el contrato. Con lo que, en núcleo principal de esta sentencia radicaba en la temporalidad de la decisión y, a su vez, que se permite su imposición por los motivos contemplados en este artículo 41 ET.

A día de hoy, esta problemática se ve atenuado por dos artículos, el 47.1 ET y el comentado ya 82.3 ET. En cuanto al primero, anteriormente solo contemplaba la suspensión

¹⁴ Fabregat Monfort, G. (2016): “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET”, revista jurídica La Ley Digital, páginas 2-4.

del contrato por determinadas causas, hoy además cuenta en su redacción también la **reducción de jornada** al efecto de lo comentado. Por parte del segundo, no se aludía a la opción de novación o modificación de materia contenida en el convenio, aunque luego se remita explícitamente al artículo 41 ET. Por lo que la citada sentencia sobre la aplicación del artículo 41 ET queda en un cierto entredicho con el régimen jurídico-laboral actual, teniendo que vislumbrar en qué casos sería ahora de aplicación este artículo en cuanto a la jornada de trabajo. Porque en los citados supuestos de carácter temporal se habría de acudir al artículo 47 ET y cuando concurra decisión en materia colectiva al artículo 82.3 ET.

En definitiva, de todo lo enunciado se extrae una serie de conclusiones al objeto de poder realizar una reducción de jornada bajo el procedimiento fijado en el artículo 41 ET:

- Que no haya una regulación convencional (Convenio Colectivo) al efecto de la jornada, pues estaríamos en el ámbito del artículo 82.3 ET.
- La garantía mínima salarial convencional fijada a su categoría, o al menos el SMI contemplado para un trabajador a tiempo completo.
- Mantenerle una cotización como si este fuera trabajador a tiempo completo.
- La reducción de jornada aplicable habrá de ser temporal, como todas las modificaciones sustanciales aludidas en el artículo 41 ET.

De no seguirse estos requisitos enunciados estaríamos ante una novación contractual de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial, lo que conllevaría la obligatoriedad de acudir al artículo 12 ET, exigiendo para ello el consentimiento de ambas partes.

Para mayor oscurantismo en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en un **Auto de 6 de marzo de 2013**¹⁵ parece virar hacia una posición más proclive a la necesidad, prácticamente en todo caso, de acudir al artículo 12 ET ya que esta reducción de jornada produce una novación contractual indirecta. La cuestión de este oscurantismo, al entender más restringidamente la reducción de jornada, produce que se vuelva a la anterior concepción en relación a la posibilidad de poder reducir la jornada sin la necesidad de conversión del contrato. Es decir, el contrato no se convierte a tiempo parcial, sino que es una decisión temporal y por ello regido bajo los requisitos ya enunciados; de lo contrario estaríamos ante

¹⁵ Fabregat Monfort, G. (2016): “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET”, revista jurídica La Ley Digital, página 5.

una novación contractual, y ante ello habrá de concurrir el consentimiento de ambas partes, no unilateralmente.

En resumen, se pretende excluir la posibilidad de realizar una novación contractual por la vía del artículo 41 ET en los casos de reducción tanto de jornada, salario y cotización por resultar muy gravoso para el trabajador. Por lo que para ello hay que seguir el procedimiento del artículo 12 ET, con el consentimiento de las dos partes y la imposibilidad de la unilateralidad.

En cuanto a la utilidad de esta vía para el empleador, teniendo en cuenta que el cambio habrá de ser entonces causal, temporal y con la garantía de un mínimo salarial (ya sea el mínimo contemplado para su categoría profesional -Convenio Colectivo- o el legal (SMI) de un trabajador a tiempo completo) y de la cotización como un trabajador pues a tiempo completo, es limitada. Ya que, ante tales requisitos, en principio, no parece resultarle rentable al empleador el cumplimiento de los mismos para proceder por la vía del artículo 41 ET, debido a que, en la mayor parte de las ocasiones por causas económicas, organizativas o de productividad, requiere también una afectación mayor (a la baja) en cuanto al salario y a la cotización.

Con lo que esto podría llegar a contemplarse en muy pocos casos y en aquellos trabajadores que tengan un salario contractual bastante superior al convencional o al SMI, para que incluso procediendo a una importante rebaja no llegue a estar por debajo de uno de los dos umbrales.

3.1.2. La reducción de la jornada bajo el procedimiento de artículo 47 ET.

Este procedimiento supone una reducción de jornada, pero no una novación contractual, lo que implicaría de serlo, como ya hemos aludido, el consentimiento de ambas partes de la relación contractual. En concreto, la previsión legal contenida en este artículo es que esta reducción de jornada se ha de enmarcar bajo unos límites, entre un 10% y un 70% de la jornada ordinaria del trabajador en cuestión, por lo que fuera de esos umbrales no puede realizarse tal reducción, puesto que por debajo del 10% carecería de sentido lógico tal reducción, mientras que por encima del 70% ello sería muy lesivo para el trabajador.

A su vez, como en lo determinado en el artículo 41 ET, también ha de concurrir una causa económica, técnica, organizativa y producción para poder llevar a cabo la reducción. La decisión por otra parte ha de ser temporal, en consonancia con la causa que ha motivado la medida, la cual ha de ser comunicada además a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Por otra parte, aunque concurra la causa determinada, ha de haber al menos por parte del empleador un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (en tales aspectos, el artículo 47 ET se remite al artículo 41 ET) en el que se pueda contemplar un pacto entre las partes en cuanto a la reducción de la jornada, trabajadores afectados, y la duración temporal del mismo. Aunque si bien es cierto, no es preceptivo que del periodo de consultas devengue en pacto, es suficiente con la apertura del mismo. Por ello vemos que el empleador, en este caso, va a poder imponer unilateralmente la reducción de jornada a los trabajadores dentro los márgenes y formalidades exigidas.

Además, es relevante añadir que, durante la reducción de jornada, el trabajador en cuestión va a poder percibir la prestación por desempleo en proporción al número de horas en que se la ha reducido la jornada. En cuanto a la cotización, el empresario ha de seguir realizándola como si fuese un trabajador a tiempo completo.

Ante todo, vemos que hay una reducción de jornada pero no una novación contractual, en la que las condiciones no son tan lesivas para el trabajador aun siendo esta impuesta. Debido a que en compensación por la reducción de las horas de trabajo va a percibir la prestación por desempleo por la parte reducida y no trabajada; además, la cotización no se va a ver afectada puesto que la empresa va a tener la obligación de mantenerla como un trabajador a tiempo completo; y, por último, la medida ha de ser temporal, hasta concluida la causa que la justificó o hasta la finalización del periodo acordado durante las consultas.

Por último, aludir finalmente al hecho de que el consentimiento para la transformación contractual sea manifestado por los representantes de los trabajadores y

ratificado por estos en asamblea. Y es que, acorde a la *STS de 19 de marzo de 2014*,¹⁶ acepta que esta manifestación del consentimiento es válida, es decir, la producida en el seno de gestión colectiva. Lo cual, en la sentencia se manifiesta en dos votos particulares, la discrepancia respecto de un consentimiento no directo del trabajador sobre sus condiciones de trabajo y en respeto de la prestación voluntaria del consentimiento en este cambio, puesto que según, acorde al artículo 12.4.e) ET, este ha de prestarse voluntaria y directamente, y este caso no es él quien lo emite de manera directa. Solo que no siempre los acuerdos individuales son válidos a su vez, como es el caso de los contratos individuales en masa, aquí habrá de haber también una gestión colectiva de los mismos y por tanto serían nulos.

3.2. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD ANTE LA NEGATIVA DE CONVERSIÓN CONTRACTUAL (STS 30 DE MAYO DE 2018).¹⁷

En esta sentencia se analiza la colisión entre el artículo 41.1.a) ET *de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en materia de jornada*, junto con el artículo 12.4.e) ET. A su vez, se va a contemplar por el Tribunal Supremo, la jurisprudencia comunitaria del TJUE (en atención a la Directiva 97/81/CE -anteriormente mencionada-) del caso *Mascellani* (STJUE 15 de octubre de 2014).¹⁸ Lo relevante de esta sentencia es que, previamente a esta, no se seguía una línea clara sino un planteamiento oscurantista, difuso y bastante controvertido.

La naturaleza del conflicto nació por la concurrencia de causas técnicas, organizativas y de producción, en la cual la empresa entendía que no necesitaba del trabajador -objeto de este litigio- en una jornada ordinaria a tiempo completo. Por parte del empleador se le conminó a la modificación contractual hacia uno a tiempo parcial, cuestión rechazada por el trabajador. Pues ante ello, se discute si posteriormente a este suceso, el intento fallido de una modificación de las condiciones sustanciales de trabajo o novación contractual (de haber un consentimiento en las partes para la novación) hacia un contrato a tiempo parcial, puede

¹⁶ Fabregat Monfort, G. (2016): “*Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET*”, revista jurídica La Ley Digital, páginas 10-11.

¹⁷ (Rec. 2329/2016): Beltran de Heredia Ruiz, I.: “<https://ignasibeltran.com/2018/06/25/la-reduccion-de-jornada-exige-siempre-el-consentimiento-del-trabajador-si-implica-una-conversion-de-tiempo-completo-a-parcial-sts-30-5-18/>”.

¹⁸ Sentencia 15 de octubre de 2014 (asunto C-221/2013).

proceder la empresa al despido por causas objetivas bajo el artículo 52.c) ET y cómo opera la garantía de indemnidad ante la negativa del trabajador.

Para ello es importante y nuclear acudir al artículo 12.4.e) ET: ***“La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a). El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”***. Y es que, en este suceso descrito *grosso modo*, hay en primer término una prohibición clara de convertir este contrato de trabajo a uno a tiempo parcial si no hay consentimiento del trabajador, el cual lo ha manifestado en este sentido. Ahora bien, en el mismo artículo también se menciona que dicho trabajador no podrá ser despedido en virtud de tal decisión en el marco que proteger al trabajador por ello **-garantía de indemnidad-**. Por otro lado, eso sí, abre la puerta que por las razones organizativas, técnicas y de producción si que pueda ser despedido por la vía del artículo 52.c) que se alega. Es pues que se produce esta colisión en si el trabajador resulta protegido por esta garantía ante la negativa de conversión contractual o, por el contrario, decae esta bajo el paraguas de este artículo referente al despido objetivo debido a que la empresa demandada ha demostrado un evidente descenso en la actividad productiva.

Como planteamiento final el Tribunal Supremo, en lo relativo a la cláusula 5.2 de la Directiva: ***“El rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado”***. Y es, en la parte final de esta cláusula, como también así contempla la parte final del artículo 12.4.e) ET que, al acreditar ese descenso de producción y por lo tanto por razones económicas y organizativas, puede conllevar el despido objetivo por ello según el artículo 52.c) ET.

El Tribunal Supremo deja claro que la empresa no puede operar bajo el marco de una imposición unilateral del artículo 41.1 ET para la reducción de jornada cuando esta implique una novación en el contrato de trabajo, pues habrá que realizarse mediante tal novación acuerdo de las partes, pero ello no obsta al empleador ante la negativa pueda realizar tal despido objetivo; por lo que vemos que aquí, la garantía de indemnidad, ante la negativa en una decisión empresarial queda en entredicho y decae en favor de la flexibilidad empresarial sobre las causas económicas, técnicas y de producción siempre y cuando estas sean alegadas y demostradas.¹⁹

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA JORNADA DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.

4.1. LA JORNADA ORDINARIA.

4.1.1. Su distribución en el trabajo a tiempo parcial.

En cuanto a la jornada ordinaria en el trabajo a tiempo parcial, se ha de aludir a dos ámbitos, su vertiente cuantitativa y la cualitativa. En referencia a la vertiente cuantitativa, su relevancia se centra en el hecho de las horas efectivas que el trabajador va a prestar, aspecto muy importante ya que el número de horas va a determinar la calificación del contrato a tiempo parcial. Ahora bien, la perspectiva cualitativa ha cobrado bastante importancia, debido a que esta supone en cómo se va a distribuir estas horas prestadas por el trabajador. Este aspecto de la distribución de la jornada es delicado, en el sentido de que entre el empresario y el trabajador va a haber intereses contrapuestos, ya que mientras que este primero va a buscar un sistema de distribución de jornada más eficiente y productivo posible, y por ello flexible; el trabajador, por el contrario, va a preferir una mayor estabilidad y

¹⁹ F.D. 4º: [...] la empresa demandada, ante la evidente minoración de la actividad que tenía encomendada, ofreció al trabajador la disminución de su jornada para adaptarla a las necesidades objetivas decrecientes del Colegio, lo que motivó que se llevase a cabo el despido objetivo por la vía del art. 52 c) ET, como permite el referido precepto, sin que la contratación de otro trabajador a tiempo parcial que se adaptase a esas necesidades de la empresa suponga fraude alguno, sino mera ejecución de las posibilidades legales que la propia negativa del trabajador propiciaba, teniendo en cuenta que la empresa en ningún caso podía aplicar el art. 41 ET -como erróneamente afirma la sentencia de contraste y el propio recurrente- para modificar la naturaleza del contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial.

concreción de su calendario y jornada laboral, puesto que le va a permitir una mejor estructuración a nivel personal y profesional.

A colación pues de lo comentado, lo indicado sería qué contempla el ET en relación a la distribución de la jornada. El régimen general sobre la distribución de la jornada se ubica en el artículo 34 ET²⁰. En atención a lo contenido en este artículo, hace entender que hay dos formas de distribución posible: una distribución *regular* y otra *irregular*.²¹

Por parte de la primera, el trabajador prestaría sus servicios el mismo número de horas a lo largo de todas las semanas. Ante ello se podría pensar que no es relevante para calificarlo como *regular* que en los mismos días de la semana se prestasen diferentes horas u horarios, puesto que lo relevante es la jornada prestada semanalmente según este precepto.

Por otra parte, la jornada *irregular* sería aquella en la que a lo largo de las diferentes semanas se prestasen en unas más que en otras, es decir, una asimetría horaria. Esto está permitido, según el artículo citado en su punto segundo, en el que el Convenio Colectivo podrá establecerlo, o en defecto de este, un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa. Todo ello sin necesidad de que concurra ninguna causa técnica,

²⁰ Artículo 34, puntos 1 y 2: “1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

2. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.”

²¹ Basterra Hernández, M.: “Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial”, páginas 28-32.

organizativa o productiva de la empresa. Y sin necesidad de acuerdo y regulación colectiva, también el empresario podrá imponer esta hasta un 10% de la jornada anual, sin concurrir tampoco causa y sin la necesidad de aceptación por parte del trabajador.

Otra cuestión a valorar sería la rigidez o flexibilidad de esa irregularidad, en el sentido de que es posible que el empresario otorgue ya un calendario fijando y contemplando dicha irregularidad, es decir, el trabajador ya sabe a lo largo del año cuál va a ser su jornada en cada semana; mientras que la flexibilidad total supondría otro grado más de incertidumbre y quebranto de las perspectivas de organización del trabajador.

El problema de esta distribución de la jornada *irregular y flexible*²² se contempla fundamentalmente en los trabajadores a tiempo parcial, puesto que provoca serios perjuicios a esta clase de trabajadores. ¿Por qué? Si partimos de la base de que los trabajadores han celebrado el contrato de trabajo a tiempo parcial de manera voluntaria por los beneficios que supone en cuanto a una mejor organización de la vida personal y profesional, en este caso, estaría menoscabando la certeza y posibilidad de esta organización, ya que al admitirse la flexibilidad el trabajador quedaría a expensas de la mera voluntad del empresario.

También, en el caso de los que han accedido a esta modalidad por imposibilidad de acceder a un trabajo a tiempo completo, se les estaría imposibilitando materialmente la opción de poder desempeñar otro puesto de trabajo en franja horaria diferente para poder complementar su salario (que en definitiva en esta modalidad contractual es lo que predomina socialmente). Ante ello, aquí veríamos como se estaría conculcando el principio de voluntariedad hacia estos trabajadores, ya que en virtud del artículo 34 ET puede llegarse a imponer (aunque con límites) una distribución de la jornada de este carácter sin necesidad a su vez de concurrir causa alguna.

Con lo que la lógica llevaría a plantear si es posible admitir esta modalidad de jornada en el trabajo a tiempo parcial, no solo desde la perspectiva de las consecuencias negativas que supone para el trabajador, sino también desde el punto de vista jurídico; ya que este artículo 34 ET podría entrar en colisión en principio con el artículo 12.4.a) ET, debido a que en este figura que en el contrato celebrado por escrito habrá de contemplarse el número de

²² Basterra Hernández, M.: “*Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*” (2017), páginas 73 y ss.

horas ordinarias de trabajo diarias, semanales, mensuales o anuales, y su distribución acorde a lo previsto en el Convenio Colectivo.

Además, este régimen general de la jornada ordinaria de trabajo del artículo 34 ET no excluye a los trabajadores a tiempo parcial de los poderes otorgados al empresario. Y, aunque en un primer momento pueda parecer que este artículo entra en colisión con el artículo 12 ET, en el cual se contemplan las especificidades de los trabajadores a tiempo parcial, lo cierto es que no excluye para nada el régimen establecido en el artículo 34 ET. Esta cuestión no es menor, ya que hasta en ello ha habido pronunciamiento por parte del TJUE²³, declarando que no es contrario al Derecho de la UE este sistema de distribución de jornada que pueda ser más lesivo por lo comentado anteriormente para los trabajadores a tiempo parcial.

Por ello, y tratando de limar esa colisión y problemática que pueda suscitarse como hemos contemplado, habrá que determinar en el contrato de trabajo individualmente, acorde a este artículo 12.4.a), todos los extremos de lo contenido en el Convenio Colectivo sobre el modelo de distribución de la jornada que va a prestar el trabajador en cuestión. Claramente ello en el supuesto de que haya regulación colectiva y acerca de este aspecto. En caso contrario, el empresario solo podrá imponer la distribución *irregular* y *flexible* de la jornada con el límite del 10% del número de horas que el trabajador va a prestar anualmente, en el que, a su vez, en opinión de diversos expertos²⁴ en la materia, también habrá de figurarse esta circunstancia en el contrato de trabajo individual.

En cuanto a la concurrencia de las horas complementarias (punto que comentaremos posteriormente), estas son ajenas a la propia distribución irregular de la jornada, y por lo tanto estas no entrarían en el cómputo del 10% para calcular el máximo permitido de horas a imponer de manera *irregular* y *flexible* por parte del empresario. Cuestión importante, ya que la realización de estas horas son otro instrumento de flexibilización del tiempo que va a prestar el trabajador, pero en este caso de manera adicional a las horas contempladas en su contrato de trabajo a tiempo parcial, mientras que lo referido en cuanto a la distribución estaríamos en las horas que el trabajador ha de prestar según lo convenido contractualmente.

²³ Sentencia 12/10/2004 (Asunto C-313/02), *Nicole Wippel contra Peek & Clopenburg GmbH & Co KG*.

Fuente: (Basterra Hernández, 2018)

²⁴ Sirvent Hernández, N.; y Rodríguez Sanz de Galdeano, B.; Basterra Hernández, M.

4.1.2. Los límites a su distribución en los trabajadores a tiempo parcial.

Hay que aclarar que hay unos límites fundamentales sobre los cuales han de pivotar todos los regímenes de jornada ordinaria que ya hemos aludido. Estos son los periodos de descanso y el límite contemplado en el artículo 34.3 ET sobre el máximo de 9 horas diarias de jornada ordinaria.

Respecto del primero, el propio artículo 34.2 ET contempla que para la jornada ordinaria habrá de respetarse *los periodos mínimos de descanso diario y semanal previsto en la Ley*. Se obvia en la redacción las vacaciones anuales y festivos, pero hemos de tenerlas en cuenta también a la hora de respetar tales descansos. Eso sí, también realiza este artículo otra omisión respecto de las mejores que puedan contenerse en virtud de la negociación colectiva para una mayor cuantía de los descansos, y que ante ello se habrá de respetar de igual forma toda mejora de carácter convencional.

En cuanto a la distribución de la jornada ordinaria, hemos determinado que el empleador tendrá que respetar la carga máxima laboral permitida por Ley. En este caso, ya hemos dicho que el número máximo de horas diarias son nueve, pero si bien es cierto que, mediante Convenio Colectivo o acuerdo de empresa, podrá aumentarse ese límite. Eso sí, no de forma irracional o en perjuicio grave para el trabajador, ya que, aparte de este límite directo de nueve horas diarias, también contempla un límite indirecto, el cual entre el final de la jornada y el inicio de la siguiente habrá de pasar, al menos, doce horas de descanso. En el caso de este límite indirecto sí que es indisponible para la negociación colectiva, con lo que en relación al primero, que sí que es modificable convencionalmente se encuentra sometido a un segundo que no lo es y ha de respetarse taxativamente.

Podría parecer que estos límites en la jornada ordinaria, tanto el directo como el indirecto, tienen poca operatividad en el trabajo a tiempo parcial, pero lo cierto es que en ocasiones las jornadas diarias de ciertos trabajadores tendrán un volumen comparable al de un trabajador a tiempo completo, o la concentración de las horas que ha de prestar en pocos días a la semana, al menos o en unos determinados periodos del año. Y es ahí donde va a contar estos límites con una operatividad bastante importante.

A su vez, hay que referirse concretamente a un límite que opera fundamentalmente en la distribución de la jornada ordinaria *irregularmente*, debido a que es donde más lesividad se produce hacia el trabajador. En este caso, se ha de realizar una compensación de los excesos y defectos en cuanto a determinar unos días o semanas del año con muchas más horas que otras. Todo ello, en relación al volumen total de horas de trabajo contempladas en el contrato de trabajo anualmente. Con lo que tales excesos realizados en determinados periodos del año habrán de ser compensados. Los cuales se compensarán en concordancia al Convenio Colectivo, o en defecto, acuerdo de empresa. De no haber regulación convencional, estos desajustes horarios se compensarán, como ya hemos adelantado, en el plazo de doce meses desde que se produjo el hecho. El problema vendría en que, si aplicamos de manera literal la normativa básica, es decir, en defecto de regulación convencional, es que, al contemplarse doce meses de plazo, esta compensación podría afectar al calendario laboral del año siguiente, lo que genera mucha confusión para el trabajador en el ámbito de su propia organización.

En opinión del experto Miguel Basterra Hernández²⁵, la cual vislumbra una lógica que habría de ser común, que ante el agravio que le provocaría al trabajador la afectación hacia un calendario posterior la compensación, esta habrá de realizarse dentro de ese plazo de doce meses, pero en ningún caso que afecte o se traslade al calendario anual siguiente, aspecto que así se contempla en la legislación comunitaria. Pero, la realidad, es que el criterio de nuestros tribunales, en concreto el Tribunal Supremo, parece que difiere de esta lógica del grave perjuicio al trabajador, por lo que el alto Tribunal admite que mediante el Convenio Colectivo pueda reputarse tal compensación en el ciclo anual posterior; contraviniendo incluso la normativa de carácter comunitaria.

Por otra parte, aludir a otros límites que operan a la distribución de la jornada además de *irregular* también *flexible*. Uno de ellos contenido también en el artículo 34.2 ET, es que el empresario habrá de realizar un preaviso al trabajador con cinco días de antelación de los extremos sobre los que va a versar tal prestación efectiva del trabajo. Este límite es particular, puesto que solo cuenta con operatividad cuando la jornada es flexible, ya que cuando esta es rígida el trabajador conoce previamente mediante calendario tales irregularidades. Además, estos cinco días de preaviso es derecho mínimo necesario, por lo que no es disponible bajo

²⁵ Basterra Hernández, M.: “Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial”, páginas 32 a 37.

ningún concepto ni mejora por otra vía una rebaja del plazo por regulación convencional o contrato de trabajo.

Otro sería de si una vez que el horario y calendario de trabajo ha sido previsto ya, si ello pudiera limitar una distribución *irregular* y *flexible* de la jornada de trabajo a tiempo parcial. La jurisprudencia sostiene que el horario de trabajo está subordinado a la jornada de trabajo, puesto que este deberá conjugarse con el fin de realizar las variaciones necesarias acorde a la nueva distribución. A mi entender, y acorde al principio de voluntariedad, podría este quebrar en el plano de una operación la cual provocase un cambio total del horario propiamente establecido cuando el empresario desplazase en su conjunto el horario diario del trabajador hacia delante o para atrás; por lo que estas necesidades intrínsecas empresariales para la distribución de la jornada de modo flexible habría de realizar en relación a un menor perjuicio para el trabajador, de manera que adelante su entrada en el puesto de trabajo al horario prefijado o un retraso en la salida que se contemplaba, pero no un traslado total de la jornada ya que se estaría conculcando la voluntad del trabajador cuando celebró su contrato de trabajo, alterándosele las condiciones de manera drástica. Ante ello, la fijación en calendario podría suponer un límite en cuanto a un traslado global del horario del trabajador prefijado.

4.1.3. La jornada partida en los trabajadores a tiempo parcial.

En principio, por medio del artículo 34 ET no se desprende ninguna particularidad respecto de los trabajadores a tiempo completo para los que se encuentran a tiempo parcial en relación a la prestación de una jornada partida o continuada.²⁶ Si bien es cierto que el artículo 12 ET establece otro límite respecto de la jornada partida para los trabajadores a tiempo parcial, en el cual se contempla que *solo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa en Convenio Colectivo*. Es decir, el límite contempla que, para los trabajadores a tiempo parcial, su prestación de servicios habrá de ser continuada o si acaso con una única interrupción.

²⁶ Es más, mediante la Ley 11/1994 se suprimió la diferenciación entre una jornada diaria continuada de una jornada partida. Respecto de la partida se aludía a un descanso ininterrumpido por el cual el trabajador no prestaba sus servicios durante al menos una hora. **Fuente:** (Basterra Hernández, 2018)

Lo peligroso sería ese aspecto final del artículo 12.4.b) ET, respecto de la complementariedad que puede regular el Convenio Colectivo, ya que dejaría un amplio margen para que el empresario en virtud del mismo pudiera partir en diferentes partes la jornada de ese trabajador. Es más, es hasta idóneo para el empleador poder concretar la prestación de servicios del trabajador en aquellas partes horarias que más necesidades productivas tiene, lo que conllevaría un enorme perjuicio para el trabajador. No solo eso, cabría pensar que esto no sería legal, o al menos que menoscaba la voluntariedad del trabajador en el plano de su elección por un contrato de trabajo a tiempo parcial. ¿Por qué? Pues en la manera en que tal trabajador ha optado por ese contrato por el hecho de que le ofrece una flexibilidad o disponibilidad horaria mayor, tanto para formarse, como para su vida personal y familiar, como para la realización de otro trabajo; y ello resultaría imposible de poder seccionar su jornada en tantas partes como el empleador necesitase, con lo que su consentimiento en la celebración del contrato por las virtudes que le ofrece este contrato quedaría en entredicho.

Por ello, habríamos de concluir en este aspecto que, en aras de la protección del trabajador, ese matiz contenido en el ET sobre la posible regulación convencional del aspecto debería ser eliminada, puesto que con una jornada reducida la segregación de su prestación es diversas partes resultaría muy ideal para el empleador, además de los menores costes laborales que para el supondría respecto de un trabajador a tiempo completo. Pero es que, ya no solo conculcaría la voluntad del trabajador en relación a los perjuicios que le causaría, también va en contra del principio general de todo contrato según el artículo 1256 CC, en el cual taxativamente se prohíbe que el contrato quede al arbitrio de una de las partes; y a la vista de lo comentado, la posibilidad de que el empleador pudiese distribuir a su libre albedrío la jornada supondría ir en contra también de la doctrina general de los contratos.²⁷

4.2. LAS HORAS COMPLEMENTARIAS

En atención a la prestación de servicios en la relación laboral más allá de la jornada ordinaria establecida (por debajo de un trabajador a tiempo completo comparable), el artículo 12.5 ET contempla estas horas adicionales a las ordinarias suscritas en el contrato de trabajo

²⁷ Basterra Hernández, M.: *“Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial”*, páginas 42-45.

a tiempo parcial de manera muy pormenorizada; tanto en los requisitos que se establecen como el marco en que se deben ajustar estas bajo unos límites mínimos y máximos dependiendo de si estamos ante horas complementarias contempladas en virtud de pacto o si estas son de aceptación voluntaria por el trabajador (la cuales no figuran por escrito como en el caso de las primeras).

Bajo este punto de vista, podría parecer que las horas complementarias son un subtipo de las horas extraordinarias en general, pero para el caso de los trabajadores a tiempo parcial. La cuestión es que los trabajadores a tiempo parcial, como se alude en el artículo 35 ET²⁸, tienen restringida la realización de horas extraordinarias; pero, de todas formas, es clara la semejanza de las horas complementarias respecto de las extraordinarias. Simplemente, tal cual hemos aludido anteriormente al artículo 12.5 ET, estas se contemplan como las horas adicionales prestadas por encima de las suscritas en el contrato de trabajo, y con un régimen jurídico propio. Además, ha de precisarse que la diferencia frente a las horas extraordinarias radica en que estas se realizan por encima de una jornada de trabajo completa, es decir, no puede complementarse aquello que es completo, sino que sobrepasa ello.²⁹

4.2.1. Las horas complementarias pactadas

Su principal particularidad respecto de las posteriores a comentar es la necesidad de formalizar expresamente por escrito un pacto sobre estas horas complementarias, el cual conlleva la naturaleza constitutiva del pacto para su realización, porque de no haberlo no existe, y por ello no estaríamos ante este tipo de horas complementarias y acorde a este régimen jurídico.

Este pacto hemos de decir que es voluntario, por lo que una vez acordado la empresa puede hacerlo efectivo en cualquier momento, bajo los requisitos de un preaviso de tres días siempre y cuando no sea inferior por regulación convencional. Lo fundamental es que aquí, con la reforma que redujo el plazo de preaviso de siete a tres días, hay un grado de flexibilidad

²⁸ Ante la entrada en vigor del RDL 16/2013, ya no se permite la realización de horas extraordinarias a los trabajadores a tiempo parcial, únicamente en los casos que sean estrictamente necesarias por causas de fuerza mayor.

²⁹ Callau Dalmau, P. (2018): *“El principio de voluntariedad como presupuesto sustantivo del trabajo a tiempo parcial”*, portal Dialnet-Universidad de La Rioja.

notable para los intereses del empresario, más si cabe que en el ámbito de la distribución flexible de la jornada del artículo 34 ET. Por lo que ello debería contar con un sistema más garantista, donde no revista tantos requisitos el desistimiento de tal pacto, puesto que es en la celebración del contrato donde más se aprecia una desvaloración del principio de voluntariedad; así como el pequeño grado de preaviso que incluso puede ser aún más minorado por regulación colectiva, que otorga una mayor flexibilidad a las empresas a la hora de su poder de organización y dirección productiva. Porque sin lugar a dudas, cualquier rebaja del plazo de aviso al trabajador, menos margen de maniobra y organización tiene el trabajador respecto de su vida personal y familiar, cuestión que en muchos casos es un aspecto fundamental en la concertación de este tipo de modalidad contractual.³⁰

Por otro lado, dada la redacción actual sobre la materia en el RDL 16/2013³¹, parece contemplar que solo por regulación convencional podrá reducirse el plazo, por lo que, ¿cabría la posibilidad de aumentarlo? Aquí hay opiniones enfrentadas en la doctrina, puesto que a tenor literal de lo contenido en la redacción podría ser un límite máximo esos tres días, al no contemplarse la posibilidad de aumentarlo. En cambio, atendiendo a que no se dice nada podría llegar a entenderse que la norma no impide la posibilidad de ampliación, y es dudoso que la voluntad del legislador fuera su prohibición. Con lo que, inclinándonos por la segunda opinión doctrinal, que si es cierto el artículo puede permitir una interpretación más protectora, estaría más en consonancia con los principios que deben impregnar fundamentalmente este tipo de contrato, sobre todo, en relación con el principio de voluntariedad.

En relación al número de horas que han de constar en el pacto, es contenido mínimo esencial del mismo, por lo que si se omite este aspecto el pacto devendría nulo al quedar indeterminado el propio objeto del pacto, además de tampoco poder dejarse la realización de las mismas al arbitrio del empleador. Otra cosa sería que el pacto excediese los límites legales y convencionales contemplados, los cuales son como máximo el 30% de las horas ordinarias de trabajo pudiéndose aumentar hasta un 60% y con un mínimo no disponible convencionalmente de un 30%. Pero a su vez, que en virtud del pacto se hayan estipulado

³⁰ Callau Dalmau, P.: *“El principio de voluntariedad como presupuesto sustantivo del trabajo a tiempo parcial”*, portal Dialnet-Universidad de La Rioja.

³¹ Basterra Hernández, M.: *“Problemas aplicativos de la jornada de trabajo a tiempo parcial”*, páginas 46-52.

una serie de horas complementarias a realizar, no supone un derecho hacia el trabajador de realizarlas si así lo desea, dependerá de las necesidades de la empresa y empleador el que ellos ejerzan la exigibilidad de las horas con el preaviso debido.

Es decir, desde esta perspectiva se ve como una vez realizado el pacto, el empresario dispone de un margen de actuación casi total, pues, aunque se haya celebrado el pacto no otorga ningún derecho al trabajador para la realización de las mismas, solo en atención a ello otorga su disponibilidad hacia el empresario, que podrá hacer uso de ella o no. Ante ello, vemos entonces el gran poder de discrecionalidad con el que cuenta el empresario, por lo que en diversas ocasiones sería bastante cuestionable la voluntariedad, debido a que ante la gran flexibilidad que otorgan y un preaviso de las mismas mínimo (que incluso puede rebajarse), es muy tentador para el empleador la imposición de dicho pacto para la concertación del contrato de trabajo a tiempo parcial en cuestión.

Eso sí, para evitar fraudes en la contratación a tiempo parcial en defecto de la jornada a tiempo completo, las horas prestadas en cómputo total (es decir, las ordinarias y las complementarias en su conjunto) no podrán ser equivalentes a las de un trabajador a tiempo completo comparable.

En cuanto a la realización de estas horas complementarias, se posibilita tanto a los trabajadores temporales como los contratados indefinidamente, puesto que hasta el ya mencionado RDL 16/2013 solo las podían realizar los indefinidos. Únicamente se establece el límite mínimo de que la jornada semanal sea de al menos diez horas en un cálculo de esta anualmente. Todo lo que suponga un incumplimiento en relación con los límites y requisitos contenidos en el artículo 12.5 ET, la denegación de prestarlas no podrá suponer una conducta laboral sancionable. En cambio, de no haber irregularidad alguna, la no prestación de las mismas acorde al procedimiento establecido sí que constituirá conducta sancionable disciplinariamente, e incluso, el despido disciplinario.

Por otra parte, aun suscrito el pacto, puede renunciar al pacto de horas complementarias una vez que haya transcurrido un año y con un plazo de 15 días de

preaviso³², siempre y cuando se trate de circunstancias de organización tanto personal como profesional; como es el caso de responsabilidades familiares contenidas en el artículo 37.6 ET, una incompatibilidad horaria con otro empleo o por necesidades de formación. Vemos entonces, en este caso, que después del enorme grado de flexibilidad que goza el empresario a la hora de disponer del trabajador una vez concertado el pacto, para su desvinculación, vamos a desgranar justo lo contrario, una enorme rigidez.

Contrasta claramente que ante la posibilidad de poder extinguir la eficacia y por ello el pacto, hayan de concurrir una serie de circunstancias tasadas, que son las mismas para las que ha de acudir un trabajador que quiere reducir su jornada; en las que además ha de transcurrir todo un año más un preaviso de 15 días. Es decir, hay una serie de requisitos bastante gravosos a la hora de cumplirse para que el trabajador tenga la opción de poder dejar sin efecto el pacto, por lo que no se da en este supuesto una flexibilidad recíproca, ya que el empresario puede disponer según sus necesidades y sin compromisos del trabajador, mientras que el trabajador se le impone una serie de causas y un plazo muy prolongado. Plazo de un año que para el caso de los contratos temporales de menor duración a él no tendrían posibilidad de renuncia. Además, si se quiere volver a la concertación de este pacto habría de formalizarse uno nuevo. Y en el caso de una reducción del número de horas, en este supuesto, solo es posible si hay acuerdo entre las partes, o sea entre trabajador y empleador.³³

Todo ello, esta no flexibilidad recíproca, deja un poco a su vez en entredicho las disposiciones de régimen común, a las que hemos aludido, respecto de que el contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes; aspecto que, en teoría, habría de ser mejorado por el Derecho del Trabajo, en consonancia a que su regulación surgió con el objeto de ser más protectora para la parte débil de la relación laboral, el trabajador.

4.2.2. Las horas complementarias de aceptación voluntaria

Aparte de las horas complementarias en virtud de pacto y que por tanto ante su solicitud acorde al procedimiento son obligatorias en su cumplimiento, hay otro tipo de horas

³² Basterra Hernández, M.: *“Problemas aplicativos de la jornada de trabajo a tiempo parcial”*, páginas 56-59.

³³ Callau Dalmau, P.: *“El principio de voluntariedad como presupuesto sustantivo del trabajo a tiempo parcial”*, portal Dialnet-Universidad de La Rioja.

las cuales no figuran ni en el contrato, ni en un pacto. Este tipo de horas, al no haber nada contemplado, el trabajador puede denegar su realización, ante lo cual no puede haber conducta sancionable por parte de la empresa.

Y es que este tipo de horas como su propio nombre indica radica en la aceptación completamente voluntaria del trabajador; en el propio artículo 12.5.g ET donde se contemplan dice *“el empresario podrá, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria”*; por lo que aquí vemos que en este tipo de horas se manifiesta como en prácticamente ningún ámbito en la contratación a tiempo parcial (y otras) el principio de voluntariedad, puesto que como hemos dicho la negativa no acarrea ningún perjuicio jurídico para el trabajador, pero visto desde este aspecto, respecto de un trabajador que desea la contratación a tiempo parcial y a su vez puede recibir un complemento tanto horario como salarial cuando se acomode a sus circunstancias y voluntad.

Además, como tampoco figura pacto alguno y el trabajador ha de aceptar la realización de tales horas que el empleador le ofrece, que no impone, es a su vez donde el trabajador puede optar entre lo que mejor se acomode a su organización personal y profesional o en la búsqueda de una mayor percepción económica. Vemos entonces como este tipo de horas puede suponer un factor importante a la hora de la flexibilidad productiva para la empresa y a su vez para el trabajador en aras también de sus intereses, de los cuales el trabajador valorará si ello le compensa.³⁴

En este caso, su régimen jurídico contempla que este tipo de horas solo podrán realizarlas en este caso los trabajadores a tiempo parcial, pero con contratación indefinida, y al menos (como en las descritas anteriormente) con una jornada ordinaria de trabajo de 10 horas semanales en cómputo anual. Por otra parte, estas no podrán superar el 15% de las horas ordinarias en que se está contratado, pudiendo ser ampliado por Convenio Colectivo hasta el 30%. A su vez, estas horas complementarias de aceptación voluntarias no supondrán cómputo para las pactadas, es decir, que podría llegar el caso de realizar un 60% como máximo de horas complementarias pactadas y otro 30% máximo de horas complementarias

³⁴ Callau Dalmau, P.: *“El principio de voluntariedad como presupuesto sustantivo del trabajo a tiempo parcial”*, portal Dialnet-Universidad de La Rioja.

de aceptación voluntaria, con lo que estaríamos prácticamente duplicando la jornada ordinaria por la que el trabajador fue contratado.³⁵

Poniéndonos en el ejemplo de un trabajador a tiempo parcial contratado por 20 horas semanales, en este caso por ampliación de Convenio Colectivo podría llegar a la realización una jornada de hasta 38 horas semanales, con lo cual estaríamos muy cerca del límite de la jornada ordinaria semanal de un trabajador a tiempo completo. Y si nos pusiéramos en un ejemplo más extremo con una jornada ordinaria a tiempo parcial superior, incluso en aplicación de los porcentajes, el trabajador podría llegar a trabajar hasta más horas que un trabajador a tiempo completo comparable, algo que prohíbe el artículo 12.4.c) ET, debido a que ello podría provocar ciertas tentaciones por parte del empresario en favor de esta contratación a tiempo parcial hacia personas que deseen realmente cubrir un puesto de trabajo a tiempo completo.

El empleador obtendría la flexibilidad y prestación de servicios cuando lo necesitase de un trabajador a tiempo completo comparable, mientras que cuando las necesidades de la empresa fuesen menores, obtener un ahorro vía costes laborales al no requerir del trabajador en esas horas que no se encuentra contratado en jornada ordinaria. Por lo que el límite finalmente está en la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, pero la verdad es que se puede acercar el trabajador a tiempo parcial muy cerca de una jornada ordinaria a tiempo completo sin llegar a excederlo, el cual según el artículo 12.1 ET llegaría hasta la prestación máxima legal de 40 horas semanales (salvo disposición en Convenio Colectivo que mejore con una menor jornada). Aun así, sigue siendo bastante tentador para el empresario la posibilidad de tener un trabajador a tiempo parcial con estas condiciones, en las que puede llegar a prestar servicios prácticamente como un trabajador a tiempo completo, en los términos que hemos desgranado.

El ET en su redacción originaria de 1980 contemplaba un límite más preciso y claro en relación a este hecho, y que impedía que se generase. Impedía que la jornada del trabajador, sumando las horas contratadas y por tanto prestadas como jornada ordinaria más las complementarias (ya sean pactadas o de aceptación voluntaria) no superasen en 2/3 la

³⁵ Basterra Hernández, M.: *“Problemas aplicativos de la jornada de trabajo a tiempo parcial”*, páginas 63-64.

jornada de un trabajo a tiempo completo.³⁶ En 2001 se suprimió este límite con la Ley 12/2001, por lo que ahora hemos visto ejemplificativamente como puede darse ese fraude en la contratación a tiempo parcial con el beneficio de poder disponer de un trabajador prácticamente las mismas horas que un trabajador a tiempo completo; cuestión que desde la OCDE se determina que esta barrera no debería superar el 75% de la jornada de un trabajador a tiempo completo, barrera que antes contemplábamos incluso por debajo de este límite recomendado ($2/3$ -67%-), y que ahora no contemplamos ni siquiera límite alguno, con lo perjuicios que ello puede generar para aquellos que desean trabajar a tiempo completo pero no pueden por resultarle más beneficiosa esta flexibilidad al empleador y a los propios trabajadores a tiempo parcial que desean ese empleo puesto que les limita la capacidad de organización a nivel personal y profesional.

Aunque si bien es cierto hemos comentado que en esta figura es donde nos podríamos situar en un plano más de igualdad o de flexibilidad recíproca de la cual adolecía el anterior tipo de horas complementarias, no deja de ser también cierto, que acorde al tipo de trabajo a tiempo parcial que se sucede en España, mucho de él involuntario por imposibilidad de acceder a un contrato de trabajo a tiempo completo como hemos comentado en diversas ocasiones, la voluntariedad puede quedar en cierto entredicho. ¿En qué aspecto? Respecto del ámbito jurídico disciplinar, la garantía de indemnidad del trabajador le protege de cualquier eventual sanción o despido individual; la problemática radica en los efectos negativos que le pueden sobrevenir, como la nulidad de opciones para acceder a un puesto de trabajo a tiempo completo frente a otros trabajadores que sí que hayan realizado tales horas, así como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o ser uno de los elegidos en el ámbito de un despido colectivo.

Como particularidad de este tipo de horas complementarias es la ausencia de preaviso³⁷, ya que el empresario podrá ofrecérselas a los trabajadores en cualquier momento. Ante ello es pues que no hay ningún plazo de preaviso, y por lo que parece a tenor de la normativa es que tampoco el Convenio Colectivo puede entrar a regular dicha materia, el preaviso en las horas complementarias de aceptación voluntaria. Pero lo cierto es que ello supondría una mejora en favor de los trabajadores, como una garantía suplementaria para

³⁶ Callau Dalmau, P.: *“El principio de voluntariedad como presupuesto sustantivo del trabajo a tiempo parcial”*, portal Dialnet-Universidad de La Rioja.

³⁷ Basterra Hernández, M.: *“Problemas aplicativos de la jornada de trabajo a tiempo parcial”*, páginas 65.

garantizar una mejor protección de los trabajadores en cuanto a su organización, ya que, aunque no hubiera plazo, si el trabajador se niega a hacerlas no puede ser sancionado, tiene derecho a ello. Por lo que la introducción del plazo en nada afectaría o mínimamente desde el punto de vista de la flexibilidad empresarial pues al final es la decisión del trabajador la que va a suponer o no la prestación laboral de dichas horas.

Es preciso también comentar una particularidad que ya hemos hecho referencia, es la imposibilidad de la realización de estas horas complementarias de aceptación voluntaria por parte de los trabajadores a tiempo parcial temporales. Y es que, desde el punto de vista de la lesividad de las horas complementarias sobre los trabajadores, resultan mucho más perjudiciales tanto en su cuantía como en su exigibilidad las horas complementarias pactadas, las cuales si pueden -y deben si han suscrito el pacto- realizar los trabajadores temporales.

En cambio, esta tipología de horas que pueden aceptar o no y que pueden serles beneficiosas a la hora de obtener una mejor retribución o la posibilidad de acceder a un puesto indefinido en la empresa les está vedada su realización. Por lo que, en atención a la voluntariedad del trabajador habría sido mucho más acertado que el legislador hubiera optado por incluir la posibilidad de la realización de estas horas para los trabajadores temporales a diferencia de las pactadas, las cuales como ya hemos aludido anteriormente, el empleador no va a acceder a la contratación de una persona que no suscriba este pacto; su adhesión al pacto va a suponer una disponibilidad y obligatoriedad en la prestación de estas horas, entre otros elementos ya descritos y que son perniciosos para el trabajador, por lo que es ahí donde más se produce una agresión a la voluntariedad para el trabajador temporal, y no en unas horas que el voluntariamente puede aceptar y que pueden serle beneficiosas en los aspectos comentados.

4.3. LAS HORAS EXTRAORDINARIAS

Anteriormente ya hicimos el apunte en el que por el RDL 16/2013 se vedó la posibilidad de realizar horas extraordinarias para los trabajadores a tiempo parcial. ¿Por qué? En virtud de lo comentado en los epígrafes precedentes, ya existe un mecanismo para incrementar la jornada ordinaria prestada por los trabajadores a tiempo parcial, incluso hasta casi duplicarla. Por lo que el sentido con el que cuentan las horas extraordinarias no tiene mucho encaje para esta modalidad contractual puesto que el empresario cuenta con una vía,

las horas complementarias, es decir, que adicionan la jornada más reducida con la que cuentan estos trabajadores para aumentarla, además de un régimen jurídico específico para estos trabajadores y para este tipo de horas. Es pues que la articulación de ambas figuras choca entre sí, porque en definitiva las horas complementarias no dejan de ser una especie de horas extraordinarias particularmente diseñadas para los trabajadores a tiempo parcial, con lo que son difícilmente conjugables. Lo cual desde la *reforma laboral* por la Ley 3/2012 sí permitía que los trabajadores a tiempo parcial también realizaran horas extraordinarias, aspecto que como hemos determinado, el RDL 16/2013 volvió a suprimir.³⁸

Desde el punto de vista de la voluntariedad y la lesividad que ya iniciamos sobre el tema de las horas complementarias, en este caso, la admisión de las horas extraordinarias sobre los trabajadores a tiempo parcial supondría una situación muy perjudicial a la ya propiamente delicada que ostentan estos trabajadores en virtud del régimen jurídico propio de las horas complementarias. Si hemos determinado que en las horas complementarias se podría llegar al hecho de una adición sobre la jornada ordinaria del 90%, con lo que ello supone, muy cercana a un trabajador a tiempo completo comparable; por lo que si además de ese régimen, a su vez le admitimos la realización de horas extraordinarias, el trabajador que optó voluntariamente por esta modalidad contractual para una mayor disponibilidad de organización personal y profesional le estaría menoscabando en gran medida esta elección.³⁹

Y para estos trabajadores, que su pretensión es el acceso a un empleo a tiempo completo, la contratación a tiempo parcial, reiteramos, se utilizaría fraudulentamente, por ser muy beneficiosa para el empleador, en vez de la contratación a tiempo completo, y cuando las circunstancias lo requiriesen utilizar de esta manera lesiva tanto el régimen jurídico de las horas complementarias como el de las horas extraordinarias. Por todo lo expuesto, se ha vedado la posibilidad de su realización a los trabajadores a tiempo parcial, de manera lógica en una situación ya de por sí compleja para esta modalidad de empleo.

4.3.1. Las horas extraordinarias por fuerza mayor.

³⁸ Alfonso Mellado, C.L.: “*Las horas extraordinarias*”, páginas 73 y 74.

³⁹ Basterra Hernández, M.: “*Problemas aplicativos de la jornada de trabajo a tiempo parcial*”, página 81.

Por otra parte, y en contraposición con lo anterior, el artículo 12.4.c) ET si permite a los trabajadores a tiempo parcial la realización de un tipo de horas extraordinarias, las calificadas como de fuerza mayor. La razón es evidente, ante circunstancias excepcionales que nada tienen que ver con necesidades técnicas, productivas u organizativas, justifican estas que los propios trabajadores de la empresa, obviando cuál es su jornada laboral común, puedan prestar estos servicios urgentes y necesarios.⁴⁰

Aunque realmente el ET no contempla expresamente el carácter obligatorio de las horas extraordinarias por fuerza mayor para los trabajadores a tiempo parcial, lo cierto es que lo que desprende el artículo 35.3 ET sobre horas extraordinarias de fuerza mayor, en conexión con el principio de buena fe de los artículos 5 a) y 20.2 ET, conlleva realmente una exigencia en la realización de este tipo de horas.

Ante tal necesidad, un incumplimiento de la realización de estas horas extraordinarias de fuerza mayor va a constituir una sanción disciplinaria por parte de la empresa. Es entendible ello dada la urgencia con la que se realizan tales horas y la necesidad de las mismas. Obviamente el empresario también deberá proceder acorde a los principios de buena fe, es decir, calificar ciertos hechos como de extrema necesidad o urgentes cuando no concurren estos; la problemática en ellos sería que en principio el trabajador debería obedecer las órdenes dadas y reclamar posteriormente la posibilidad de un abuso de derecho, puesto que la negativa de plano solo se contemplará en circunstancias muy excepcionales que justifiquen un contundente rechazo a tal orden empresarial.⁴¹

La realidad por otra parte es que muchos de los trabajadores a tiempo parcial acaban llevando a cabo horas que realmente no tienen encaje ni en las horas complementarias ni en las horas extraordinarias de fuerza mayor, por lo que realmente estaríamos en el supuesto de las horas extraordinarias *ilegales* que por lo tanto habrán de provocar ciertas consecuencias.

⁴⁰ Cabeza Pereiro, J. Rabanal Carbajo, P. Mella Méndez, y otros: “*La ordenación del trabajo a tiempo parcial*”, página 193.

⁴¹ STS 09/06/1987 (RJ 1987/4312), y Alfonso Mellado, C.L.: “*Las horas extraordinarias*”, páginas 73 y 74.

Una principal consecuencia sería que tales horas han de ser retribuidas⁴² así como su cotización, sanción obviamente aparte por la Administración al empleador en cuestión.

Además esta retribución, según lo expuesto en el artículo 35.1 ET, el Convenio Colectivo podrá optar por el abono de esta retribución vía cuantía en al menos la de las horas ordinarias (es decir, el ET pone el mínimo del salario de la hora ordinaria, pero el Convenio podrá aumentarlo), o bien, compensar mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización; con lo que la Ley da la posibilidad de dos vías retributivas, económica y de descanso. En defecto de regulación convencional o de pacto en contrato, el ET contempla que será la de descanso la forma retributiva; a su vez eso sí, se establece la negativa de que el empresario puede decidir de manera unilateral la forma de compensación de las horas extraordinarias (en una u otra vía), sino que esta habrá de ser determinada por acuerdo de las partes.⁴³ Y, como aspecto también a aludir, es que este tipo de horas extraordinarias no computan en los máximos cuantitativos en la jornada de trabajo, debido a su aspecto excepcional en la realización, ya sean retribuidas de una u otra forma.

Otro aspecto sería la realización de estas de manera habitual, aquí ya entraríamos en el aspecto del *fraude de ley* que ya hemos hecho mención en otros apartados. Por ello el empleador en vez de cubrir un puesto de trabajo con un contrato de mayor número de horas o a tiempo completo realiza uno a tiempo parcial lo que le otorga cierta flexibilidad, y a la vez satisfacción de sus necesidades productivas cuando así lo requiera.

⁴² Los datos del INE del año 2018 determinan que un total de casi 3 millones de horas extraordinarias se realizan a la semana en España que no son pagadas, entorno a un 46% de las realizadas en su totalidad. Por lo que una problemática grave que acontece en nuestro país respecto de la figura de las horas extraordinarias es su retribución. Cuestión que supone que afecte al empleo de manera negativa, ya que debido a ello, el mercado de trabajo tendría que realizar una mayor contratación de trabajadores para suplir estas horas extraordinarias que se realizan sin remunerar, lo que conllevaría más personas inscritas en la Seguridad Social y por ello más ingresos vía cotizaciones. Y en tal caso de que en algunos puestos no se realizase contratación alguna, la prestación de estas horas extraordinarias, con su remuneración correspondiente, supondría también unos mayores ingresos para la Seguridad Social de igual modo, así como un beneficio hacia el trabajador en relación a las cotizaciones efectuadas en caso de una futura prestación por desempleo así como de la prestación por jubilación (con sus límites máximos obviamente).

⁴³ STS 26/03/1996 (Recurso 2702/1995).

Como solución acertada, el artículo 9.1 ET en el que como especie de sanción al empleador este deberá asumir al trabajador en su jornada ordinaria la que preste en virtud del contrato de trabajo más las horas que venga realizando ilegalmente de manera habitual; y, además, si ello acaba suponiendo que se eleva en número de horas a un contrato a tiempo completo comparable, el contrato habrá de experimentar una novación contractual a esta figura contractual, a tiempo completo, y por lo tanto situarse en este régimen jurídico, al menos este último aspecto, es perfectamente contemplable en interpretación de lo que desprende el artículo citado y según una parte importante de la doctrina.

Por último aludir a la voluntariedad desde la perspectiva de este tipo de horas extraordinarias, en relación a que, como hemos referenciado anteriormente, solo podrá instarse el abuso de derecho posteriormente a una realización de estas horas conlleva un claro menoscabo de este principio. ¿Por qué? Bien es cierto que para su realización exige la *buena fe* de las partes, el problema es que en la práctica, y no en pocos casos, va a producirse este abuso de derecho por parte del empresario, ante el cual el trabajador se le va a lesionar su voluntariedad en la prestación de estos servicios, solo pudiendo reclamar posteriormente. A consecuencia pues, es que le va a provocar una serie de perjuicios a nivel personal o familiar, formativos o en otro empleo a tiempo parcial que tuviese, sin posibilidad de negarse (salvo supuestos flagrantes ya mencionados). Si bien es cierto que, de ser sistémico como hemos aludido, cuenta con la compensación de consolidar vía contractual esa jornada, pero de no serlo, únicamente accedería a la retribución de tales (sanción a la empresa aparte); por lo que de entrada el principio de voluntariedad en este caso quedaría muy mermado en referencia a la función protectora en el trabajador.

4.3.2. El incumplimiento de la prohibición.

Aunque en el ordenamiento jurídico se tiene vedada la posibilidad de realización de horas extraordinarias para los trabajadores a tiempo parcial, la realidad y la práctica nos dice que muchos de estos trabajadores realizan horas laborales por encima de su jornada de trabajo que no pueda ser reconducible al régimen de las horas complementarias anteriormente descrito. La naturaleza de esta prestación laboral efectiva va a tener que ser el de las horas extraordinarias, aunque ello sea una prestación laboral ilegal. Para ello el legislador, habida cuenta de ello, ha establecido un control de la jornada de estos trabajadores, contemplado en el artículo 12.4.c) ET: ***“la jornada de los trabajadores a tiempo parcial***

se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de los salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto en las ordinarias como la complementarias”.

El objeto es poder notar o averiguar cualquier exceso irregular en la jornada de trabajo por encima de la prestación laboral máxima establecida por ley; cuestión que, aun a pesar de este control o previsión legal, no sucede. Es más, como hemos determinado en datos estadísticos anteriormente, incluso en el caso de los trabajadores a tiempo completo, estos realizan una serie de horas extraordinarias que no se computan legalmente, y que además por ello, no son remuneradas (ya sea económicamente o en descanso, al menos a efectos legales y de cotización).

Y es que, aun siendo estas ilegales, llegado al caso de determinarse por el control realizado por la Administración, el modo de retribuir este tipo de horas extraordinarias debe ser el normal -pese a su carácter ilegal-, puesto que no puede entenderse que estas sean gratuitas con los efectos perniciosos que para el trabajador suponen. En cuanto a su retribución, como ha de ser reconducido al régimen general y por ello legal, será acorde a las horas extraordinarias por fuerza mayor, retribuyéndose en forma de descansos para el trabajador (debido a la preferencia del ET por esta modalidad retributiva), salvo que hubiese pacto por las partes y se acorde su retribución económica. También podrá determinarse la retribución económica, en defecto de pacto, si así se considerase en sede judicial, con lo que ello supone a su vez a efectos de cotización de estas horas y su computación en la base reguladora para las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, y en aplicación de la cobertura subsidiaria del FOGASA ante una insolvencia empresarial para el pago de los salarios de los trabajadores.⁴⁴

Todo esto determinado, en beneficio del trabajador y a sus derechos retributivos al haber realizado una prestación laboral, aparte de la propia responsabilidad empresarial que supone la imposición de este tipo de horas extraordinarias a los trabajadores a tiempo parcial pese a ser ilegales y no siendo reconducibles estas a las de *fuerza mayor* ni a las *horas*

⁴⁴ STS 02/02/1998 (Rec. 290/1997), STS 25/09/1998 (Rec. 1917/1997) y STS 29/11/2006 (Rec. 4100/2005)

complementarias. Ya que habría que acudir por ello al artículo 7.5⁴⁵ de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), que determina la responsabilidad empresarial por infracción administrativa grave. ¿Por qué determinamos que esto sería una infracción grave, y no leve o muy grave según los artículos 6 y 8 de la LISOS respectivamente? Puesto que el artículo alude a la transgresión de las normas y límites legales en materia de jornada de trabajo, aludiendo, entre otras cuestiones, a las horas extraordinarias. Por lo tanto las consecuencias de ello sería la satisfacción hacia el trabajador las horas extraordinarias realizadas ilegalmente a todos los efectos descritos, pero a su vez ello no obsta la responsabilidad del empleador determinada en el artículo 7.5 LISOS; ello acarrearía multas de 626€ a 1250€ en su grado mínimo, de 1251€ a 3125€ en su grado, y de 3126€ a 6250€ en su grado máximo. Es decir, aparte de la responsabilidad de la empresa hacia el trabajador habría de contemplar la responsabilidad de la empresa respecto del cumplimiento de la ley para con la Administración que vela por la ejecutividad de la normativa.⁴⁶

Pero todo ello, contemplando que es circunstancial u ocasional, es decir, que la prestación laboral que se está realizando por encima de la jornada de trabajo en contrato no es sistémica, ya que de serlo -y como hemos aludido en el epígrafe anterior-, habría que además entender y añadir a lo ya expuesto en este apartado, la aplicación del artículo 9.1 ET.⁴⁷ En ello pues, al aplicarse este precepto, de ser habitual este exceso de jornada ilegal, la jornada de trabajo ordinaria de este trabajador sería la que ya se contempla en su contrato de trabajo más adicionar aquella que realiza en forma de horas extraordinarias ilegales de manera habitual. Con lo que aquí vemos es que el trabajador obtendría una especie de consolidación de las horas de trabajo que venía prestando de manera ajena al contrato de trabajo que además no pueden reconducirse a ninguna figura (horas complementarias, horas extraordinarias por fuerza mayor) y por ello su carácter ilegal.⁴⁸

⁴⁵ Artículo 7: Son infracciones graves: [...] La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁶ Sirvent Hernández, N.: *“El régimen jurídico de la jornada de trabajo complementario en el trabajo a tiempo parcial”*, página 57.

⁴⁷ *“Si resultase nula solo una parte del contrato de trabajo, este permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados”*

⁴⁸ Basterra Hernández, M.: *“Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial”*, página 89.

A su vez, si consolida una serie de horas que estaba realizando fuera de lo contemplado en el contrato, habría que plantearse si seguimos en un contrato a tiempo parcial o si por el contrario tendríamos que situarnos ya en un contrato a tiempo completo. Para ello ha de contemplarse que el resultado de la adición de las horas efectuado de manera ilegal y la de jornada de trabajo establecida en el contrato de trabajo ha de ser inferior a la de un trabajador completo comparable. De ser así, es decir, aún inferior a la de un trabajador a tiempo completo, seguiríamos en la esfera de un contrato de trabajo a tiempo parcial. Esto en principio parece chocar con lo establecido en el artículo 12.4.a) ET, en lo relativo a ***“de no observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios”***; la cuestión es que, teniendo en cuenta la parte final de este apartado, “salvo prueba en contrario”, si se ha demostrado ese carácter ilegal de realización de horas por encima de lo pactado, también se probaría por vía indirecta el carácter parcial del contrato. Por lo que, en el caso de seguir prestando en suma una jornada ordinaria inferior a la de un trabajador a tiempo completo, seguiríamos en esa modalidad contractual. Cuestión diferente es si dada la suma de tales elementos descritos, nos resultare una jornada ordinaria equivalente a la de un trabajador a jornada completa, en tal caso habría de procederse a una verdadera novación contractual hacia el contrato de tiempo a tiempo completo, debido a que la consolidación de estas horas realizadas por encima supone la prestación de esa modalidad contractual en todo lo que ello supone.⁴⁹

5. EL RÉGIMEN DE LOS DESCANSOS EN LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL.

5.1. EL PRINCIPIO DE EQUIPARACIÓN Y PROPORCIONALIDAD EN EL DESCANSO.

Anteriormente ya aludíamos al principio de equiparación y proporcionalidad, en conexión con el principio de voluntariedad, como uno de los aspectos más relevantes en la contratación de trabajadores a tiempo parcial. Ello fundamentalmente en el disfrute de

⁴⁹ En esta interpretación se sitúan Monreal Bringsvaerd, E.; Sirvent Hernández, N.; y Rodríguez Sanz de Galdeano, B.

derechos hacia los trabajadores. Pues bien, un aspecto a analizar ahora es la aplicación de estos dos principios en relación con el régimen de descansos que han de disfrutar estos trabajadores; si por una parte ha de ser el mismo debido y acorde al principio de equiparación, que contempla -como ya determinamos- el igual disfrute de los derechos entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, o bien si, dada la menor prestación laboral ello justifica un régimen diferente en el ámbito de los descansos, en relación al principio de proporcionalidad, y hasta cuánto se podría ver diferenciado tal régimen.

En primer término, hemos de partir del principio de equiparación por el que todos los trabajadores habrán de disfrutar de los derechos que se contemplan en la Ley en todos sus aspectos con independencia de la modalidad contractual en que se encuentren, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial. Con lo que se trata de informar a este disfrute de derechos es el plano de igualdad hacia todos los trabajadores; pero como bien es sabido, y ya hemos aludido, este principio tiene que ser matizado por el principio de proporcionalidad, ello en relación a cuando haya causa de justificación en determinados derechos para una reducción en proporción al menor tiempo de prestación laboral efectuada. Ello queda totalmente manifestado en el artículo 12.4.d) ET: ***“Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”.***

Por lo que virtud de ello, el principio de equiparación es la norma general, y el principio que lo matiza, el de proporcionalidad, en cuanto a la atenuación en el goce y disfrute de los derechos, ha de ser excepcional y debidamente justificado. Además, tendrá ello que encontrarse previsto expresamente en la fuente normativa en la que se contemplen los derechos, y en este caso descansos, recogidos en el ET.⁵⁰ De no encontrarse recogido, o caer en discriminación entre trabajadores, estas limitaciones o atenuaciones no podrán ser establecidas, de serlo serían ilegales y atentaría contra este colectivo de trabajadores.

⁵⁰ Cabeza Pereiro, J.: “El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español”, página 118; y Basterra Hernández, M.: “Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial”, página 92.

Es pues que los trabajadores cuentan con los mismos derechos para disfrutar los descansos previstos como los trabajadores a tiempo completo de partida. Aspecto que habría que relacionar entonces respecto del salario. Es decir, el principio general es que los trabajadores a tiempo parcial cuentan con el mismo derecho de descanso, pero obviamente, aun disfrutando el mismo periodo de descanso, el salario durante esta parada efectiva de prestación laboral no podrá ser la misma, entraría aquí en juego el principio de proporcionalidad. ¿Qué quiere decir ello? Pues en el sentido de que si el descanso retribuido al que se tiene derechos todos los trabajadores en general fuese de idéntica cantidad, como conclusión final es que los trabajadores a tiempo parcia percibirían un salario/hora mayor que el de un trabajador a tiempo completo, cuestión que no sería justificable. Entra pues aquí la atenuación del principio general, mediante la proporcionalidad, en cuanto a que, aun disfrutando el mismo lapso temporal de descanso, este será retribuido en proporción al número de horas efectuadas en jornada de trabajo ordinaria.

5.2. LOS DESCANSOS DIARIOS Y SEMANALES.

5.2.1. El descanso diario.

En el ET se contempla dos tipos de descanso diario, el realizado en la propia jornada (*intra-jornada*), y el que hay entre dos jornadas de trabajo diferentes (*inter-jornadas*).⁵¹

En relación a la primera, esta es reconocida por el artículo 34.4 ET⁵², y contempla que se ha de dar al menos quince minutos de descanso cuando la jornada extienda más allá de las seis horas⁵³, no computándose eso si como trabajo efectivo salvo que se contemple en Convenio Colectivo o contrato de trabajo.

La cuestión pues es que solo los trabajadores con una jornada superior a seis horas tendrán derecho a la realización de este descanso, lo cual es complicado, ya que una de las particularidades de esta modalidad contractual es la prestación laboral menor, y una

⁵¹ Basterra Hernández, M.: “*Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial*”, página 94.

⁵² Avalado y contemplado también en la SSTS de 06/03/2000 (Rec. 1217/1999) y 03/06/1999 (Rec. 4319/1998).

⁵³ En el caso de los menores de dieciocho años habrá de ser de al menos treinta minutos cuando la jornada laboral exceda de cuatro horas y media.

prestación mayor de seis horas requiere la concentración de esta prestación en unos días a la semana concretos, o en su caso la realización de horas complementarias (o extraordinarias de fuerza mayor). A su vez, ello entra en conexión en parte del análisis con el otro subtipo de descanso que ahora analizamos.

Por parte de la segunda, el descanso *inter-jornada*, se encuentra contemplado en el artículo 34.3 ET, y alude a un descanso de doce horas al menos entre la finalización de la jornada y el comienzo de la siguiente. Además, acorde a este artículo y en conexión con la normativa comunitaria plasmada en la Directiva 2003/88/CE⁵⁴, la naturaleza de este derecho ha de conllevar que estas doce tienen que ser ininterrumpidas. Todo ello va a constituir una serie de efectos.

El **efecto directo** y claro, es que ha de haber una diferencia de doce horas de descanso ininterrumpido; lo que ella a su vez genera un **efecto indirecto**, debido a que, en cada jornada de veinticuatro horas, la prestación de servicios va a quedar circunscrita para la organización por parte del empresario en un cuadro de doce horas. Ello significa que el trabajador solo podrá realización su jornada en un cuadro de doce horas para poder realizar el descanso en las doce horas siguientes. Esto pues son los efectos que provoca la normativa en cuanto a descanso *inter-jornada*, un efecto directo que conlleva uno indirecto, lo que supone esta afectación el poder de organización y dirección del empresario cuantitativamente como cualitativamente.

En referencia a la voluntariedad por parte y en disposición de estos descansos, hemos de decir que la Ley establece la absoluta obligación de respeto de los mismos, al no recoger ninguna excepción para quebrantar tales disposiciones. Ello quiere decir, que aun contemplándose la realización de horas complementarias, horas extraordinarias por fuerza mayor, o mediante la concentración de la jornada laboral en periodos concretos, no se va a poder menoscabar el derecho de descanso del trabajador. Como función protectora del descanso y salud del trabajador es pues que aquí, el principio de voluntariedad alcanza su mayor grado de expresión en su vertiente de la imposición de un marco horario que la legislación prohíbe de manera taxativa. Y en tal caso, de darse circunstancias extraordinarias que lleve a la situación de realizar una serie de horas extraordinarias por fuerza mayor, ello

⁵⁴ Rodríguez Pastor, G.: “El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo”, página 83.

habría que reconducirlo a que se tendría que retrasar el inicio de la jornada del día siguiente para mantener el respeto obligatorio de las doce horas de descanso del trabajador.⁵⁵

Si bien es cierto que, en opinión de diversos autores, lo anteriormente descrito no cabría, en el sentido de que no podría diluirse el contenido tanto explícito como implícito del artículo 34.3 ET y la Directiva 2003/88/CE; debido fundamentalmente a lo que ya hemos referenciado como protección de los principios de salud y seguridad que desembocan en el debido descanso del trabajador.⁵⁶

5.2.2. El descanso semanal.

El núcleo de ello radica como régimen general el artículo 37.1 ET, ya que reconoce a todo trabajador, con independencia de su modalidad contractual, un descanso de al menos día y media entre la finalización de la jornada semanal y el inicio de la siguiente.⁵⁷ Y, obviamente, aquí también, ello exigirá que este descanso sea ininterrumpido puesto que de no serlo carecería de absoluto sentido y diferenciación con lo expuesto en el subepígrafe anterior. Otra cosa es que el ET otorgue la posibilidad en su artículo 37.1 de realizar ininterrumpidamente once días de prestación laboral para posteriormente realizar el descanso durante tres días seguidos, es decir, establecer ciclos de catorce días en vez de siete.

La cuestión tras lo expuesto es si en los trabajadores a tiempo parcial se les podría ver mermado de manera proporcional *-principio de proporcionalidad-* (según lo anteriormente expuesto en esta materia) la duración del descanso, pero habría que entender que ello no puede admitir ninguna reducción o partición alguna, debido a que finalidad de salud y seguridad que en él se contempla, más si cabe cuando ya determinamos que la regla general es la equiparación en cuanto a disfrute de derechos y solo la atenuación proporcional una excepción, y debidamente justificada. Además, aunque ello diese lugar a este debate de si debe admitirse esta reducción proporcional, la realidad práctica lleva a determinar que aquel trabajador con menos de cinco días de prestación laboral o dándose esos cinco con un menor número de horas, va a ser muy difícil que pudiese ello a quebrantarse; es más, en el primer

⁵⁵ García Ninet, J.I.: “Jornada”, página 119.

⁵⁶ Basterra Hernández, M.: “Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial”, página 98.

⁵⁷ En el caso de los menores de dieciocho años ello será de al menos dos días a la semana.

caso, de ser inferior a cinco días podría llegar a gozar incluso hasta más días de descanso debido a este periodo de inactividad laboral. Con lo que su afectación práctica al hecho resulta de carente sentido.⁵⁸ Si como hicimos referencia anteriormente en la retribución, pero no genera ningún tipo de especialidad al respecto debido a que esta va a ser en función de las horas contenidas en su contrato, y las realizadas complementariamente o extraordinarias de fuerza mayor si la hubiere.

5.3. LAS VACACIONES, FIESTAS LABORALES Y DIAS DE ASUNTOS PROPIOS.

5.3.1. Las vacaciones anuales.

En primer término, decir que acorde al artículo 38 ET se reconoce a los trabajadores un periodo de vacaciones anuales retribuidas por un periodo no inferior a 30 días naturales, y que ello no podrá ser susceptible de compensación económica; es decir, no disfrutar tales vacaciones a cambio de una retribución económica a mayores. El fundamento de ello sería que desde el empleador se podría conculcar la voluntad del trabajador para llevar a cabo tal compensación por necesidades de servicio u organización técnica de la empresa. Lo cual, aunque el propio trabajador tuviese la voluntad de aceptarlo, generaría más problemas, debido a que en los casos en los que el trabajador no quisiese aceptar tal compensación se podría ver cohibido en su decisión, y con ello su voluntad de poder disfrutar de su derecho de vacación anual, por lo que queda evidenciado por ello el carácter *indisponible* de las mismas.⁵⁹

Aun así, ello va a generar muchos problemas e interpretaciones en relación a los trabajadores a tiempo parcial, y para delimitar el objeto y construir soluciones habrá que acudir no solo a lo contemplado en el ordenamiento jurídico español, sino también a la Directiva 2003/88/CE y al Convenio 132 de la OIT⁶⁰.

⁵⁸ Merino Senovilla, H.: “*El trabajado a tiempo parcial*”, páginas 312-313.

⁵⁹ Además el propio TC contempla las vacaciones anuales como un valor social y personal, no simplemente como un descanso para el propio cuerpo y mente, sino que ello va más allá, entendiéndolo al trabajador como alguno más que un simple factor de producción que enajena su fuerza laboral a cambio de un salario. STC 27/10/2003 (Rec. 4492/2001).

⁶⁰ Convenio muy aplicado y tenido en cuenta por la doctrina y tribunales en España.

Uno de los aspectos que hay que distinguir es en atención a si el trabajador a tiempo parcial realiza la prestación laboral durante todo el periodo anual o, en cambio, la lleva a cabo en determinados periodos del año de manera concentrada.

En el primer caso, los que se encuentran contratados por la empresa durante todo el año, su descanso de vacación anual no se verá aminorada, es decir, contarán con la misma extensión del derecho que un trabajador a tiempo completo comparable. Como fundamento de ello radica, como en los trabajadores a tiempo completo, en el desgaste⁶¹ que supone una prestación laboral durante un tiempo prolongado, aunque se tenga una mayor o menor carga horaria. Por lo que estos trabajadores contarán con el mismo derecho vacacional que los trabajadores a tiempo completo, que serán de treinta días naturales. Pero, una vez más volvemos a reiterar que, en ese mes de vacación, la retribución salarial que perciba será acorde a la jornada ordinaria que presta en el resto de los meses de dicho año, pues ahí si ha de aplicarse tal reducción proporcional, debido a que no sería entendible lo contrario al percibir el trabajador a tiempo parcial una relación salarial mayor en atención al número de horas efectuadas.

En atención al segundo supuesto, aquellos trabajadores que realizan la prestación laboral concentrada en determinadas fases del año, es problemático entender y contemplar el régimen de treinta días naturales de vacaciones para estos trabajadores, puesto que en determinadas campañas que son cíclicas (como los socorristas de las piscinas de las comunidades de propietarios -la campaña dura poco más de dos meses-), el disfrute de las vacaciones podría llegar a alcanzar una magnitud muy similar a la de las jornadas efectivamente trabajadas. Ello, lo cual, es escandaloso, y discutible y lesivo para el resto de trabajadores a tiempo parcial o a tiempo completo al disfrutar en una mayor proporción este derecho. A su vez, también en referencia a los trabajadores fijos discontinuos, los cuales sus campañas son repetidas de manera sucesiva y además pueden estas ser de tiempo indeterminado. Con lo que todo esto generaría unas complejidades importantes respecto a la determinación de las vacaciones así como a su retribución.

⁶¹ Sempre Navarro, A.V., Charro Baena, P.: “*Las vacaciones laborales*”, página 62.

Ante esta problemática lo más acertado en opinión de muchos autores⁶², así como la interpretación de lo previsto en el artículo 4.1 del Convenio 132 de la OIT⁶³ y la doctrina emanada del TJUE en diversas sentencias⁶⁴, estaría contemplada por medio del reconocimiento de vacaciones proporcionales a cada campaña en cuanto a trabajo efectivo. Que, aunque el periodo que media entre campaña y campaña no se extinga la relación laboral, se les daría como una consideración de concatenación de contratos temporales sucesivos. Es pues que tendrán derecho al disfrute de los días de vacaciones que haya generado en proporción a su periodo efectivo de actividad; además, la retribución será idéntica a la percibida los días que previamente prestaron sus servicios. No solo está apoyada en lo mencionado, es que es la más sólida y generadora de menor problemática. A su vez, también hemos de aludir que en este caso tampoco van a ser objeto de compensación económica el disfrute de las vacaciones de estos trabajadores; deberán disfrutarlas bien durante la prestación laboral que estén llevando a cabo o una vez finalizada esta, desterrando pues la posibilidad de liquidar las vacaciones mediante la compensación económica al final.⁶⁵

5.3.2. Las fiestas laborales y los días de asuntos propios.

En relación a la previsión legal de los *días de fiestas laborales*, el legislador ha contemplado en el artículo 37.2 ET que ha de haber catorce días festivos con carácter retributivo no recuperables. Aquí pues, hemos de ver cómo afecta este aspecto a los trabajadores a tiempo parcial, si se les va a ver aminorado el derecho de disfrute de estos días.

Acorde a lo que desprende este artículo y la intención del legislador, es que todos los trabajadores en general puedan celebrar las festividades de carácter civil y religioso por el carácter social y familiar que estos días representan para el conjunto de la sociedad española. Por lo cual, no sería entendible ni justificable la exclusión de estos días festivos por

⁶² García Ortega, J.: “*Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*”, páginas 188-189; Sempre Navarro, A.V., Charro Baena, P.: “*Las vacaciones laborales*”, páginas 101-102; entre otros.

⁶³ Art. 4.1: “*Toda persona cuyo período de servicios en cualquier año sea inferior al requerido para tener derecho al total de vacaciones prescrito en el artículo anterior tendrá derecho respecto de ese año a vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año*”.

⁶⁴ SSTJUE de 22/04/2010 (Asunto C-486/08) y de 11/05/2015 (Asunto C219/14).

⁶⁵ Lousada Arochena, J.F., Núñez-Cortés Contreras, P.: “*El contrato de trabajo a tiempo parcial*”, página 60.

razón de la modalidad contractual de estos trabajadores. Por ello, tendrán derecho al disfrute de los días festivos y percibirá pues la misma retribución que le correspondería de haber realizado la prestación laboral.⁶⁶

En cuanto a los *días de asuntos propios*, es habitual que mediante regulación convencional se reconozcan unos días durante el año en los que el trabajador, por asuntos de carácter personal o familiar sin aludir ninguna causa de justificación concreta, pueda no acudir a su puesto de trabajo sin detrársele de su salario cantidad alguna. Y, otra vez más, hemos de contemplar si en este caso también puede ser objeto de reducción la disposición de esos días en los trabajadores a tiempo parcial.

En lo relativo a ello, la jurisprudencia ha contemplado que los trabajadores a tiempo parcial que realicen el mismo número de jornadas que los trabajadores a tiempo completo habrán de disfrutar también la misma cantidad de días de asuntos propios. Lo cual lleva a que, los trabajadores a tiempo parcial que no presten servicios los mismos días disfrutarán el número de días resultante de la proporción de jornadas que trabajen respecto de los trabajadores a tiempo completo. Aspecto que contempla el Tribunal Supremo de manera que estos trabajadores ya disfrutarían de días libres suficientes (al realizar menos jornadas que los trabajadores a tiempo completo) para poder atender sus asuntos propios. De concederse pues los mismos días libres se estaría incurriendo en una desigualdad de trato (prohibida constitucionalmente y en el ET) al poder disfrutar de periodos de descanso superiores en proporción a las jornadas que efectivamente realizan prestación laboral.

6. BREVE REFERENCIA A LOS SUBTIPOS DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.

En todo lo referenciado hasta entonces, hemos aludido al contrato de trabajo a tiempo parcial salvo en lo relativo en el anterior epígrafe sobre la particularidad que provocan los contratos fijos periódicos y discontinuos. De cierto interés podría despertar también los contratos a tiempo parcial para el fomento del empleo, pero realmente no presentan

⁶⁶ Basterra Hernández, M.: “*Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial*”, página 105.

peculiaridades reales a la hora de tratar el aspecto material de jornada y descansos, con lo que vamos a centrarnos respecto de los trabajadores cíclicos.

6.1. EL CONTRATO FIJO PERIÓDICO Y FIJO DISCONTINUO.

En primer término, la celebración de una modalidad u otra a la referida va a depender de si las fechas de comienzo y finalización de las campañas se van a repetir o no con las características de certeza y previsibilidad sucesivamente cada año.⁶⁷ Pero aun a pesar de esta diferencia importante, ambos cuentan con unas características muy similares, como por ejemplo una necesidad habitual, que no puntual, lo cual ello lo diferencia de los contratos temporales (como el contrato eventual por necesidades de producción contemplado en el artículo 15.1 ET)⁶⁸. Entonces, otra característica fundamental de ambos (contratos fijos discontinuos en sentido amplio) tendrán que ser de duración indefinida.

Por otra parte, la principal característica como puede contemplarse en lo descrito, para ambos, es la prestación laboral de forma cíclica, es decir, por campañas de actividad que se van repitiendo sucesivamente durante los años. Además, entre estas campañas no se produce una extinción de la relación laboral, principal diferencia con los contratos temporales como hemos contemplado. Simplemente se produce una especie de suspensión, en la que el trabajador deja de prestar servicios y el empleador de abonar el correspondiente salario; así como de las obligaciones en la Seguridad Social, causando baja en ella para poder solicitar y percibir la prestación por desempleo si corresponde.

Como rasgo común también y bastante importante, es el menor volumen de jornada anual que los trabajadores a tiempo completo (como resulta también de los trabajadores a tiempo parcial en general anteriormente descrito), y por ello su naturaleza laboral es reconducida al artículo 12.1 ET en referencia a los trabajadores a tiempo parcial⁶⁹. Por otra parte, para no caer en posibles actos *de mala fe* por parte del empleador, en cual pudiese por

⁶⁷ Basterra Hernández, M.: “Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial”, página 108.

⁶⁸ Aun así, es distintas ocasiones es complejo determinar una línea entre los dos contratos, por ello, en parte de la doctrina, se ha llegado a contemplar que los trabajos fijos discontinuos se encuentran en la frontera del trabajo a tiempo parcial y el trabajo temporal: González Del Rey Rodríguez, I.: “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, páginas 279-284.

⁶⁹ Yanini Baeza, J.: “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, página 33.

medio de un contrato de trabajo a tiempo parcial determinar la jornada con distribución *irregular*, lo cual sería más lesivo para los intereses del trabajador (aunque conozca el calendario); de conocerse las fechas de tales periodos de actividad por ser ciertos, previsibles y conocidos, habrá de celebrarse el **contrato fijo periódico**. Lo cual es más beneficioso para el trabajador, menos lesivo en cuanto a su voluntad de realizar tal prestación labora, si conoce netamente de antemano sus jornadas de trabajo así como su distribución acotada en un determinado periodo temporal.

Lo anterior como hemos dicho se contempla en los supuestos en que se tenga por cierto el periodo concreto de actividad, pero en el caso de que se cuenten con elementos que suponga compleja la determinación del momento exacto inicial y final, habrá de contemplarse el **contrato fijo discontinuo**. A diferencia de fijo periódico que se contempla con precisión las fechas, en este caso se va a realización con un *llamamiento* realizado por la empresa tanto al inicio como al final. Este *llamamiento* deberá estar contemplado en cuanto a su forma en el Convenio Colectivo, para lo cual en él deberá contenerse una estimación de las fechas de la campaña que se tendrá que realizar así como la jornada de trabajo. También habrá de contemplarse por escrito en el contrato de trabajo a nivel individual en el modelo oficial al caso. Todo ello determinado debido a que, ante un incumplimiento, el trabajador -en protección de su voluntad respecto de la aceptación y prestación laboral acorde a ese marco- podrá reclamar el despido, dando comienzo el plazo cuando se tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.⁷⁰

En cuanto a la jornada con especificidad de estas modalidades contractuales, es que su distribución de la jornada solo podrá estar contenida dentro del periodo de la campaña en que se marcan las fechas; porque fuera de ellas el trabajador está dado de baja en la Seguridad Social. Otra cuestión es que dentro de la campaña el empleador si podrá determinar, en atención al artículo 34.2 ET, una distribución en la que se trabajen más horas en determinadas semanas que en otras. En relación a la posibilidad de que estos trabajadores realicen **horas complementarias**, la normativa no les excluye de poder realizarlas, tanto si son *pactadas* como las de *aceptación voluntaria*. Pero tampoco puede terminarse que estos contratos sean compatibles con la prestación de horas complementarias. Fundamentalmente porque ante su prestación laboral que radica en campañas de actividad, ciertas o más inciertas, habrá de

⁷⁰ Basterra Hernández, M.: "Problemas aplicativo de la jornada a tiempo parcial", página 111-112.

realizar un número de horas en ese periodo inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, es decir, que presente una *doble parcialidad*, en cuanto a la jornada y en cuanto a su distribución en un periodo del año.⁷¹

En materia de descanso habrá que remitirse a lo ya expuesto anteriormente, debido a que habrán de disfrutar de los mismos derechos sin excepción alguna en todo lo contenido en el descanso intra-jornada e inter-jornada así como el semanal. En relación al salario a percibir por ello, estos trabajadores a fin de campaña tendrán que percibir el salario correspondiente a la proporción del descanso semanal que se ha generado durante esos días trabajados en esa semana, a excepción de que ello se hubiese prorrateado ya en la retribución.⁷² Por otra parte, en cuanto a las vacaciones ya hemos dicho anteriormente no son susceptibles de compensación económica, y que estos trabajadores habrán de disfrutarlas ya sea durante la misma campaña o a continuación de esta.

Por último, comentar que en el RD 1561/1995 se contemplan una serie de especialidades más cuantiosas pero en relación a determinadas actividades como la agricultura y hostelería donde los trabajadores fijos discontinuos son muy frecuentes. Fundamentalmente se contempla un descanso mínimo de diez horas ininterrumpidas de descanso inter-jornadas. Y que también podrá acumularse en periodos de cuatro semanas el medio día de descanso semanal separándose del otro día completo para su disfrute acumulado en otro día de la semana.

⁷¹ Rodríguez-Piñero Royo, M.C, Calvo Gallego, F.J.: “*Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*”, página 65.

⁷² STSJ de Madrid de 14/12/2015 (Rec. 744/2015).

7. CONCLUSIONES.

PRIMERA. -Como hemos podido observar, el trabajo a tiempo parcial cuenta, además del régimen general para todos los trabajadores, con un régimen jurídico propio. Un régimen que trata de proteger a los sujetos de este colectivo de empleo debido a una mayor vulnerabilidad frente al empleador, la cual va a provocar en ocasiones una quiebra de un principio fundamental recogido en nuestro ordenamiento jurídico así como en el comunitario y los protocolos de la OIT. Ese régimen que hemos desgranado, por medio de determinadas construcciones jurídicas adaptadas a esta modalidad de contrato, trata de proteger al trabajador a tiempo parcial; tanto en su voluntariedad de aceptación y acceso a este tipo de empleo como durante la vida del contrato.

SEGUNDA. -Un claro ejemplo de construcción jurídica adaptada a los trabajadores a tiempo parcial son las horas complementarias. Estas realmente no son más que una especie de horas extraordinarias, con una adaptación concreta y regulación específica para el trabajo a tiempo parcial, que tiene el objeto de que este contrato no se utilice en *fraude de ley* por el que el empleador conculque la voluntad de aquel que desee acceder a un trabajo a tiempo completo pero no pueda por no ofrecerle tal puesto. ¿Cómo? Mediante esta modalidad -a tiempo parcial- podría realizar cuantas horas extraordinarias (que se encuentran vedadas para estos trabajadores) le resultase necesario al empleador llegando a poder asemejarse en cuanto a prestación laboral a un trabajador a tiempo completo comparable, con el perjuicio organizativo en su vida personal y profesional que ello supone para el trabajador. Con ello lo que se sucede es que el empleador puede preferir, como hemos dicho por ello, un trabajador a tiempo parcial debido a un menor coste laboral cuando no precise de sus servicios, y a la vez disponer de él cuando las necesidades organizativas y productivas de la empresa lo requiera; lo cual ello supone para el trabajador un perjuicio personal y/o profesional como hemos comentado repetidas veces. Esto a su vez, ante la necesidad de dicho empleo por no poder acceder al deseado supone una vulneración implícita del principio de voluntariedad.

Si bien es cierto que también en esta adaptación jurídico a esta modalidad contractual también se manifiesta por medio de las horas complementarias en cuanto al pacto necesario para este tipo de horas (a excepción en este sentido las de aceptación voluntaria) una conculcación del principio de voluntariedad. Este se ve conculcado en el aspecto de que si ante el empleador no te vinculas en ese pacto que le va a otorgar la posibilidad de reclamar

la prestación de servicios por encima de la jornada ordinaria, difícilmente resultes contratado, por lo que aquí se produce esta vulneración implícita; durante el desarrollo de la vida del contrato también se desarrollaría porque quedas vinculado a la realización (con unos límites cuantitativos y cualitativos ya descritos) de estas horas. En el caso de las horas complementarias de aceptación voluntaria, la vulneración sería menor, es bien cierto que el hecho de negarte a realizarlas puede provocar un perjuicio en el desarrollo y promoción profesional, pero la conculcación de la voluntariedad mermaría debido a que ya en inicio (formalización del contrato) no provocaría una mayor presión en la manifestación de la voluntad del trabajador, y durante la vida del contrato no tendría esa vinculación contractual pactada, sino que podría negarse aunque pueda provocarle alguna perjuicio futuro, pero menor en cualquier caso que en el régimen de las complementarias pactadas.

PROPUESTA. -Con lo cual habría, en este caso, para la protección de este principio, que reconducir el régimen jurídico de estas horas hacia el de las de aceptación voluntaria, es decir, suprimir la división de estos dos tipos de horas complementarias, creando un único tipo con el régimen de las horas complementarias de aceptación voluntaria.

TERCERA. -En relación a las conversiones contractuales, en referencia a los autos y sentencias descritos, por la vía del artículo 41 ET deja finalmente bastante protegido al trabajador en el aspecto salarial, de cotización, además del carácter temporal, por lo que esta vía le resultará poco atractiva al empresario. ¿Por qué? Debido va a tener que garantizar determinados aspectos salariales y en la cotización que no le van a suponer un ahorro de costes al empleador, circunstancia de mayor importancia cuando se pretende una modificación de esta naturaleza. A su vez, toda modificación que suponga como tal una novación en el contrato quedará absolutamente vedada, por lo que para ello habría que acudir al artículo 12.4.e) que requiere el consentimiento estricto del trabajador, por lo que aquí una vez más queda bastante protegido el trabajador en este aspecto (sin perjuicio como aludimos a las causas del despido objetivo del artículo 52.c) ET.

En cuanto a la modificación vía el artículo 47 ET, se discute (con votos particulares al respecto) en la STS de 19 de marzo de 2014 si la manifestación del consentimiento de la modificación contractual por los representantes de los trabajadores. Ello puede parecer que conculca la voluntad del trabajador en el ámbito de su manifestación del consentimiento, pero viéndolo desde otra perspectiva, si la emisión de la voluntad no es producida por el

trabajador sino en el seno de la gestión colectiva, ante una negativa, los perjuicios -que hemos mencionado en repetidas ocasiones- de la misma no van a ser los mismo puesto que el trabajador en cuestión no queda señalado en una emisión de su voluntad de manera individual, sino que es fruto de una emisión colectiva. Otra cuestión sería a valorar si los representantes de los trabajadores, según la afiliación a un sindicato u otro, pueda derivar unas determinadas consecuencias para el trabajador individual en función de cuál es su afiliación. Pero en término más globales, en principio, el trabajador quedaría ante una negativa bajo el paraguas de una decisión del conjunto de los trabajadores, y por ello más en conexión para salvaguardar la voluntariedad en la emisión de consentimiento.

CUARTA. -Por último, en alusión a los fenómenos económicos acontecidos, podríamos determinar que se ha producido por ellos una regresión en determinados aspectos laborales, sobre todo desde el ámbito empresarial que ha provocado una influencia sobre la legislación. En base a ello, se ha pretendido como hemos referenciado una flexibilidad del mercado laboral, ello en principio no debería ser algo negativo, la cuestión es que ha provocado una *precarización* del empleo en el que las empresas en defecto de una contratación a tiempo completo como un alto porcentaje de trabajadores desea, contempla la contratación a tiempo parcial para cubrir en muchas ocasiones necesidades empresariales que habrían de cubrirse mediante el primer tipo de contratación. ¿Por qué? Fundamentalmente por el ahorro de costes que supone, y a la vez, la flexibilidad que le otorga el amplio régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial para poder satisfacer prácticamente las mismas necesidades que un trabajador a tiempo completo, pero si contratarlo como tal. Ello hemos visto que lesiona en muchos aspectos, no solo salarial, sino también organizativo en cuanto a la vida personal y profesional del trabajador, en beneficio de esta mayor adaptación y flexibilidad hacia los índices productivos de las empresas; es decir, parece ello dar a entender que el trabajador es un simple medio de producción más con el que la empresa cuenta (aspecto que hemos comentado en relación a las vacaciones en el que una STS contempló que estas no solo un simple medio de descanso y disfrute, pues no hay que contemplar al trabajador como una herramienta más de la fase productiva, pues esto supone una deshumanización del trabajo en vez de una valor social y económico importante).

PROPUESTA. -Como propuesta más genérica de esta modalidad contractual, acorde al fin del trabajo a tiempo parcial y a su contratación, habrían de establecerse límites fundamentalmente cuantitativos. ¿En qué materias? Respecto en primer término de la propia

utilización del contrato a tiempo parcial y a su utilización en fraude de ley contra el contrato de trabajo a tiempo completo, es decir, poder contratar a tiempo parcial a un trabajador que pueda llegar a realizar solo una hora menos que un trabajador a tiempo completo comparable. Hemos aludido anteriormente que, antes de una reforma en el 2001, se establecía el límite cuantitativo en relación que la jornada de un trabajador a tiempo parcial no podría exceder en 2/3 (más favorable que la recomendación del 75% de la OCDE) a la de un trabajador a tiempo completo. Esto produce un doble efecto, la reducción de la contratación a tiempo parcial en fraude de ley para aquellos trabajadores que deseen un contrato de trabajo a tiempo completo, así como una reducción del perjuicio que supone para los trabajadores a tiempo parcial una prestación laboral vía horas complementarias por encima de su jornada ordinaria en relación a su organización personal, profesional o formativa. Ello sería más protector del principio de voluntariedad desde el ámbito de la formalización del contrato en favor de quienes si deseen esta modalidad tanto como durante la vida del mismo en cuanto a su perjuicio organizativo.

Entonces, por todo lo aludido, el régimen del trabajo a tiempo parcial cuenta con sus luces en cuanto a ese beneficio de adaptación de las empresas a la realidad económica, e incluso, también para el trabajador como en el aspecto de las horas complementarias de aceptación voluntaria cuando es ese tipo de contrato que desea, pero en cambio, el exceso en esta mayor flexibilización hacia el mundo laboral también provoca que en algunos aspectos volvamos (salvando las enormes distancias) a los **contratos de adhesión** que se sucedían antes del nacimiento del Derecho del Trabajo, pues al trabajador no le queda más remedio que aceptar la determinada modalidad contractual así como lo que de ella se derive aun no desearlo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Basterra Hernández, Miguel (2018): *“Problemas aplicativos de la jornada a tiempo parcial”*, Editorial Bomarzo, Albacete (España).

Callau Dalmau, Pilar (2018): *“El principio de voluntariedad como presupuesto sustantivo del trabajo a tiempo parcial”*, portal Dialnet-Universidad de La Rioja.

Fabregat Monfort, Gemma (2016): *“Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art.47 ET”*, revista jurídica La Ley Digital.

Pozo Moreira, Francisco Javier (2002): *“Revisión del principio de voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial a la luz de la reforma laboral de 2001”*, revista jurídica La Ley Digital.

Rodríguez-Piñero Royo, Miguel C. y Calvo Gallego, Francisco Javier: *“Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia (España).

Vicedo Cañada, Luisa (2009): *“Los principios rectores del trabajo a tiempo parcial: proporcionalidad, equiparación y voluntariedad”*, revista jurídica La Ley Digital.

Vicedo Cañada, Luisa (2009): *“La modificación de la parcialidad de un contrato de trabajo a tiempo parcial por la vía del artículo 41 ET”*, revista jurídica La Ley digital.

WEBGRAFÍA

PODER JUDICIAL: www.poderjudicial.es

BOLENTÍN OFICIAL DEL ESTADO: <https://www.boe.es/>

PORTALES JURÍDICOS:

- <https://vlex.es/>
- www.iberley.es

REVISTA JURÍDICA LA LEY DIGITAL: <https://laleydigital.laley.es>

BLOG DE IGANSI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC): <https://ignasibeltran.com/2018/06/25/la-reduccion-de-jornada-exige-siempre-el-consentimiento-del-trabajador-si-implica-una-conversion-de-tiempo-completo-a-parcial-sts-30-5-18/>

JURISPRUDENCIA

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- *STJUE de 12 octubre de 2004 (Asunto C-313/02)*
- *STJUE de 22 de abril de 2010 (Asunto C-486/08)*
- *STJUE de 15 de octubre de 2014 (Asunto C-221/13)*
- *STJUE de 11 de mayo de 2015 (Asunto C-219/14).*

Sentencias del Tribunal Supremo:

- *STS de 9 de junio de 1987*
- *STS de 26 de marzo de 1996*
- *STS de 2 de febrero de 1998*
- *STS de 25 de septiembre de 1998*
- *STS de 3 de junio de 1999*
- *STS de 6 de marzo de 2000*
- *STS de 29 de noviembre de 2006*
- *STS de 20 de octubre de 2011*
- *STS de 19 de marzo de 2014*
- *STS de 30 de mayo de 2018*

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia:

- *STSJ del País Vasco de 11 de julio de 2000*
- *STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2015*