

EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL: PUNTOS CRÍTICOS DEL TIEMPO DE TRABAJO*

Erik Monreal**
Universidad islas Baleares

SUMARIO: 1. Objeto del estudio. –2. La determinación cuantitativa de la jornada a tiempo parcial. 2.1. Naturaleza de la norma legal y posibilidades reguladoras de los convenios colectivos y del pacto individual. 2.2. Incidencia sobre la jornada a tiempo parcial de las reducciones convencionales sobrevenidas de la jornada a tiempo completo. –3. La garantía de voluntariedad en el acceso al tiempo parcial. 3.1. Garantía de voluntariedad y reducciones de jornada ex artículos 41 y 47 ET. 3.2. Derecho de resistencia del trabajador a la transformación de su contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial. 3.3. Voluntariedad, disposición colectiva de derechos individuales y conductas empresariales antisindicales. 3.4. Contratación a tiempo parcial voluntaria en función de las necesidades del servicio. 3.5. Fomento legal de la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial. –4. Régimen de distribución de la jornada ordinaria de trabajo. 4.1. La inaplicación de las reglas sobre distribución de la jornada en el trabajo a tiempo completo a los trabajadores a tiempo parcial. 4.2. La remisión a los convenios colectivos del régimen de distribución de la jornada. –5. La ampliación de la jornada del trabajador a tiempo parcial. 5.1. Horas complementarias y prohibición de horas extraordinarias. 5.2. Tipos de horas complementarias. 5.3. Topes de horas complementarias. 5.4. Régimen de ejecución de las horas complementarias previamente pactadas. Naturaleza del preaviso legal. 5.5. Las horas complementarias como mecanismo exclusivo y excluyente del contrato a tiempo parcial. 5.6. El *ius resistentiae* del trabajador frente a órdenes de ilegales de realización de horas complementarias. –6. El registro diario de la jornada del trabajador a tiempo parcial. –7. La lucha contra el fraude y las presunciones de contratación a tiempo completo. –8. La flexibilización del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial y el papel del convenio colectivo.

RESUMEN

Este estudio atiende a los puntos críticos que plantea al operador jurídico la gestión del tiempo de trabajo en el contrato de trabajo a tiempo parcial. Estos puntos críticos se localizan en varias áreas: 1ª) Determinación cuantitativa de la jornada de trabajo a tiempo parcial; 2ª) Voluntariedad en el acceso al tiempo parcial; 3ª) Distribución de la jornada ordinaria del trabajador a tiempo parcial; 4ª) Horas complementarias; 5ª) Obligación de registro diario de la jornada; 6ª) Presunciones de contratación a tiempo completo; y, 7ª) Papel del convenio colectivo.

*Recibido el 28 de noviembre. Aceptado el 11 de abril.

** Profesor Titular de Universidad.

ABSTRACT

This study serves the critical points that raises the legal operator the management of working hours in the part-time work agreement. These critical points are located in several areas: 1) Quantitative determination of the part-time working day; 2) Voluntary access to part-time work; 3) Distribution of the ordinary working day of the part-time worker; 4) Complementary hours; 5) Obligation of daily registration of the day; 6) Presumptions of full-time hiring; and, 7) Role of the collective agreement.

Palabras clave: Tiempo parcial; voluntariedad, flexibilidad, negociación colectiva, jornada ordinaria, horas extraordinarias, horas complementarias.

Key words: Part-time; voluntary; flexibility; collective bargaining; ordinary working day; over-time; complementary hours.

1. OBJETO DEL ESTUDIO

Este estudio está exclusivamente centrado en el régimen jurídico del tiempo de trabajo en el contrato de trabajo a tiempo parcial. Atiende específicamente a lo que a mi juicio son los puntos críticos que plantea al operador jurídico la gestión de esta condición de trabajo. Estos puntos críticos se concentran en varias áreas. En primer lugar, en el área referente a la determinación cuantitativa de la jornada de trabajo a tiempo parcial. En segundo lugar, en el área referente a la voluntariedad en el acceso al tiempo parcial. En tercer lugar, en el área referente a la dinámica de la distribución de la jornada ordinaria del trabajador a tiempo parcial. En cuarto lugar, en el área referente a las horas complementarias como categoría de tiempo de trabajo propia, específica y excluyente del contrato de trabajo a tiempo parcial. En quinto lugar, en el área referente a la obligación de registro diario de la jornada del trabajador a tiempo parcial. En sexto lugar, en el área referente a las presunciones de contratación a tiempo completo vinculadas al incumplimiento de determinadas previsiones en materia de tiempo de trabajo. Y, en séptimo lugar, en el área referente al papel que tiene que desempeñar el convenio colectivo.

2. LA DETERMINACIÓN CUANTITATIVA DE LA JORNADA A TIEMPO PARCIAL

Un contrato de trabajo es a tiempo parcial cuando se pacta una jornada de trabajo diaria, semanal o anual inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. El parámetro que el artículo 12.1 ET toma como referente para efectuar la comparación entre jornadas es la jornada de un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato y que realice un trabajo idéntico o similar. En su defecto, habrá que acudir a la jornada que marque el convenio colectivo o, en su caso, a la jornada máxima legal de 40 horas semanales en cómputo anual, es decir, unas 1826 horas al año –art. 12.1 ET–.

2.1. Naturaleza de la norma legal y posibilidades reguladoras de los convenios colectivos y del pacto individual

El artículo 12.1 ET no hace alusión o salvedad alguna en relación con las posibilidades que tienen los convenios colectivos en orden a conceptuar al trabajo a tiempo parcial. Cabría interpretar, por tanto, o bien que el artículo 12.1 ET es en este punto una norma absolutamente indisponible, que no deja espacio alguno a los convenios colectivos, o bien que se trata de una norma mínima, cuya regulación puede ser mejorada por los convenios colectivos siempre que sea en beneficio del trabajador. Esta última, a mi juicio, es la interpretación correcta. La mejora es susceptible de efectuarse de dos formas. La primera, fijando un tope mínimo de jornada a las contrataciones a tiempo parcial, evitando la existencia de microjornadas comprometedoras del derecho a un salario digno. La segunda consiste en actuar en la dirección opuesta, fijando un tope máximo de jornada para contratar a tiempo parcial, por ejemplo el 70% de la jornada a tiempo completo, más allá del cual se cae en el ámbito del tiempo completo. En estos casos,

en mi opinión, también hay una regulación convencional que mejora la regulación legal porque por lo general, la configuración de este contrato conlleva en la práctica una obligación de disponibilidad del trabajador a tiempo parcial respecto de su empresario más acusada que la que existe en la contratación a tiempo completo¹. De este modo, los convenios colectivos pueden cumplir la función de evitar la existencia de trabajadores a tiempo parcial con jornadas próximas a la de los trabajadores a tiempo completo sujetos sin embargo una mayor carga de disponibilidad². Caso de que el convenio colectivo incluya una previsión de estas características, los contratos celebrados por encima de la jornada máxima a tiempo parcial pero por debajo de la jornada a tiempo completo habrán de ser considerados como contratos a tiempo completo con jornada reducida, cotizando por tanto a la Seguridad Social como si fuesen contratos a tiempo completo³, lo que nuevamente beneficia al trabajador.

Salvando lo dicho acerca de las posibilidades de la negociación colectiva en este punto, la formulación legal del contrato a tiempo parcial fuerza a interpretar que cualquier reducción del tiempo de trabajo y del salario por debajo del estándar legal que en cada caso resulte aplicable supondrá caer en el ámbito del tiempo parcial, incluso aunque se trate de una reducción sumamente leve de la jornada a tiempo completo, por ejemplo de minutos⁴. Si se da el caso de que empresario y trabajador pactan una jornada reducida pero manteniendo el salario correspondiente a la jornada a tiempo completo, lo que se origina en estos supuestos es una condición más beneficiosa en el contrato a tiempo completo, sujeta por tanto a los límites que puedan disponer las partes al establecerla o, incluso, el empresario de forma unilateral, quedando sujeta asimismo al procedimiento modificadorio que se contiene con carácter general en el artículo 41 ET. Como señaló en su día el Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife, la modalidad contractual a tiempo parcial no excluye la posibilidad de una contratación de servicios que genere una relación laboral ordinaria con jornada reducida que obviamente no participa de las características propias del contrato a tiempo parcial, en especial la reducción de la cotización a la Seguridad Social⁵.

2.2. Incidencia sobre la jornada a tiempo parcial de las reducciones convencionales sobrevenidas de la jornada a tiempo completo

Otro extremo problemático que plantea la dinámica de la determinación cuantitativa de la jornada a tiempo parcial radica en la incidencia que sobre esta jornada tienen las reducciones de la jornada a tiempo completo producidas como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón explica al respecto que cuando el nuevo convenio colectivo reduce la jornada a tiempo completo la incidencia de esta operación en los contratos a tiempo parcial depende de lo que diga el propio convenio colectivo⁶.

¹ AA.VV., *Nueva concepción de un Derecho del Trabajo en proceso de constante cambio normativo*, (Valverde Asencio, A., coord.), Valencia, 2015, donde se explica que el único fundamento de las sucesivas y no concordantes modificaciones del contrato a tiempo parcial ha sido el incremento de la disponibilidad del trabajador, en la dedicación y en la distribución de la jornada.

² En el mismo sentido, Moradillo Larios, C., "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial, los trabajos fijos discontinuos, el contrato de relevo y la jubilación parcial", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 44, explicando que basta con concretar una hora menos al año para hablar de contrato a tiempo parcial, por lo que resulta sencillo extrapolar el régimen del contrato a tiempo parcial a un contrato ordinario con jornada reducida con el fin de obtener una mayor disponibilidad del trabajador, trasladándole así los riesgos de la explotación.

³ En contra, Rodríguez Sanz de Galdeano, B., "La regulación del contrato a tiempo parcial en la negociación colectiva", *Información Laboral*, nº 3, 2015, considerando que el Estatuto de los Trabajadores acoge una definición indisponible por convenio colectivo, en virtud de la cual todo trabajo por debajo de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable ha de considerarse parcial.

⁴ En el mismo sentido, Barcelón Cobedo, S., *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el RD-Ley 11/2013)*, Valencia, 2013.

⁵ STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 27/07/1992 (proceso en primera instancia 1/1992).

⁶ STSJ Aragón 30/03/2011 (rec. núm. 141/2011).

Si el convenio se limita a establecer la nueva jornada –más reducida– a tiempo completo, sin más precisiones, el empresario no podrá imponer al trabajador a tiempo parcial una reducción proporcional de su jornada, siendo posible añadir, en mi opinión, que ello siempre a salvo de las posibilidades que le ofrece el artículo 41 ET, sobre las que luego se volverá. En todo caso, por lo demás, es coherente interpretar que pese a que el convenio colectivo guarde silencio respecto de este particular, si tras la reducción convencional de la jornada a tiempo completo la jornada del trabajador a tiempo parcial queda por encima de la nueva jornada convencional a tiempo completo, en tal caso sí que habrá de procederse a una reducción inmediata de la jornada a tiempo parcial, sin necesidad de acudir a la vía del artículo 41 ET, para que el trabajador a tiempo parcial pueda seguir manteniendo esta consideración⁷.

3. LA GARANTÍA DE VOLUNTARIEDAD EN EL ACCESO AL TIEMPO PARCIAL

De acuerdo con el artículo 12.4.e).1º ET, la reducción de jornada y subsiguiente conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, o viceversa, es voluntaria y no se puede imponer por el empresario a través del artículo 41 ET, sin perjuicio de la posibilidad de instar un expediente de despido económico. A lo que también cabe añadir que si el trabajador no quiere reducir la jornada y transformar su contrato, el empresario cuenta desde la Ley 35/2010 con la posibilidad reconocida en el artículo 47.2 ET de instar un expediente de reducción temporal de la jornada, no reducción definitiva, que genera para el trabajador el derecho a percibir prestaciones por desempleo.

3.1. Garantía de voluntariedad y reducciones de jornada ex artículos 41 y 47 ET

La voluntariedad en el acceso al tiempo parcial constituye una garantía para el trabajador, tal y como viene exigido en la Directiva 97/81, que incorpora el Acuerdo marco sobre el contrato a tiempo parcial. No obstante lo dicho, esta interpretación de la cláusula legal de voluntariedad en el acceso al tiempo parcial ha venido siendo puesta en tela de juicio por el Tribunal Supremo desde sus sentencias de 14 de mayo de 2007, 18 de septiembre de 2008 o 7 de octubre de 2011, seguidas por otras tantas de nuestros Tribunales Superiores de Justicia⁸, convalidando sin problemas las reducciones de jornada unilateralmente decididas e impuestas por el empresario ex artículo 41 ET. El argumento judicial, puramente circular⁹ –la reducción de jornada no supone una transformación del contrato porque el trabajador no acepta, lo que a su vez reconduce al asunto a una reducción no consentida que no supone transformación del contrato– encierra grandes contradicciones y origina una suerte de contratación a tiempo completo con jornada reducida que significa reducir prácticamente a papel mojado la garantía de voluntariedad del artículo 12.4.e) ET¹⁰.

⁷ VV.AA., Relaciones laborales, (Sala Franco, T., coord.), Valencia, 2014.

⁸ Por ejemplo, STSJ Aragón 23/06/2010 (rec. núm. 348/2010), STSJ Andalucía/Sevilla 5/06/2014 (rec. núm. 553/2014).

⁹ Así ha calificado este argumento la STSJ Castilla-La Mancha 13/01/2014 (rec. núm. 1180/2013) cuando manifiesta que esta jurisprudencia del Tribunal Supremo “... plantea una cierta circularidad: como el contrato a tiempo parcial no puede ser impuesto al trabajador y se requiere siempre su consentimiento, entonces cuando se impone la reducción de la jornada de manera unilateral sin el consentimiento del trabajador afectado nunca puede constituirse una relación laboral a tiempo parcial...”.

¹⁰ En la STS 14/05/2007 (rec. núm. 85/2006) puede leerse que “... la imposición unilateral de la jornada reducida (con carácter individual o colectivo) e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo, que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumenta por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador”. En la STS 18/09/2008 (rec. núm. 1875/2007) el Tribunal da por bueno acriticamente que la reducción de la jornada y del salario –de 40 horas a 31,5– por tiempo de seis meses no constituye una novación unilateral del contrato sino “un acuerdo simple de reducción temporal de la jornada, adoptado por la empresa con amparo en el art. 41 ET...”. En la STS 7/10/2011 (rec. núm. 144/2011) el Tribunal considera que la reducción de la jornada

Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece al trabajador la garantía de mantener su empleo frente a la alternativa del despido económico si aquél no accede a reducir su jornada y convertir su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial¹¹. Sin embargo, lo cierto es que actualmente es posible entender que dicha jurisprudencia está superada en la práctica de nuestros Tribunales. Tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de Justicia, efectivamente, han confirmado en sentencias posteriores que la reducción de la jornada y consiguiente transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial es voluntaria para el trabajador –STS de 26 de abril de 2013¹²–, que el empresario no la puede practicar de forma unilateral si no es de forma temporal y con base en el artículo 47.2 ET¹³ –que no existía en el momento que se plantearon los hechos que dieron origen a las antecitadas sentencias del Tribunal Supremo–, algo que no supone una novación extintiva del contrato, y que las modificaciones de estas características ejecutadas con base en el artículo 41 ET son nulas y pueden impugnarse a través de la correspondiente modalidad procesal.

Muy ilustrativa, en este sentido, es la secuencia de sentencias emitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ambas con refrendo en sendos Autos del Tribunal Supremo. El primer Tribunal consideró en su sentencia de 11 de julio de 2013¹⁴ que el empresario puede transformar contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial utilizando el expediente del artículo 41 ET. Pronunciamiento a su vez confirmado por el Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014¹⁵, que inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina explicando que la doctrina de la Sala de instancia es correcta porque se apoya en la *“importante sentencia de STS 14/05/2007”*. Contrariamente, y de forma posterior, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia estableció en su sentencia de 26 de diciembre de 2014¹⁶ que el artículo 41 ET no permite la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial si ello no se produce voluntariamente, aportando además poderosas razones para justificar su fallo –1º) la STS 7/10/2011 se refiere a un supuesto

en un 30% decidida unilateralmente por la empresa *“... no supuso una vulneración de lo previsto en el artículo 12.4.e) ET, desde el momento que esa decisión empresarial y la ausencia de conformidad de los trabajadoras no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial (...) máxime cuando la medida adoptada tenía el carácter de temporal...”*. Una contundente crítica a esta jurisprudencia en Cabeza Peireiro, J., “Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2012, señalando además su difícil encaje en la Directiva 97/81.

¹¹ Similarmente, García Perrote, I., y Mercader Uguina, J. R., “Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial o modificación sustancial ex art. 41 ET?”, *Información Laboral*, nº 6, 2014. Por otra parte, criticando la paradoja de que el art. 12.4.e) ET restringe el alcance de una reducción de jornada ex art. 41 ET mientras que autoriza el recurso a una medida más drástica, Villalba Sánchez, A., “Flexibilidad interna y jornada laboral”, *VV.AA, Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Valencia, 2013.

¹² STS 26/04/2013: *“En el presente caso, es cierto que tal circunstancia afectaba solo a parte de la jornada del trabajador, pues éste distribuía la misma entre dos contratos distintas, lo que podría generar la duda de si la concurrencia de la causa organizativa hubiera debido justificar otro tipo de medida de flexibilidad interna por parte de la empresa que evitara la pérdida del empleo. Sin embargo, el art. 12.4.e) ET expresamente establece: (...) La conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial exige la voluntariedad del trabajador (...) En el caso aquí enjuiciado la empresa hizo tal oferta al demandante, buscando así que el acuerdo de voluntades para efectuar esta conversión, lo que no pudo hacerse por negativa del propio trabajador. Por consiguiente, no cabía al empresario utilizar la medida de modificación sustancial de condiciones del art. 41 ET...”*.

¹³ STSJ La Rioja 3/10/2014 (rec. núm. 139/2014): *“Ese limitado alcance de la previsión del art. 12.4.e) ET, de no comprender a todo supuesto de reducción de la jornada de trabajo, puede asimismo extraerse de lo dispuesto por el art. 47 ET en cuanto que autoriza la reducción temporal de la jornada de trabajo por decisión unilateral del empresario, si concurren circunstancias justificativas, sin que ello suponga la conversión a tiempo parcial de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados...”*.

¹⁴ Rec. núm. 312/2013.

¹⁵ Rec. núm. 2460/2013.

¹⁶ Rec. núm. 2820/2013.

acaecido antes de la Ley 35/2010; 2º) El procedimiento no se tramitó ex art. 138 LPL, lo que hubiera impedido el acceso a suplicación; 3º) Se daría la paradoja de que se exigirían más requisitos formales para adoptar una medida temporal de flexibilidad interna (art. 47 ET) que para adoptar una reducción definitiva de la jornada (art. 41 ET); 4º) Podría realizarse una reducción más importante y radical de jornada si se adopta como medida definitiva que si se adopta como medida temporal-. Lo importante de este pronunciamiento es que ha sido confirmado por Auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2014¹⁷, inadmitiendo el recurso de casación para unificación de doctrina sobre la base de que la sentencia aportada como contradictoria –la STS 7/10/2011– resuelve con arreglo a una legislación diferente –Ley 35/2010–, además de que mientras que en la sentencia recurrida la reducción de la jornada practicada por el empresario tenía carácter definitivo, en la de contraste se trataba de una reducción temporal.

Esta nueva doctrina jurisprudencial y judicial rectifica la jurisprudencia anterior¹⁸. Y con arreglo a la misma, la institución legal de la reducción temporal de la jornada ex artículo 47 ET y la interpretación sistemática de esta norma en conexión con los artículos 41 ET y 12 ET fuerza a entender que las reducciones definitivas de jornada unilateralmente realizadas por el empresario a través del artículo 41 ET no son viables, de modo que este precepto, en su caso, podría quedar reservado para aquellas reducciones temporales de la jornada que se sitúen fuera del procedimiento del artículo 47¹⁹. Si el empresario, dicho de otra forma, quiere reducir definitivamente jornada y salario y el trabajador no acepta, en tal caso tiene a su disposición el más limitado expediente del artículo 47 ET, que posibilita reducciones de jornada no definitivas sino temporales, sin que pueda acudir más que en condiciones verdaderamente limitadas al expediente del artículo 41 ET. Aplicando esta renovada jurisprudencia y doctrina judicial, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha establecido que un trabajador a tiempo parcial –con jornada semanal de 28 horas– en excedencia que solicita su reincorporación a la empresa puede negarse a ocupar el puesto de trabajo que le ofrecen si se da el caso de que el ofrecimiento empresarial comporta una reducción de su jornada a tiempo parcial –que hubiera pasado a ser de 21 horas a la semana–, de modo que esta negativa del trabajador y la posterior decisión empresarial de dar por extinguido su contrato a tiempo parcial equivale a la postre a un despido²⁰.

Esta sentencia, sin embargo, no tiene en cuenta que el derecho del trabajador a negarse a reducir la jornada es efectivo, con carácter general, solo cuando la reducción de la jornada implica la novación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, o viceversa –previsión que en nuestro caso supone una mejora de lo que establece la Directiva 97/81, conforme a la cual la transformación de un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo puede realizarla

¹⁷ Rec. núm. 816/2014.

¹⁸ En el mismo sentido, STSJ Castilla-La Mancha 4/11/2014 (rec. núm. 425/2014); STSJ Madrid 10/04/2015 (rec. núm. 37/2015): “A nuestro modo de ver, la decisión empresarial de reducir la jornada y la ausencia de conformidad del trabajador no ha supuesto la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, pues la específica modalidad contractual de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador (...) Más bien se ha producido una unilateral reducción de la jornada de trabajo que no ha seguido los trámites del art. 47 ET (...) y que desde luego no encuentra respaldo ni justificación en el art. 22.2 b) del Convenio de sector, ya que el mismo remite al acuerdo con el interesado, que al no producirse hace que SWISSPORT únicamente pudiera reducir la jornada y el horario establecido en su contrato de trabajo <conforme se establece en la normativa vigente>, eso es, siguiendo los trámites del art. 47 ET”; STSJ Madrid 10/07/2015 (rec. núm. 403/2015), confirmada por ATS 5/07/2016 (rec. núm. 3301/2015); STSJ Madrid 22/01/2016 (rec. núm. 452/2015). En contra, sin embargo, STSJ Castilla-La Mancha 14/05/2015 (rec. núm. 1464/2014), sigue apostando por la vía del art. 41 ET.

¹⁹ Al respecto, Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites del contrato a tiempo parcial: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014”, Dereito, nº 1, 2014, explica que conforme al procedimiento del art. 41 ET pueden llevarse a cabo reducciones temporales de jornada que no estén comprendidas entre el 10% y el 70% de la jornada.

²⁰ STSJ Madrid 11/07/2016 (rec. núm. 303/2016).

unilateralmente el empresario, sin contar con el consentimiento del trabajador, según STJUE de 15 de octubre de 2014²¹-. Este derecho de resistencia del trabajador, según queda legalmente formulado, no es operativo, tal y como explica el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su sentencia de 18 de abril de 2013²², cuando las modificaciones cuantitativas de la jornada de trabajo se producen en el marco del propio contrato a tiempo parcial, sin alterar su naturaleza²³. En estos casos, efectivamente, el artículo 41 ET sí que resulta un instrumento apto para que si concurre una causa que lo justifique, el empresario amplíe o reduzca la jornada del trabajador a tiempo parcial con carácter definitivo, sin que el aumento de la jornada pueda no obstante conllevar la transformación de su contrato en otro a tiempo completo. La cláusula de voluntariedad –art. 12.4.e) ET– no opera en estos casos y, por tanto, tampoco el derecho de resistencia del trabajador a tiempo parcial frente a la orden empresarial de ampliación o reducción definitiva de su jornada a tiempo parcial. Desde esta perspectiva, yerran aquellos pronunciamientos judiciales que reconocen el derecho del trabajador a tiempo parcial a negarse a cumplir la orden empresarial de aumento/reducción de la jornada a tiempo parcial adoptada lícitamente con amparo en el artículo 41 ET²⁴.

3.2. Derecho de resistencia del trabajador a la transformación de su contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial

La consecuencia que la ley anuda a la negativa del trabajador a reducir su jornada de trabajo y transformar su contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial es la declaración de que aquél no puede ser despedido por causa disciplinaria ni sufrir ningún otro tipo de efecto perjudicial, sin perjuicio de la posibilidad de ser despedido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Este precepto –art. 12.4.e) ET– constituye la segunda norma del ordenamiento laboral positivo que consagra legalmente una manifestación del reconocimiento judicial del *ius resistendae* del trabajador frente a órdenes ilegales –la primera norma fue el art. 21 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales–. Esta norma tiene además que ser leída en conexión con la garantía de indemnidad conectada al artículo 24 CE, lo que provoca que tanto el despido disciplinario como cualquier otra eventual sanción empresarial anudada a la negativa del trabajador a novar su contrato –como por ejemplo la comunicación

²¹ STJUE 15/10/2014: “... una situación en que el contrato laboral a tiempo parcial se transforma en contrato laboral a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado no es comparable con otra en que el contrato laboral a tiempo completo se transforma en contrato laboral a tiempo parcial contra la voluntad de éste, pues la reducción del tiempo de trabajo no tiene las mismas consecuencias que su incremento, en particular, en el plano de la remuneración del trabajador (...) el Acuerdo marco, en particular, su cláusula 5, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa nacional en virtud de la cual el empleador puede disponer la transformación de un contrato laboral a tiempo parcial en contrato laboral a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado”.

²² Rec. núm. 100/2013. Dicho Tribunal argumenta sobre la base de que de la literalidad del art. 41 ET, “... que es, no olvidemos, el primer criterio al que debemos acudir, no resulta que (...) no pueda reducirse una jornada de trabajo a tiempo parcial por la vía permitida por el art. 41.1 (...) donde la ley no distingue, no podemos distinguir y, por tanto, no podemos incluir en ella supuestos que no se contemplan, ni siquiera en virtud de la analogía del art. 4 Ccivl, pues no puede decirse que una jornada a tiempo completo sea semejante a otra a tiempo parcial...”.

²³ Beltrán de Heredia, I., “Reducción de jornada, voluntariedad y artículo 41 ET: un nuevo ejemplo para la discusión”, en el blog de este autor, Una mirada crítica a las relaciones laborales, 2015. También, Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “El trabajo a tiempo parcial: análisis a la luz de los principios constitucionales y propuestas de regulación”, Trabajo y Derecho, nº 15, 2016.

²⁴ Vid., STSJ Madrid 4/05/2004 (rec. núm. 6495/2003), razonando a propósito de que en el art. 12 ET se hace referencia “a la conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial...”, llegando además a la conclusión errónea de que el incumplimiento de la orden empresarial estaba justificado en dicha previsión legal y que por tanto el despido disciplinario es improcedente –cuando la declaración más razonable, aplicando el razonamiento de este Tribunal (a mi juicio erróneo) hubiera debido ser la nulidad–.

de fin de contrato para obra o servicio a tiempo completo, pese a que el trabajador firme el recibo de finiquito—, queden sujetos a declaración de nulidad²⁵, en los términos en que por ejemplo fue apreciada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia²⁶.

Hay que hacer notar, con todo, que la posibilidad de practicar un despido económico al trabajador que se niega a reducir su jornada a solicitud de empresario y novar su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial ha llevado al Tribunal Constitucional a perfilar el funcionamiento de la garantía de indemnidad reconocida en el artículo 12.4.e) ET, estableciendo que el panorama indiciario que el trabajador pueda aportar sobre la existencia de intención empresarial de sancionar no conduce indefectiblemente a la declaración de nulidad porque es posible aportar justificación causal que desvincule el despido económico del ejercicio del derecho a negarse a reducir su jornada por parte del trabajador²⁷. La doctrina contenida en esta sentencia no deja de ser polémica, como lo atestigua el voto particular a la misma suscrito por cuatro magistrados. En dicho voto se afirma que la carga de la prueba empresarial reside en probar la desconexión del acto con el panorama indiciario y que éste es un resultado que no depende de la causalidad legal y de su calificación jurídica *ad casum*, sino de la desconexión causal entre el acto empresarial y el factor constitucionalmente protegido. Y en este sentido, creo que en estos casos, cuando una empresa pretenda despedir por causas económicas a un trabajador que se ha negado a transformar su contrato al menos debería justificar por qué utiliza el expediente del despido económico en lugar de acudir a una medida menos traumática como la reducción temporal de la jornada ex artículo 47 ET, también fundada en causa económica. Sea como fuere, si, en seguimiento de esta doctrina del Tribunal Constitucional, la empresa puede desvincular la extinción por necesidades empresariales de la negativa del trabajador a reducir jornada el despido no podrá ser calificado como nulo. Sin embargo, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo al confirmar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias²⁸, dado que el despido objetivo no opera automáticamente a partir de los datos aportados por la empresa porque el artículo 51 ET resultante de la reforma de 2012 no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causa económico-productiva y las extinciones contractuales, podrá suceder que un despido económico de un trabajador que se ha negado a reducir su jornada y a novar su contrato a

²⁵ STSJ Comunidad valenciana 23/04/2013 (rec. núm. 613/2013): “Así las cosas, observamos una secuencia lógica de acción-reacción perfectamente enlazada. La corporación municipal nunca había hablado de extinguir el contrato del actor, sino de reducirle la jornada, pero cuando éste se niega a la reducción le comunica la extinción del contrato de trabajo alegando su vencimiento (...) existen indicios suficientes para que se produzca el desplazamiento de la carga de la prueba y siendo ello así, el Ayuntamiento no ha acreditado la legalidad del cese ni que el mismo sea ajeno al propósito de represalia (...) El finiquito contiene (...) la relación de cantidades y expresión del actor de entenderse saldado (...) pero no contiene expresión relativa a la renuncia de la acción por despido (...) En resumen, carente de justificación objetiva y razonable el cese de la parte demandante, el mismo se ha hecho con violación del art. 24 de la CE, por lo que debe reputarse nulo...”.

²⁶ STSJ Galicia 26/11/2015 (rec. núm. 3703/2015): “... la actora aportó los indicios suficientes tendentes a acreditar la relación existente entre despido [disciplinario] y la renuncia de la trabajadora a aceptar la medida propuesta por la empresa (...) los días que se detallan en la redacción fáctica lleva a la conclusión dado el enlace cronológico que se produce entre tales hechos relatados y el inmediato cese de la actora (...) de que éste constituye una respuesta vulneradora de su garantía de indemnidad, que determina la nulidad del despido...”.

²⁷ STConst. 183/2015, de 10 de septiembre: “A ello se une en este caso el hecho ya expuesto de que, con posterioridad a la interposición de la demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo, y tras haberse celebrado la conciliación, la empresa procedió, con carácter previo a la extinción, a ofrecer a la trabajadora una nueva propuesta de reducción de jornada de menor impacto que la primera. Esta circunstancia resulta indicativa de que la voluntad empresarial no fue represaliar (...) pues, tras la acción judicial, la reacción inmediata de Aspaceire fue la de proponer la adopción de una medida de flexibilidad interna de menor alcance incluso que la anterior, a la que la trabajadora mostró su negativa, siendo solo después cuando, ante la existencia de la causa económica indicada, la empresa acudió a la extinción contractual entre las posibles medidas de gestión empresarial contempladas en el ordenamiento”.

²⁸ STSJ Asturias 25/10/2013 (rec. núm. 1676/2013). STS 16/02/2015 (rec. núm. 3256/2013).

tiempo completo en otro a tiempo parcial sea judicialmente declarado improcedente. Una decisión empresarial de estas características, efectivamente, puede ser contraria a la ley pero no necesariamente inconstitucional²⁹.

3.3. Voluntariedad, disposición colectiva de derechos individuales y conductas empresariales antisindicales

La reducción definitiva de la jornada y consiguiente transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial constituye una novación del contrato de trabajo que tiene que canalizarse contando siempre con la voluntad del trabajador, no a través del artículo 41 ET. Con carácter general, está claro que esta voluntad del trabajador individual afectado no puede ser sustituida por la de sus representantes en el seno de la negociación colectiva³⁰. Excepcionalmente, sin embargo, el Tribunal Supremo ha admitido la legalidad de una cláusula pactada con los representantes de los trabajadores en el marco de un expediente de regulación de empleo que autoriza la novación empresarial temporal de los contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial con promesa futura de vuelta al contrato a tiempo completo, señalando que lo acordado durante el periodo de negociación implica un juego de alternativas que individualmente consideradas pueden arrojar alguna deficiencia pero que han de ser valoradas en su conjunto, como solución global al problema³¹. Por controvertida que esta sentencia pueda resultar –incluye un voto particular discordante al que se adhieren 5 magistrados y otro más en el mismo sentido firmado en solitario– entiendo que estos procedimientos transaccionales excepcionales son acordes con la finalidad del periodo de consultas legalmente previsto en estos expedientes siempre que pueda apreciarse que existen contrapartidas suficientes para los trabajadores. En estas condiciones, una posibilidad de novación temporal de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial acordada excepcionalmente en sede colectiva en el seno de un procedimiento extintivo de regulación de empleo puede, a mi juicio, escapar a la prohibición del artículo 12.4.e) ET.

Al margen de la excepcionalidad que representa el supuesto recién descrito, el consentimiento del trabajador individual para novar su contrato a tiempo completo y transformarlo en otro a tiempo parcial debe exigirse siempre. En mi opinión, esta regla permite que el empresario utilice la autonomía individual de forma masiva en este punto y ofrezca a todos los trabajadores de la empresa, por ejemplo a través de un formulario común, la posibilidad de transformar su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial³². En un expediente de estas características, la participación de los representantes de los trabajadores es desde luego deseable pero no una condición necesaria como sí que lo es la garantía de que el consentimiento del trabajador no esté viciado. Desde esta perspectiva, por otra parte, es como hay que valorar la sentencia del

²⁹ STSJ Asturias 4/11/2011 (rec. núm. 2383/2011), citando la STConst. 41/2006, donde se explica que “... cuando se ventila un despido <pluricausal>, en el que confluyen una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una aparente justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de improcedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado”.

³⁰ STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 31/03/2011 (rec. núm. 740/2010), anulando el precepto de un convenio colectivo que facultaba al empresario para transformar, a toda o a parte de la plantilla, en trabajadores fijo discontinuos durante un plazo máximo de 3 años, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

³¹ STS 19/04/2014 (rec. núm. 226/2013).

³² En contra, considerando que la validez del pacto de conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial depende de que el consentimiento del trabajador no esté viciado pero también de que el pacto en sí no responda a la contratación individual en masa, proscrita desde la STConst. 105/1992, Fabregat Monfort, G., “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET”, Trabajo y Derecho, nº 17, 2016.

Tribunal Supremo de 29 de julio de 2014³³, que anuló la suscripción empresarial de quinientos cuarenta acuerdos individuales de reducción de jornada aduciendo en esencia, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que todos los acuerdos suscritos se redactaron en un modelo uniforme que afectaba de manera igual a todos los trabajadores, lo que evidenciaba la existencia de un interés colectivo que fue soslayado por el empresario recurriendo a esa contratación individual masiva. Esta sentencia recoge entre sus fundamentos que los pactos suscritos no precisaban la novación de los contratos de tiempo completo en contratos a tiempo parcial. En estas condiciones, dado que estos casos que no implican novación extintiva, por ejemplo las reducciones de jornada practicadas a un trabajador a tiempo parcial, sí que observan la vía del artículo 41 ET, hay que entender que la intención empresarial de reducir la jornada a todos los trabajadores de la empresa tiene que canalizarse a través del periodo de consultas exigido en el artículo 41 ET porque es una modificación de naturaleza colectiva que no supone una transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial. De modo que la contratación individual en masa sí que conllevó en el caso resuelto por el Tribunal Supremo, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de novar un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, un puenteo indebido de la gestión colectiva de un conflicto.

3.4. Contratación a tiempo parcial voluntaria en función de las necesidades del servicio

Ante la solicitud del empresario de reducir la jornada, no es discutible que el trabajador —a tiempo completo o a tiempo parcial— puede aceptar la medida. Como también lo es que en tal caso, el principio de libertad de pacto hace posibles distintas fórmulas de reducción/ampliación de jornada. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Málaga ha admitido la formalización entre empresario y trabajador de una novación temporal del contrato a tiempo parcial a contrato a tiempo completo sujeta a la condición potestativa que permite a cualquiera de las dos partes denunciar el pacto preavisando con determinada antelación³⁴. De la misma forma, también resulta lícito constituir una relación obligatoria a tiempo parcial sujeta a modificaciones continuas de las horas contratadas —por ejemplo 29 horas semanales el 1 de junio de 2007, reducidas a 17.5 el 1 de noviembre, ampliadas a 18.5 el 3 de marzo de 2008 y nuevamente ampliadas por pacto con el trabajador a 22.5 el 1 de diciembre—, siempre que estas variaciones cuantitativas de las horas contratadas se produzcan libremente, contando con el consentimiento del trabajador³⁵.

Esta contratación a tiempo parcial voluntaria en función de las necesidades del servicio debe, con todo, admitirse con precaución en nuestro ordenamiento laboral precisamente porque entre nosotros lo que predomina es el trabajo a tiempo parcial involuntario. De hecho, la jurisprudencia

³³ Rec. núm. 205/2013.

³⁴ STSJ Andalucía/Málaga 13/05/2010 (rec. núm. 2551/2009), explicando que este supuesto trata “... de la posibilidad del acuerdo de las partes en materia de ampliación o reducción de la jornada o de conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa que en el presente caso tuvo y tiene carácter voluntario al haber sido pactada por las partes por el acuerdo citado la conversión de un trabajo a tiempo parcial a tiempo completo durante un determinado periodo de tiempo y hacer uso de la facultad concedida por el acuerdo a cualquiera de las partes para poner fin a tal ampliación”.

³⁵ STSJ Madrid 8/11/2010 (rec. núm. 3163/2010), resolviendo este supuesto particular, donde la trabajadora firma un contrato a tiempo parcial por tiempo indefinido caracterizado “... porque a la actora se le destina a aquellos centros de trabajo en los que cubre bajas causadas por incapacidad temporal (...) planteándose en primer término si los pactos suscritos sobre duración de la jornada en función de la finalidad del trabajo prestado son o no ajustados a la norma invocada (...) si la actora y la empresa recurrente, desde que la relación laboral se inició, establecieron la duración de la jornada por la necesidad de ir cubriendo puestos de trabajo por la IT de sus titulares, una vez que ya no era precisa la prestación de sus servicios en la sucursal en la que estaba destinada Dña. Cristina, por alta médica de ésta, la nueva duración de la jornada debería de haberse pactado, no impuesto, de igual forma que se hizo en fechas anteriores, pues, en definitiva, la novación contractual es lícita siempre que sea fruto de la voluntad de las partes...”.

comunitaria contenida en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 12 de octubre de 2004 (caso Wippel), que convalida un contrato de trabajo austriaco a tiempo parcial en función de las necesidades del servicio, con jornada y distribución de la misma a pactar en cada caso con el trabajador afectado, no parece que resulte trasladable al caso español. Esto es así porque el Tribunal comunitario basa su razonamiento en que la trabajadora austriaca era libre para aceptar o no los trabajos ofrecidos por la empresa³⁶. Esta libertad puede presuponerse en Austria, donde la cota de trabajo a tiempo parcial involuntario no se aproxima ni de lejos a la del caso español, pero no, por este mismo motivo, en el caso español. Además, conviene no perder de vista que estas modalidades particulares de adecuación pactada de las horas de trabajo contratadas, que descansan sobre la voluntad del trabajador individual, pueden en el trabajo a tiempo parcial sustituirse por el recurso a las horas complementarias del artículo 12.5 ET, que también descansan en esa misma voluntad³⁷. En última instancia, finalmente, la viabilidad de estos mecanismos de ampliación/reducción de la jornada de trabajo a tiempo parcial obtenidos al margen del pacto de horas complementarias dependerá, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo, de que la cobertura formal del pacto con el trabajador no esconda la posibilidad de un ejercicio abusivo de la prerrogativa empresarial³⁸, por ejemplo una cláusula firmada por empresa y trabajador el mismo día en que se firma el contrato de trabajo que autoriza a la empresa para ampliar o reducir jornada a su antojo, sin ningún tipo de requisito o motivación³⁹.

3.5. Fomento legal de la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial

El artículo 12.4.e).2º ET fomenta la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial remitiendo este asunto a la negociación colectiva, reconociendo el derecho de los trabajadores a ser informados por el empresario para poder formular las correspondientes solicitudes y obligando al empresario a tomarlas en consideración, no a aceptarlas, y también a justificar de

³⁶ STJUE 12/10/2004: “Por una parte, un trabajador a tiempo parcial en función de las necesidades (...) trabaja conforme a un contrato en el que no se establece ni la duración de la jornada semanal ni la distribución del tiempo de trabajo, pero que le permite aceptar o rechazar cada trabajo que le proponga P&C. La retribución se calcula por horas y se paga únicamente por las horas efectivamente trabajadas. Por otra, un trabajador a tiempo completo trabaja conforme a un contrato que establece una jornada semanal (...) la distribución del tiempo de trabajo, así como el salario y que le obliga a trabajar para P&C durante toda la jornada contractualmente establecida sin poder rechazarlo, aunque no pueda o no quiera hacerlo. En estas circunstancias, el objeto y la causa de la relación laboral descrita en el apartado anterior (...) son distintos de los de la relación laboral que mantiene una trabajadora como la Sra. Wippel. En consecuencia, ningún trabajador a tiempo completo en el mismo establecimiento tiene el mismo tipo de contrato ni la misma relación laboral que la Sra. Wippel (...) Por consiguiente, en la situación a que se refiere el asunto principal no existe ningún trabajador a tiempo completo comparable a la Sra. Wippel (...) De lo que se deduce que un contrato de trabajo a tiempo parcial en función de las necesidades que no establece ni la duración de la jornada semanal ni la distribución del tiempo de trabajo, no constituye un trato menos favorable en el sentido de la cláusula 4 del mismo Acuerdo marco”.

³⁷ De hecho, en la STSJ Cataluña 17/02/2014 (rec. núm. 5435/2013), se advierte expresamente que por este motivo, además del abuso de derecho que entrañaba la prerrogativa empresarial reconocida por el convenio colectivo, el convenio colectivo sectorial aplicable modificó en su última versión la cláusula que expresaba que la empresa podía variar jornada y horario en función de las necesidades del servicio “sin que ello implique en ningún caso modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, por otra cláusula, más acorde con la legalidad vigente, que expresa que estas variaciones horarias y de jornada pueden efectuarse por el empresario “haciendo uso del pacto de horas complementarias suscrito por el trabajador”.

³⁸ STS 7/11/2008 (rec. núm. 37/2008), declarando nulas unas cláusulas contractuales a tenor de las cuales la modificación de la jornada quedaba configurada como una condición normal de trabajo y ésta podía incrementarse o reducirse a discreción del empresario, en función de las necesidades del servicio, comunicándose la variación por escrito con un preaviso mínimo de 48 horas, entendiéndose que dichas cláusulas son nulas porque “... suponen la renuncia de derechos de naturaleza indisponible [y] vulneran la norma de derecho común que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos...”.

³⁹ SSTSJ Cataluña 17/02/2014 y 18/06/2014 (reces. núm. 5435/2013 y 2244/2014). Estas sentencias están confirmadas por sendos Autos del Tribunal Supremo que inadmiten el recurso de casación para unificación de doctrina planteado, vid., AATS 16/12/2014 y 8/07/2015 (reces. Núm. 1483/2914 y 3239/2014).

forma escrita su denegación. Hay quien interpreta que la eliminación en 2013 de las preferencias en materia de movilidad voluntaria –viejo art. 12.4.e).3º ET– debilita la expectativa del trabajador a la movilidad tiempo parcial/tiempo completo, o viceversa, y deja la resolución de estas solicitudes a la discreción del empresario⁴⁰. A mi modo de ver, sin embargo, la eliminación de estas preferencias incide más en el plano de la relación entre trabajadores que desean la movilidad⁴¹ que en el plano de la pura decisión empresarial, que sigue siendo discrecional –como antes de 2013–.

4. RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO

4.1. La inaplicación de las reglas sobre distribución de la jornada en el trabajo a tiempo completo a los trabajadores a tiempo parcial

Cuando se entra en el análisis del régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo en el trabajo a tiempo parcial hay que esclarecer si a este contrato le resultan aplicables las reglas legales del trabajo a tiempo completo contenidas en el artículo 34.2 ET. Hay quien opina que sí⁴². Por tanto, el empresario siempre contaría en el trabajo a tiempo parcial con la posibilidad prevista en el artículo 34.2.1º ET de distribuir a su antojo el 10% de la jornada contratada⁴³ o, en su caso, el porcentaje rebajado de horas que resulte proporcional a la jornada contratada⁴⁴. En aplicación de este razonamiento, habría que concluir también a mayor abundamiento que la figura de los saldos interanuales de horas introducida por el RD-Ley 16/2013 en el nuevo artículo 34.2.3º ET también se aplicaría al tiempo parcial, ocasionándose así una grave fricción con la definición de trabajo a tiempo parcial contenida tanto en nuestra legislación como en la Directiva 97/81 en la medida en que en ambos casos el módulo de referencia más elástico que puede adoptarse para medir la parcialidad de los servicios por referencia a la jornada contratada es el módulo anual⁴⁵.

La aplicación en bloque de las reglas sobre distribución del tiempo de trabajo del artículo 34.2 ET al trabajo a tiempo parcial procede, según se explica⁴⁶, porque esta operación no desnaturaliza este contrato y porque las reglas de la Directiva marco sobre ordenación del tiempo de trabajo –Directiva 2003/88, heredera de la vieja Directiva 93/104– se aplican por igual a los trabajadores a jornada completa y a jornada parcial, tal y como tiene reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE 12/10/2004–. En mi opinión, sin embargo, existe una incompatibilidad intrínseca entre el régimen jurídico de la distribución de la jornada en el trabajo a tiempo completo y en el trabajo a tiempo parcial que hace que ni la bolsa de horas del artículo 34.2.1º ET ni los saldos interanuales de horas del artículo 34.2.3º ET encajen en el contrato a

⁴⁰ Miñarro Yanini, M., “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”, *Relaciones Laborales* n.º 3, 2014.

⁴¹ Así, por ejemplo, la STSJ Castilla-La Mancha 11/02/2011 (rec. núm. 36/2011), reconoce con base en el viejo art. 12.4.e).3º ET el derecho de una trabajadora a tiempo parcial a aumentar su jornada de forma preferente al derecho de la trabajadora contratada interinamente a transformar su contrato en indefinido tras la renuncia de la trabajadora en excedencia a reincorporarse a su puesto de trabajo tras la excedencia.

⁴² Por ejemplo, sin perjuicio de otros autores que se citan seguidamente, Arbonés Lapena, H. I., “Indeterminación de la jornada y horas complementarias”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 165, 2014.

⁴³ Rodríguez Piñero, M., Valdés Dal Ré, F., y Casas Baamonde, M.ª. E., “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”, *Relaciones Laborales* n.º 2, 2014.

⁴⁴ Martínez Yáñez, N. M.ª., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, n.º 126, 2014.

⁴⁵ Por este motivo, Martínez Yáñez, N. M.ª., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, n.º 126, 2014, entiende que esta regulación legal no puede aplicarse al contrato a tiempo parcial, pese a reconocer que las reglas del art. 34.2 ET se trasladan sin particularidades al trabajo a tiempo parcial.

⁴⁶ Cabeza Pereiro, J., “Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial”, *Aranzadi Social*, n.º 2, 2012.

tiempo parcial. Es cierto que la Directiva cubre indistintamente a ambas categorías de trabajadores, pero de ahí no puede derivarse la conclusión que extrae este sector doctrinal. Esto es así porque la base jurídica de la Directiva quedó anclada a las competencias normativas comunitarias en materia de salud laboral, que en el año 1993 eran distintas de las competencias de las instituciones comunitarias relativas a las condiciones de trabajo. Por este motivo, la Directiva se ocupa de la jornada de trabajo en clave fisiológica, como factor de salud laboral, pero deja sin regular aspectos centrales de esta institución en su faceta de condición de ejecución de la prestación contratada, especialmente las modalidades de distribución de la jornada, el horario o la capacidad del empresario para ajustar sobre la marcha las horas de trabajo a las exigencias de la demanda productiva⁴⁷. Y si estos son extremos carentes de regulación en la Directiva comunitaria, entonces me parece que es difícil sostener que la regulación de estos aspectos en el artículo 34.2 ET, que están fuera de la Directiva, alcanza también a los trabajadores a tiempo parcial.

La distribución de la jornada de trabajo, según lo dicho, observa un régimen jurídico diferente en función de si el contrato de trabajo es a tiempo completo o a tiempo parcial. Así hay que interpretar afirmaciones de nuestra doctrina científica como por ejemplo que las horas complementarias concentran toda la dosis de flexibilidad que se pretende dar a esta forma de empleo⁴⁸, que el contrato de trabajo a tiempo parcial tiene una regulación particular en lo referido a la ampliación y determinación de la jornada⁴⁹, o que el legislador ha dotado a este contrato de un régimen propio en materia de jornada, previendo además un tipo de jornada diferenciado y único⁵⁰. En este sentido, así es como también hay que interpretar afirmaciones de nuestro Tribunal Supremo que proclaman de forma incontrovertible que este contrato constituye una verdadera modalidad contractual que se manifiesta, entre otras notas, a través de su compleja configuración legal y, particularmente, a través de sus reglas específicas sobre distribución del tiempo de trabajo⁵¹. El contrato a tiempo parcial sirve para afrontar necesidades empresariales que no pueden satisfacerse con las prerrogativas atribuidas al empresario respecto de la jornada de los trabajadores a tiempo completo. Por eso, con carácter general, la carga de disponibilidad del trabajador a tiempo parcial es mayor que la del trabajador a tiempo completo. Así, por ejemplo, jurisprudencia y doctrina judicial ponen de manifiesto que cabe establecer un calendario general para los trabajadores a tiempo completo y otro especial para los trabajadores a tiempo parcial, susceptible de mayores oscilaciones productivas⁵²; también que los trabajadores a tiempo parcial de fin de semana pueden verse privados del derecho a descansar los festivos que coincidan con sábado⁵³; o, en fin, que es posible excepcionar a los trabajadores a tiempo parcial de la adscripción a los cuadros horarios anuales diseñados por el convenio colectivo⁵⁴.

4.2. La remisión a los convenios colectivos del régimen de distribución de la jornada

La principal manifestación de esta flexibilidad que caracteriza al trabajo a tiempo parcial radica en la pluralidad de referentes temporales —día, semana, mes, o meses, o año— que el empresario y el trabajador pueden utilizar para llevar a cabo la determinación del tiempo de trabajo, originándose así las conocidas modalidades de trabajo a tiempo parcial horizontal —el trabajador trabaja todos los días laborales pero menos horas que los trabajadores a tiempo completo— y

⁴⁷ Monreal Bringsvaerd, E., “Jornada de trabajo”, en VV.AA., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, (Goerlich Peset, J. M^a, coord.), Valencia, 2016.

⁴⁸ Rodríguez-Piñero Royo, M., *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, 2000.

⁴⁹ Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La reducción unilateral de la jornada y los difusos límites del contrato a tiempo parcial: a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014”, *Dereito*, n^o 1, 2014.

⁵⁰ Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “El trabajo a tiempo parcial: análisis a la luz de los principios constitucionales y propuestas de regulación”, *Trabajo y Derecho*, n^o 15, 2016.

⁵¹ SSTs 14/05/2007 y 15/10/2007 (recs. núm. 85/2006 y 47/2006).

⁵² STSJ Galicia 13/05/2009 (rec. núm. 2274/2006).

⁵³ STSJ País vasco 22/03/2005 (rec. núm. 2843/2004).

⁵⁴ STS 17/07/2006 (rec. núm. 49/2005).

trabajo a tiempo parcial vertical, con todas sus variantes⁵⁵ —el trabajador trabaja algunos días laborales, de forma dispersa o concentrada, o solo los días que no son laborales para los trabajadores a tiempo completo, observando, en cualquier caso, como principal característica la interrupción de la continuidad en su trabajo—. Junto al espacio de la autonomía individual en la determinación del tiempo de trabajo a tiempo parcial, muy interesante para el empresario, el papel del convenio colectivo no es menor. Tanto una como otro quedan vinculados por los límites legales generales existentes en materia de distribución del tiempo de trabajo, es decir, por el descanso entre jornadas —art. 34.3.1º ET—, por el descanso semanal —art. 37.1 ET—, por la pausa de al menos quince minutos cuando la jornada diaria excede de seis horas continuadas —art. 34.4 ET— y, obviamente, por el derecho a vacaciones anuales —art. 38 ET—. Dado, además, que el artículo 12.5.h) ET preceptúa que las horas complementarias deben respetar los límites en materia de jornada y descansos establecidos en el artículo 34.3 ET, hay que entender que la jornada ordinaria diaria del trabajador a tiempo parcial queda también sujeta al tope de las nueve horas, salvo que el convenio colectivo disponga de él —art. 34.3.2º ET—. Respetando estos límites, la negociación colectiva de cualquier ámbito puede programar los más diversos regímenes sobre distribución del tiempo de trabajo en el trabajo a tiempo parcial⁵⁶, pudiendo también, porque la ley se lo permite, partir en dos o más fracciones la jornada diaria reducida del trabajador a tiempo parcial —art. 12.4.b) ET—. Significativa, en este sentido, es la cláusula legal —art. 12.4.a) ET— que previene que el modo de distribución de las horas ordinarias contratadas en el trabajo a tiempo parcial queda sujeto a lo que prevea el convenio colectivo. En mi opinión, esta previsión tiene que ser interpretada como una remisión a los convenios colectivos de cualquier ámbito para programar el régimen de la distribución temporal de las horas ordinarias contratadas a tiempo parcial⁵⁷.

Las prerrogativas que la negociación colectiva puede atribuir al empresario para ajustar las horas contratadas a tiempo parcial a las exigencias de la demanda productiva encuentran el tope del abuso de derecho. Por eso, los convenios colectivos no pueden diseñar procedimientos que autoricen, sin más, al empresario para variar unilateralmente la jornada y/o el horario, por mucho que se trate de cláusulas convencionales pensadas para afrontar circunstancias imprevisibles. En este sentido, tal y como tiene señalado el Tribunal Supremo, aunque la actividad laboral en cuestión dependa de terceros —por ejemplo empresas de *handling*— y esté sometida a un fuerte componente de ocasionalidad e imprevisibilidad, lo cierto es que una cláusula convencional de estas características supone en la práctica facilitar al empresario un poder modificador del contrato que transgrede el procedimiento previsto al efecto en el artículo 41 ET⁵⁸. Además, tal y como el propio Tribunal se cuida de señalar, todas las empresas, incluidas especialmente éstas tan sometidas a importantes flujos de discontinuidad en su actividad, cuentan con el instrumento propio de flexibilidad en el contrato de trabajo a tiempo parcial que representan las horas complementarias, siempre que la posibilidad de su realización se pacte con el trabajador. En estas condiciones, no existe abuso de derecho, por ejemplo, cuando los convenios colectivos prevén que el empresario puede concretar semanalmente el horario de los trabajadores a tiempo parcial, sin que existan horarios fijos, estableciendo como único requisito que el trabajador conozca la planificación de su horario laboral a través del respectivo cuadrante con una semana de antelación⁵⁹.

⁵⁵ Barcelón Cobedo, S., *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el RD-Ley 11/2013)*, Valencia, 2013.

⁵⁶ STS 17/07/2006 (rec. núm. 49/2005): “... está claro que los negociadores del Convenio quisieron establecer una excepción respecto del personal de la línea de cajas con contrato a tiempo parcial, respecto de cuyo personal no rige necesariamente la obligación de comunicar con carácter anual, y desde el principio del año, los días festivos que les corresponde trabajar, sino que resulta perfectamente posible hacérselo saber <al menos con diez días naturales de antelación al inicio del mes>”.

⁵⁷ STSJ Galicia 20/07/2015 (rec. núm. 602/2014): “Es cierto que en el contrato no aparecen distribuidas, aunque sí fijadas, las horas ordinarias de trabajo, pero también es verdad que el primer párrafo del artículo 12.4.a) ET no prohíbe que dicho pacto se efectúe por remisión al convenio colectivo aplicable...”.

⁵⁸ STS 15/10/2007 (rec. núm. 47/2006).

⁵⁹ STSJ Asturias 4/02/2011 (rec. núm. 1959/2010): “Por lo tanto, si la conducta de al empresa ha consistido en

5. LA AMPLIACIÓN DE LA JORNADA DEL TRABAJADOR A TIEMPO PARCIAL

5.1. Horas complementarias y prohibición de horas extraordinarias

La reforma de 2013 suprimió la posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial realicen horas extraordinarias –factor de brecha salarial, según algunos⁶⁰–, excepto en caso de fuerza mayor –art. 12.4.c) ET–. A cambio, como se verá, el legislador ha flexibilizado mucho el régimen de las horas legalmente conceptuadas como horas complementarias. Atendiendo al régimen retributivo de las horas complementarias, a la limitación de su número y al régimen de cotización a la Seguridad Social se ha dicho que esta intervención legislativa abarata costes laborales⁶¹. Yo creo que esto es muy relativo porque tanto las horas extraordinarias como las complementarias se retribuyen como horas ordinarias –art. 35.1 ET y art. 12.5.i) ET–. Además, si las horas extraordinarias son objeto de pago por compensación con descansos, que es la opción legal preferente –art. 35.1 ET–, en tal caso esas horas extraordinarias no quedan sujetas al tipo de cotización adicional previsto en el artículo 149 RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS). En estas condiciones, salvo que el convenio colectivo aumente la retribución de las horas extraordinarias –cosa que también podría hacer con las horas complementarias– y prevea que el único sistema para retribuir las horas extraordinarias es en metálico, al empresario le resulta igual de barato, en términos de coste laboral, utilizar horas extraordinarias u horas complementarias. En términos comparativos, en fin, la reducción proporcional del tope legal de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial cuando esta figura estaba vigente, puesta en relación con los topes actuales de horas complementarias previstos en el artículo 12.5 ET, que enseguida se analizan, arroja como resultado que el nivel de ampliación de jornada que comportan las horas complementarias es entre tres y seis veces superior al que podían generar las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial⁶².

Las horas complementarias son específicas del contrato a tiempo parcial y constituyen el único instrumento posible para que el empresario obtenga prolongaciones de la jornada diaria del trabajador a tiempo parcial. Sin embargo, esta categoría de tiempo de trabajo no es viable en todos los contratos a tiempo parcial porque su realización, mediando acuerdo con el trabajador, solo cabe en los contratos a tiempo parcial con una jornada mínima de diez horas semanales en cómputo anual, resultando indiferente que el contrato sea temporal o indefinido. El factor que habilita la posibilidad del pacto sobre horas complementarias es cuantitativo –cantidad de horas contratadas–, no cualitativo –naturaleza del contrato–, como sucedía antes de la reforma de esta institución por RD-Ley 16/2013⁶³. Basta, por tanto, con contratar un mínimo del

ejercer sus potestades para la alteración del horario de los demandantes dentro de los límites fijados en el convenio, lo que está haciendo es ejercitar lo pactado en la parte que le beneficia y compromete a los trabajadores, y en definitiva no nos encontramos ante un supuesto de modificación de condiciones de trabajo. La modificación solo existe cuando se pretende alterar una obligación predeterminada por una fuente legal, convencional o contractual, pero no cuando lo que se hace es simplemente ejercitar el derecho reconocido”.

⁶⁰ Fernández Villazón, L. A., y Argüelles Blanco, A. R., “Flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo y derechos laborales”, en VV.AA., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia, 2013, explican que el contrato a tiempo parcial es una modalidad feminizada y que por eso la prohibición de realizar horas extraordinarias constituye un factor de la brecha salarial cuando se pacta para la hora extraordinaria un valor superior que el establecido para la ordinaria.

⁶¹ Rodríguez Piñero, M., Valdés Dal Ré, F., y Casas Baamonde, M^a. E., “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”, *Relaciones Laborales*, n^o 2, 2014.

⁶² Martínez Yáñez, N. M^a., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, n^o 126, 2014.

⁶³ Incidiendo en la función de fomento de la contratación indefinida que cumplía el ceñir la realización de estas horas únicamente a los contratos celebrados por tiempo indefinido, Rodríguez-Piñero Royo, M., *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, 2000.

25 por ciento de la jornada máxima semanal a tiempo completo –hay estudios que califican a los contratos a tiempo parcial de menos de 10 horas a la semana como formas muy atípicas de trabajo⁶⁴– para que el empresario pueda pactar con el trabajador la realización de estas horas.

5.2. Tipos de horas complementarias

El trabajador puede expresar su voluntad para realizar estas horas por escrito, suscribiendo lo que el artículo 12.5.a) ET denomina “*Pacto sobre horas complementarias*”, tal y como fue concebido este pacto por el RD-Ley 15/1998, y puede también, desde la reforma del año 2013, no suscribir pacto escrito alguno y simplemente aceptar sobre la marcha el ofrecimiento empresarial de realizarlas. La diferencia radica en que estas últimas horas complementarias, “*De aceptación voluntaria*”, en la terminología del nuevo artículo 12.5.g) ET, solo son posibles en los contratos a tiempo parcial celebrados por tiempo indefinido. El pacto escrito sobre horas complementarias puede formalizarse de forma coetánea al contrato de trabajo o en un momento posterior, no requiriéndose modelo oficial –como se requería antes del año 2013–, mientras que en los contratos indefinidos a tiempo parcial con una jornada de al menos diez horas semanales el consentimiento del trabajador se manifiesta ante cada oferta del empresario. Cabe afirmar, por tanto, que las horas complementarias son una institución consustancial al contrato indefinido a tiempo parcial sin microjornada que hace que este contrato sea una herramienta más flexible que el contrato temporal a tiempo parcial⁶⁵. Esta consustancialidad, por lo demás, resulta acorde con la condición de las horas complementarias como elemento central y esencial en todo el régimen jurídico de esta forma de empleo⁶⁶.

Entre las horas complementarias cuya obligatoriedad se pacta por escrito y las horas complementarias sobrevenidas, que el trabajador acepta sobre la marcha, existen diferencias. En primer lugar, la obligatoriedad de las primeras puede excluirse de una vez por todas –porque son de aceptación general y previa–, cosa que no ocurre con las sobrevenidas⁶⁷. La voluntad del trabajador para realizar horas complementarias sobrevenidas, por otro lado, se proyecta sobre horas concretas y determinadas en cantidad y ubicación temporal, cosa que no ocurre con las horas canalizadas a través del “*Pacto de horas complementarias*”⁶⁸. Estas horas complementarias pactadas, a diferencia de lo que sucede con las sobrevenidas, comprometen ad futurum al trabajador, en los términos reflejados en el “*Pacto de horas complementarias*”. Este compromiso del trabajador, por lo demás, queda blindado en el artículo 12.5.e) ET cuando establece los motivos que pueden justificar su renuncia a prestar horas complementarias –motivos familiares del art. 37.6 ET, necesidades formativas que provocan incompatibilidad horaria e incompatibilidades con otro contrato a tiempo parcial– y el procedimiento para ello –preaviso de

⁶⁴ Martínez Yáñez, N. M^a., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, nº 126, 2014, señala que estos mismos estudios extienden dicha calificación a los contratos temporales de menos de seis meses de duración, entendiéndose por ello que hubiera sido deseable extender la prohibición de horas complementarias en los contratos con microjornada también a estos contratos temporales.

⁶⁵ Martínez Yáñez, N. M^a., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, nº 126, 2014.

⁶⁶ Rodríguez-Piñero Royo, M., *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, 2000, glossando la regulación de 1998 y señalando el carácter de estas horas accesorio o externo al modelo de CTT, afirmando que no constituye un elemento esencial del CTT porque su misma existencia trae causa de un pacto ajeno por definición al contrato.

⁶⁷ Martínez Yáñez, N. M^a., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, nº 126, 2014.

⁶⁸ N. Sirvent Hernández, N., “El régimen jurídico de la jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre”, *Trabajo y Derecho*, nº 15, 2016, con cita a F.J. Gómez Abelleira, F. J., “La reforma del contrato de trabajo a tiempo parcial”, en VV.AA., *Las reformas laborales y de Seguridad Social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio, al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Valladolid, 2014.

15 días, posible solo cuando ha transcurrido un año desde la celebración del “Pacto de horas complementarias”, siendo igualmente lícito, porque el principio de libertad de pacto lo permite, que empresario y trabajador limiten de común acuerdo la vigencia temporal del propio “Pacto de horas complementarias”⁶⁹.

5.3. Topes de horas complementarias

La suma de las horas ordinarias y de todas las horas complementarias posibles encuentra como límite el tope vigente de la jornada a tiempo completo –art. 12.4.c)3º ET–. Dentro de este tope, las horas complementarias objeto de pacto previo no pueden exceder del 30 por ciento –antes de la reforma de 2013 el límite era el 15%– de las horas ordinarias contratadas –art. 12.5.c) 2º– ni las horas complementarias sobrevenidas exceder del 15 por ciento –art. 12.5.g) ET–. Es decir, en todos los contratos a tiempo parcial sin microjornada empresario y trabajador pueden pactar una bolsa de horas complementarias de hasta el 30 por ciento de las horas ordinarias contratadas –por ejemplo 3 horas cada semana en contratos de 10 horas a la semana en cómputo anual–. Bolsa que asciende en los contratos indefinidos a tiempo parcial sin microjornada hasta el 45 por ciento de las horas ordinarias contratadas –por ejemplo 4 horas y media cada semana sobre una jornada ordinaria de 10 horas semanales en cómputo anual–. Éstas son las posibilidades que la ley reconoce a la autonomía individual del trabajador y del empresario en orden a pactar el tope de horas complementarias realizables, más reducidas en cualquier caso que las que disfrutaban los negociadores de los convenios colectivos. Esto es así porque tras la reforma del año 2013, los convenios colectivos de cualquier ámbito pueden aumentar hasta el 60 el porcentaje de horas complementarias de aceptación general y previa, sucediendo lo propio hasta el 30 por ciento con las horas complementarias sobrevenidas. Es decir, que la participación del convenio colectivo en este punto puede ocasionar bolsas de horas complementarias en todos los contratos a tiempo parcial sin microjornada de hasta el 60 por ciento de las horas ordinarias contratadas –por ejemplo 6 horas cada semana sobre una jornada semanal de 10 horas en cómputo anual–, y bolsas de hasta el 90 por ciento de las horas ordinarias contratadas en los contratos a tiempo parcial sin microjornada celebrados por tiempo de indefinido –por ejemplo 9 horas cada semana sobre una jornada semanal de 10 horas en cómputo anual–. Si, en este sentido, el convenio colectivo confirma que la jornada semanal a tiempo completo es de cuarenta horas, una jornada a tiempo parcial de veinte horas semanales en cómputo anual permite en los contratos celebrados por tiempo indefinido articular bolsas de dieciocho horas complementarias semanales, resultando claramente una jornada semanal del trabajador a tiempo parcial prácticamente idéntica a la del trabajador a tiempo completo.

La opción legal relativa a las horas complementarias es valorada críticamente por parte de nuestra doctrina porque un régimen de jornada semejante al que ofrece una jornada indefinida de veinte horas semanales en cómputo anual con pacto de horas complementarias en su tope máximo pone de relieve o bien el falso carácter de trabajo a tiempo parcial del contrato, o bien la ausencia de una organización racional del trabajo que fuerza a doblar el trabajo contratado formalmente con tiempos adicionales que cabe considerar excesivos⁷⁰. A mi modo de ver, esta regulación de las horas complementarias encaja bien en la Directiva 97/81, que –como nuestra regulación– no define el contrato de trabajo a tiempo parcial atendiendo a exigencias causales vinculadas a necesidades organizativas de la empresa sino que únicamente lo hace atendiendo a su menor jornada en comparación con el trabajo a tiempo completo⁷¹, posibilitando por con-

⁶⁹ N. Sirvent Hernández, N., “El régimen jurídico de la jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre”, *Trabajo y Derecho*, nº 15, 2016, con cita a Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, nº 9, 2014.

⁷⁰ González Ortega, S., “Dificultades para la integración laboral de los jóvenes, en general, y de las mujeres jóvenes, en particular”, VV.AA., *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, (Álvarez Cuesta, H., Martínez Barroso, M^a. R., y Rodríguez Escanciano, S., coords.), Valencia, 2015.

⁷¹ Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La regulación del contrato a tiempo parcial en la negociación colectiva”, *Información Laboral*, nº 3, 2015.

siguiente la existencia de trabajadores a tiempo parcial con jornadas próximas a las de los trabajadores a tiempo completo –por ejemplo una jornada ordinaria equivalente al 55% de la jornada a tiempo completo acompañada de un pacto de 573 horas complementarias, equivalente al 60% de esa jornada ordinaria⁷²–. Y, por otro lado, compartiendo que existen carencias generalizadas entre los asesores empresariales acerca de las posibilidades de gestión flexible de la fuerza de trabajo y de su tiempo de ejecución que brindan actualmente muchas instituciones laborales⁷³, creo que no es discutible que la categoría de las horas complementarias y la flexibilidad que ofrecen a los empresarios para ajustar al alza la duración de la jornada del trabajador a tiempo parcial resulta muy útil tanto en las empresas bien organizadas laboralmente como, con mayor razón, en las que no lo están.

5.4. Régimen de ejecución de las horas complementarias previamente pactadas. Naturaleza del preaviso legal

Cuando las horas complementarias se pactan previamente, el propio pacto debe especificar el número de las que el empresario puede exigir al trabajador –art. 12.5.c)1º–. A diferencia de lo que sucede con el régimen previsto para efectuar la distribución de la jornada ordinaria a tiempo parcial, que debe ser conocido por el trabajador aunque sea por referencia a lo dispuesto en el convenio colectivo, el régimen que observa la colocación temporal de las horas complementarias no tiene que aparecer ni en el contrato ni en el convenio colectivo, bastando simplemente con que el empresario respete “*un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior*” –art. 12.5.d) ET–. Es difícil interpretar esta norma porque por un lado dice que el preaviso es mínimo, susceptible por tanto de ser mejorado en beneficio del trabajador, ampliándolo, pero por otro sólo dice que el convenio colectivo puede establecer un plazo inferior. En mi opinión, aunque la norma no diga que el convenio colectivo puede ampliar este plazo y solo diga acerca de la posibilidad de reducirlo, es posible interpretar que la finalidad de la regulación es recalcar que el convenio colectivo puede establecer preavisos reducidos pero sin cerrar la posibilidad de que la negociación colectiva desarrolle en este extremo su clásica función de mejora de los límites legales en beneficio del trabajador, ampliando el preaviso legal⁷⁴.

En la práctica, el Tribunal Supremo dijo en el año 2007 que las horas complementarias pueden ir siendo colocadas en función de la carga de trabajo siempre que esta facultad que el convenio colectivo concede al empresario no signifique la eliminación del preaviso⁷⁵. En el año 2011 matizó que la comunicación empresarial de horas complementarias realizada el mismo día “... *no es reconocible como un preaviso propiamente dicho (...) en cuanto que altera la programación del tiempo de trabajador prevista por el mismo al comienzo de su jornada de trabajo*”⁷⁶. Más tarde, en 2016⁷⁷, ha examinado la legalidad de un convenio colectivo que acuerda la posibilidad de realizar horas complementarias en los contratos a tiempo parcial y que organiza su ejecución en función de las necesidades productivas y de la carga de trabajo, razonando sin

⁷² STSJ Islas Canarias/Tenerife 9/10/2013 (rec. núm. 120/2012).

⁷³ VV.AA., *Las modalidades de la contratación laboral*, Valencia, 2009.

⁷⁴ En el mismo sentido, Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “La regulación del contrato a tiempo parcial en la negociación colectiva”, *Información Laboral*, nº 3, 2015. En contra, interpretando que la ley impide en este punto que el convenio colectivo mejore su regulación en beneficio del trabajador, Lousada Arochena, J. F., “El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162, 2014. También, Martínez Yáñez, N. M^a., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, nº 126, 2014; Rodríguez Piñero, M., Valdés Dal Ré, F., y Casas Baamonde, M^a. E., “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2014; Sirvent Hernández, N., “El régimen jurídico de la jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre”, *Trabajo y Derecho*, nº 15, 2016.

⁷⁵ STS 15/10/2007 (rec. núm. 47/2006).

⁷⁶ STS 9/03/2011 (rec. núm. 87/2010).

⁷⁷ STS 18/05/2016 (rec. núm. 140/2015).

embargo desde la limitada perspectiva referida a que este convenio colectivo no obliga al trabajador a tiempo parcial a realizar horas complementarias porque esta obligación solo puede ser pactada entre cada trabajador y su empresario. A mi modo de ver, dado que la última reforma del contrato a tiempo parcial ha introducido la figura de las horas complementarias sobreenvidas, que no necesitan pacto escrito previo y pueden ser ofrecidas en cualquier momento por el empleador, sin respetar preaviso alguno, es coherente interpretar, con el Tribunal Supremo, que el preaviso para realizar horas complementarias previamente pactadas debe producirse al menos de un día para otro.

En todos los contratos a tiempo parcial sin microjornada puede existir, si así se pacta previamente con el trabajador, una parte de jornada semi-inestable, sometida al preaviso de un día para otro, representada por hasta el 30 por ciento de la jornada contratada o el 60 por ciento, si así lo dispone la negociación colectiva. Además, si estos contratos se celebran por tiempo indefinido, a esa parte de jornada semi-inestable se le puede adicionar otra más absolutamente inestable, no sometida a preaviso de ningún tipo, representada, en función de si hay o no convenio colectivo, por el 15 o el 30 por ciento de las horas ordinarias contratadas. El fomento del contrato de trabajo a tiempo parcial, especialmente de los indefinidos, se efectúa acercando esta modalidad contractual a regímenes de trabajo a llamada, muy favorables para los empresarios⁷⁸, igual que los conocidos como contratos a cero horas. En todo caso, sin embargo, interesa señalar, con el Tribunal Superior de Justicia de Asturias⁷⁹ o con el de Las Palmas⁸⁰, que el contrato a tiempo parcial no es un contrato a llamada puro porque el trabajador ha contratado un número de horas ordinarias con una retribución mínima garantizada, cosa que no sucede, tal y como ya señaló el Auto formulado a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001⁸¹, con fórmulas clásicas de trabajo a llamada como por ejemplo el régimen de trabajo alemán llamado *Kapovaz* o el régimen del trabajo intermitente del ordenamiento francés. Existiendo una jornada pactada que aporta seguridad al trabajador⁸², no me parece, según lo dicho, que la última reforma de este contrato de trabajo haya atravesado la línea roja que supone el respeto de la esencia de esta institución jurídica⁸³. La esencia de este contrato sigue siendo, como antes, una jornada reducida cuyo régimen jurídico responde a exigencias empresariales de mayor flexibilidad que la que proporciona el modelo común de contrato a tiempo completo.

De acuerdo con el artículo 12.5.h) ET, la realización de horas complementarias debe respetar los límites legales vigentes en materia de duración de la jornada diaria –art. 34.3.1º ET–, descanso entre jornadas –art. 34.3.2º ET–, pausa intra-jornada –art. 34.4 ET–, descanso semanal –art. 37.1 ET– y duración de la jornada diaria del trabajador nocturno –art. 36.1 ET–. Dado que la jornada ordinaria máxima diaria de nueve horas es disponible por la negociación colectiva –art. 34.3.2º ET–, no es dudoso que si así lo establece el convenio colectivo, la realización de horas complementarias puede implicar para el trabajador a tiempo parcial observar jornadas diarias de más de nueve horas. Puede suceder, por tanto, que el régimen diseñado

⁷⁸ En el mismo sentido, González Ortega, S., “Dificultades para la integración laboral de los jóvenes, en general, y de las mujeres jóvenes, en particular”, VV.AA., *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, (Álvarez Cuesta, H., Martínez Barroso, M^a. R., y Rodríguez Escanciano, S., coords.), Valencia, 2015.

⁷⁹ STSJ Asturias 4/11/2011 (rec. núm. 2383/2011).

⁸⁰ STSJ Islas Canarias/Las Palmas 12/12/2013 (rec. núm. 251/2012): “No se puede asimilar, por tanto, como pretende el recurrente, el régimen de las horas complementarias a las cláusulas *Kapovaz*, ya que en las primeras, tal y como se plasma convencionalmente, existe un preaviso salvo circunstancias extraordinarias, de manera que no produce en modo alguno los efectos del <trabajo a llamada> o de la figura del contrato <zero hour> del derecho anglosajón, al limitar su aplicación con dicho preaviso”.

⁸¹ Rec. núm. 68/2001.

⁸² Martínez Yáñez, N. M^a., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, nº 126, 2014.

⁸³ Formulando esta crítica, Miñarro Yanini, M., “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”, *Relaciones Laborales* nº 3, 2014.

en el convenio colectivo que encauza el cumplimiento de la obligación del trabajador de realizar horas complementarias ante la petición del empresario acabe significando para aquél el cumplimiento de jornadas diarias indirectamente limitadas exclusivamente a través del descanso mínimo de doce horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente –art. 34.3.1º ET–. La aplicación a los trabajadores a tiempo parcial de los límites legales vigentes en materia de descansos y duración de la jornada nocturna procede, por lo demás, no tanto porque lo establezca expresamente nuestro legislador cuanto porque así se sigue naturalmente de la inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88, sobre ordenación del tiempo de trabajo.

5.5. Las horas complementarias como mecanismo exclusivo y excluyente del contrato a tiempo parcial

Esta regulación legal de las horas complementarias es a mi juicio exclusiva y excluyente del contrato a tiempo parcial. Esto quiere decir que el único mecanismo para efectuar ajustes al alza de la duración de la jornada diaria del trabajador a tiempo parcial es mediante la realización de horas complementarias, si así se pacta previamente o sobre la marcha con el trabajador individual. A diferencia de lo que sucede con los trabajadores a tiempo completo, cuya jornada diaria puede quedar sujeta a ampliaciones decididas unilateralmente por el empresario utilizando horas flexibles –ya sea la bolsa legal de horas del art. 34.2.1º ET o ya sea la bolsa de horas flexibles que puede atribuir al empresario la negociación colectiva–, cuya ejecución no ocasiona un aumento de su jornada máxima ordinaria porque se compensan con descansos, en los contratos a tiempo parcial las horas flexibles son intrínsecamente incompatibles con las horas complementarias y por tanto absolutamente inviables. Como tiene dicho el Tribunal Supremo, efectivamente, *“... cuando los excesos de jornada se producen en un contrato (el a tiempo parcial) que contempla ya una jornada sensiblemente inferior a la máxima ordinaria, respecto al que la propia ley prevé la posibilidad de realizar horas por encima de las pactadas, pero las califica y regula minuciosamente con un régimen jurídico distinto y muy riguroso, carece de sentido que esos excesos pudieran tener también, como referencia, la misma jornada máxima legal, porque de ser así quedaría vacía de contenido la propia regulación de las horas complementarias...”*⁸⁴. También la Audiencia Nacional se ha pronunciado en este sentido, estableciendo que *“... la intervención reguladora de los agentes sociales se concreta, además de establecer en convenio la jornada máxima y su distribución (...) en la facultad de fijar con carácter general la proporción de horas complementarias/ordinarias. Lo que no es posible es que la negociación colectiva altere la jornada en el contrato indefinido a tiempo parcial más allá del tiempo máximo resultante del contenido en el propio contrato de trabajo (...) ni sustituir la voluntad personal de los trabajadores en la asunción del compromiso sobre horas complementarias”*⁸⁵.

Está claro que el régimen de distribución de la jornada ordinaria del trabajador a tiempo parcial fijado por remisión al convenio colectivo –art. 12.4.a) ET– ofrece al empresario muchas alternativas para gestionar flexiblemente esta jornada –por ejemplo horarios semanales variables y comunicados sobre la marcha, con unos pocos días de antelación–. Sin embargo, creo que ninguna de estas alternativas alcanza a la posibilidad de variar unilateralmente la duración de la jornada diaria del trabajador a tiempo parcial porque para eso están las horas complementarias. Por este mismo motivo, a mayor abundamiento, coincido con quienes opinan que las horas complementarias no pueden compensarse con descansos⁸⁶. De lo contrario, si el artículo 12.5

⁸⁴ STS 11/06/2014 (rec. núm. 1039/2013).

⁸⁵ SAN 5/05/2014 (rec. núm. 48/2014).

⁸⁶ Cabeza Pereiro, J., “Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2012, afirmando que las horas complementarias constituyen un mecanismo de incremento pactado de la jornada pero no de flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. También, Miñarro Yanini, M., “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”, *Relaciones Laborales* nº 3, 2014; Martínez Yáñez, N. M^a., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, nº 126, 2014.

ET permitiese la fórmula de la compensación por descansos las horas complementarias se confundirían con las horas flexibles y quedarían reducidas a simple mecanismo de alteración horaria, como actualmente lo es el mecanismo de la compensación con descansos de las horas extraordinarias –art. 35.1 y 2.2º ET–. Piénsese además que el instituto de la compensación con descansos de las horas extraordinarias tiene tintes de política de empleo –reparto del trabajo– y que desde esta perspectiva, repugnaría a la esencia del contrato a tiempo parcial pensar en la posibilidad de repartir una jornada ya de por sí reducida que puede estar muy lejos de la jornada máxima legal. Las horas complementarias, en fin, solo pueden retribuirse en metálico porque el pago por compensación no produciría efectos en las bases de cotización a la Seguridad Social, contraviniendo lo que prevé el artículo 12.5.i) ET, y porque la realización de estas horas puede contribuir a acercar el régimen del trabajador a tiempo parcial al que disfrutaban los trabajadores a tiempo completo, posibilitando, si así lo prevé la negociación colectiva, consolidaciones de jornada y sirviendo como puente para acceder al tiempo completo⁸⁷.

5.6. El *ius resistendae* del trabajador frente a órdenes de ilegales de realización de horas complementarias

La garantía legal reconocida a los trabajadores en materia de horas complementarias es el derecho a negarse a realizarlas, bien de forma previa y general, no suscribiendo el “*Pacto de horas complementarias*” –art. 12.5.f) ET–, o bien sobre la marcha, ante cada solicitud del empresario –art. 12.5.g) ET–. Ni la negativa a suscribir el “*Pacto de horas complementarias*”, ni la negativa a realizar aquellas horas complementarias previamente pactadas cuya ejecución vulnera sin embargo las condiciones de realización previstas, por ejemplo el preaviso, ni la negativa a realizar horas complementarias de forma sobrevenida constituyen conductas sancionables por el empresario. El derecho del trabajador a tiempo parcial a observar jornada diarias de duración estable es genuinamente individual y únicamente por él renunciable, a través de su consentimiento a la ejecución de horas complementarias, sin que su voluntad pueda ser sustituida por la de sus representantes. A mi modo de ver, esta garantía legal funciona de forma idéntica a la garantía de indemnidad asociada al artículo 24 CE que cubre al trabajador que se niega a transformar un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial. Una eventual sanción empresarial a un trabajador que ejerce lícitamente su derecho de resistencia al cumplimiento de la orden de prestar horas complementarias es por tanto una sanción nula, dada la conexión del reconocimiento legal de este *ius resistendae* con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁸⁸. Adviértase, por lo demás, que aquí, y de forma diferente a lo que sucede cuando el trabajador a tiempo completo se niega a la novación extintiva de su contrato, la ley no contempla la posibilidad de practicar un despido económico al trabajador que se niega lícitamente a prestar horas complementarias. Ello es bien indicativo de que en estos casos, el empresario muy difícilmente podrá probar la desconexión de su acto extintivo con el panorama indiciario de la existencia de ánimo de represalía aportado por el trabajador.

6. EL REGISTRO DIARIO DE LA JORNADA DEL TRABAJADOR A TIEMPO PARCIAL

Desde la reforma de 2013, el artículo 12.4.c).4º ET establece la obligación formal a cargo del empresario de registrar la jornada diaria total de cada trabajador a tiempo parcial, distin-

⁸⁷ Arbonés Lapena H. I., “Indeterminación de la jornada y horas complementarias”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 165, 2014, explicando que inicialmente las horas complementarias servían de cauce hacia el tiempo completo por medio del mecanismo de la consolidación.

⁸⁸ Vinculando la sanción de nulidad con la vulneración del derecho fundamental de libertad personal, que entiende implícito en el art. 17 CE, Lousada Arochena, J. F., “El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 162, 2014. Sirvent Hernández, N., “El régimen jurídico de la jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre”, Trabajo y Derecho, nº 15, 2016, considera que procede la sanción de nulidad tanto desde el punto de vista de la libertad personal (art. 10.1 CE) como desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, cuando el despido se produce como acto de represalía empresarial.

guiendo entre horas ordinarias y horas complementarias, atribuyendo al trabajador el derecho a recibir junto con el recibo de salarios un resumen del total mensual de horas y obligando al empresario a conservar estos totales mensuales al menos durante un plazo de cuatro años –art. 12.4.c).5º ET–, coincidente con el plazo de prescripción de la obligación de pago de cuotas a la Seguridad Social –art. 42 RD 1415/2004, por el que se aprueba el Reglamento General de recaudación de la Seguridad Social–. De acuerdo con esta nueva regulación, esta obligación de registro está pensada para poder comprobar que la suma de las horas ordinarias prestadas por los trabajadores y también de las complementarias no excede el límite legal del trabajo a tiempo parcial. La obligación empresarial de entregar al trabajador un resumen mensual del total de horas trabajadas cada mes junto con el recibo de salarios, por lo demás, es de inexcusable cumplimiento, en palabras del Tribunal Supremo, aunque la jornada ordinaria del trabajador a tiempo parcial se haya pactado en cómputo anual y los horarios no sean fijos sino variables⁸⁹.

7. LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LAS PRESUNCIONES DE CONTRATACIÓN A TIEMPO COMPLETO

Las ampliaciones de la jornada a tiempo parcial solo pueden obtenerse a través del mecanismo de las horas complementarias, ya sea previamente pactadas con el trabajador o aceptadas por éste sobre la marcha. En estas condiciones, cuando el empresario obtiene por la vía de los hechos ampliaciones de jornada del trabajador a tiempo parcial que caen fuera de los límites permitidos para la realización de las horas complementarias, el Tribunal Supremo tiene establecido que esas horas no pueden calificarse como ordinarias –como afirmaba cierta doctrina judicial⁹⁰– sino que son extraordinarias, pese a que están legalmente prohibidas en el trabajo a tiempo parcial, debiendo retribuirse y también cotizar como tales a la Seguridad Social⁹¹. Al respecto, se ha señalado, con razón, que esta solución no es satisfactoria porque no tiene carácter disuasorio para el empresario, porque las horas extraordinarias no caben en el contrato a tiempo parcial y porque lo importante es valorar si se está produciendo un fraude de ley⁹². En consecuencia, es aquí donde deberían cobrar virtualidad las presunciones de contratación a tiempo completo establecidas en el artículo 12 ET.

La obligación de formalizar por escrito el contrato y expresar las horas contratadas, la de registrar diariamente la jornada y las presunciones legales vinculadas de contratación a tiempo completo –arts. 12.4.a) ET y 12.4.c).6º ET– intentan evitar que existan prolongaciones fraudulentas de la jornada del trabajador a tiempo parcial. Lo que pasa es que estas presunciones legales no pueden triunfar si el empresario acredita en juicio la realidad de una jornada a tiempo parcial, aunque exceda la jornada contratada⁹³. La presunción de contratación a tiempo completo tampoco se activa cuando el “*Pacto sobre horas complementarias*” no se formaliza por escrito –algo especialmente importante en los contratos temporales a tiempo parcial sin microjornada– cuando no expresa, como debe –art. 12.5.c) ET–, el número de horas complementarias contratadas –supuestos que probablemente conducen a la nulidad de estos pactos, por indetermi-

⁸⁹ STS 18/03/2013 (rec. núm. 253/2011): “*Si se ha pactado una jornada anual ordinaria, tendrá que planificar la utilización mensual de dichas horas, de manera que las horas de exceso mensual deberán reputarse complementarias (...) dado que una planificación razonable del trabajo de estos trabajadores, inexcusable convencionalmente, si se tiene presente que la utilización de las horas complementarias exige preaviso (...) permitirá prever razonablemente en plazos mensuales qué número de horas complementarias serán necesarias en cada mensualidad*”.

⁹⁰ STSJ Andalucía/Sevilla 14/04/2009 (rec. núm. 280/2008).

⁹¹ STS 11/06/2014 (rec. núm. 1039/2013): “*En definitiva, cuando un trabajador contratado a tiempo parcial realiza efectivamente una jornada superior a la pactada, y ese exceso no pueda ser calificado como tiempo u hora complementaria (...) todo lo que supere en esa materia el contenido del pacto, constituyen horas extraordinarias y como tal han de ser retribuidas, al margen o con independencia de la prohibición legal para efectuarlas*”.

⁹² Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “El trabajo a tiempo parcial: análisis a la luz de los principios constitucionales y propuestas de regulación”, Trabajo y Derecho, nº 15, 2016.

⁹³ STSJ Andalucía/Sevilla 17/05/2007 (rec. núm. 895/2006): “*... la no plasmación por escrito individualizado del pacto de prolongación de jornada de cada trabajador no pasa de ser un mero defecto formal que no afectaría a*

nación de su objeto⁹⁴—; de igual modo, la presunción tampoco se activa cuando el empresario exige la realización de horas complementarias incumpliendo los requisitos legal o convencionalmente dispuestos⁹⁵. En estos casos la ley simplemente reconoce al trabajador el derecho resistencia⁹⁶. Por el contrario, cuando las ampliaciones de jornada son frecuentes, o no ocasionales, y encubren razonablemente la existencia de una contratación a tiempo completo, en tal caso resulta de aplicación directa la norma antifraude del Derecho común —art. 6.4 Ccivil—, independientemente de si el empresario cumple o no con las obligaciones de formalizar el contrato por escrito y de registrar diariamente la jornada de sus trabajadores a tiempo parcial. La aplicación del artículo 6.4 Ccivil provoca la consecuencia de que el contrato a tiempo parcial se presume et de iure celebrado a tiempo completo, sin admitir prueba en contra⁹⁷, por ejemplo cuando se cotiza a tiempo parcial desde el primer momento pero percibiendo en mano el salario correspondiente al exceso de jornada que alcanza hasta la jornada a tiempo completo, sin dar relevancia a que se trate de una situación consentida en el tiempo por el trabajador, o cuando un contrato a tiempo parcial de veinticinco horas encubre jornadas reales de entre treinta y cinco y cuarenta y dos⁹⁸.

Las presunciones legales vistas de contratación a tiempo completo son poco eficaces tal y como están concebidas en el marco regulador del contrato a tiempo parcial porque son *iuris tantum* y porque para utilizar el contrato a tiempo parcial no es necesario que exista una causa que lo justifique. Si un contrato temporal no se formaliza por escrito se presume que es indefinido

la existencia y realidad del contrato a tiempo parcial verdaderamente existente por encima de los avatares de su jornada”; STSJ Andalucía/Sevilla 15/05/2007 (rec. núm. 935/2006): “... el precepto del que se invoca su infracción, tan solo establece una presunción de contrato pactado a jornada completa, art. 12.4.a), 2º ET, en el caso que no se formalice por escrito (...) presunción salvo prueba en contrario (...) y en el supuesto estudiado, se cumple el presupuesto formal, lo que hará que la presunción quede desvirtuada y además, se acredita el carácter parcial de los servicios, sobre la jornada del trabajador a tiempo completo de 1555 horas año, sin que aparezca el fenómeno descrito en el art. 6.4 Ccivil, ya que el contrato se concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal y en ningún momento se elude otra norma sobre preeminencia de contrato concertado a tiempo completo...”; STSJ Madrid 23/03/2012 (rec. núm. 6105/2011): “Invoca la recurrente el art. 12.4.a) ET, indicando que, al establecerse en ellas la presunción de contrato a jornada completa cuando no se cumplen todos los presupuestos establecidos para un contrato a tiempo parcial, tal previsión debe aplicarse en el caso presente, dado que el contrato de la Sra. Isidora solo indica que su duración sería de 8 horas, sin precisar su distribución. Sin duda alguna la infracción de referencia no existe (...) la magistrada de instancia señala con toda claridad que «La propia parte actora en prueba de interrogatorio manifiesta que fue contratada para prestar servicios los sábados y los domingos y festivos de apertura (...) también manifiesta la demandante que ninguna semana ha trabajado 40 horas, por tanto no puede sostenerse que la jornada de trabajo fuera a tiempo completo solo por el hecho de que el contrato no estableciese la distribución horaria”.

⁹⁴ Sirvent Hernández, N., “El régimen jurídico de la jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre”, Trabajo y Derecho, nº 15, 2016.

⁹⁵ SSTSJ Andalucía/Granada 7/11/2007, 12/003/2008 y 4/06/2008 (recs. núm. 1043/2007, 2571/2007 y 133/2008): “... en el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores se especifican los incumplimientos que hacen que el contrato a tpo se presuma celebrado a jornada completa, y entre ellos no se encuentra el del preaviso de la realización de horas complementarias...”.

⁹⁶ STSJ Cantabria 20/03/2014 (rec. núm. 94/2014): “... la realización de tales horas extra [71 entre junio y diciembre del mismo año] en un periodo muy concreto de tiempo (algo más de seis meses) y la concurrencia de una causa justificativa de su verificación (la baja médica de dos trabajadores que no fueron objeto de sustitución), no supone una irregularidad de tal calibre que produzca la novación extintiva de la contratación parcial preexistente y a su sustitución por una nueva modalidad contractual a tiempo completo. No olvidemos, además, que la trabajadora pudo negarse, sin responsabilidad alguna...”.

⁹⁷ STSJ País vasco 13/09/2011 (rec. núm. 1773/2011); STSJ Castilla-La Mancha 23/03/2015 (rec. núm. 135/2015).

⁹⁸ En cuyo caso “... se produce una novación de la contratación parcial, pues al no haber manifestado su conformidad por escrito a la realización de las horas complementarias, la realización de las mismas, determina el que deba de calificarse como jornada de trabajo a tiempo completo, al considerar que ha existido un fraude de ley de conformidad con el art. 6.4 Ccivil, en cuanto a la cláusula de parcialidad en el contrato”, STSJ Cataluña 22/06/2009 (rec. núm. 727/2009).

y la prueba en contra tiene que ver con la causa que justifica el contrato, que puede existir o no. Si en un contrato a tiempo parcial se incumple la forma escrita, o la obligación de registro diario, se presume que es a jornada completa. Pero como para acreditar la parcialidad no es necesario atender a causa alguna, basta que el empresario demuestre que la jornada real del trabajador, incluyendo la fraudulenta, es inferior a la jornada a tiempo completo. Si se quiere que estas presunciones sean útiles, en fin, deberían ser presunciones *et de iure*.

8. LA FLEXIBILIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL Y EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO

El régimen jurídico del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial se ha flexibilizado mucho en estos tiempos. La última reforma de estas características la efectuó el RD-Ley 16/2013. Además de suprimir rigideces burocráticas como el modelo oficial del contrato –viejo art. 12.4.a) ET– o del “*Pacto sobre horas complementarias*” –viejo art. 12.5.a) ET–, suprimir preferencias para el acceso desde el tiempo parcial al tiempo completo –viejo art. 12.4.e). 2º ET– o suprimir la llamada a la negociación colectiva para establecer requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial por razones familiares o formativas –viejo art. 12.4.g) ET–, esa reforma reposa particularmente en el convenio colectivo como vía para canalizar las aspiraciones empresariales de flexibilidad y también, al mismo tiempo, en la función de la propia norma legal de asegurar al empresario un núcleo duro de flexibilidad, indisponible incluso para el convenio colectivo. El artículo 12.4.a) ET contempla la posibilidad de fijar en el contrato el régimen de distribución de la jornada por remisión a lo que establezca el convenio colectivo. Antes de la reforma este régimen debía plasmarse directamente en el contrato, por lo que cabe afirmar que en este punto la ley se vuelca en la función del convenio colectivo como válvula para aligerar la rigidez horaria anterior, posibilitando una determinación contractual indirecta del régimen de distribución del tiempo de trabajo. Por otro lado, la función de la norma legal de asegurar al empresario un núcleo duro de flexibilidad se aprecia en aspectos como los siguientes: 1º) Supresión de la referencia a la negociación colectiva como marco regulador de las horas complementarias –viejo art. 12.5 *in fine* ET–; 2º) Duplicación del porcentaje de horas complementarias que respectivamente pueden pactar trabajador y empresario o establecer la negociación colectiva; 3º) Fijación de ‘topes bajos’ de horas complementarias para la negociación colectiva, impidiendo a los convenios colectivos pactar porcentajes inferiores; 4º) Supresión de la llamada a los convenios colectivos para diseñar el régimen de distribución de las horas complementarias –viejo art. 12.5.d) *ab initio* ET– y reducción del plazo de preaviso; y, 5º) La propia regulación de la figura de las horas complementarias de aceptación sobrevenida, que no precisan pacto escrito.

El contrato a tiempo parcial ha sido siempre una institución que ha funcionado mal. Y si las instituciones laborales no funcionan y no cumplen su función económico-social, entonces hay que reformarlas en el sentido que demandan los imperativos que las acucian. Nuestro legislador vela por el interés general, mientras que el interés de los interlocutores sociales es más limitado y se ciñe al ámbito profesional que representan. Por eso la protección del interés general puede significar en el ordenamiento laboral una reorientación del rumbo de la negociación colectiva respecto de la institución reformada. Al respecto, se ha explicado que el deseo de blindar las prerrogativas que la ley confiere a los empresarios conduce a un reforzamiento del carácter imperativo de la regulación del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial que acaba ocupando terrenos que podrían ser propios de la negociación colectiva⁹⁹. Yo entiendo que esta afirmación hay que matizarla porque nuestra Constitución no ha arbitrado un reparto de tareas, funciones o territorios normativos entre la ley y la negociación colectiva y por tanto entre nosotros no cabe hablar de espacios de regulación propios de la negociación colectiva. Acaso podría ha-

⁹⁹ Martínez Yáñez, N. M^a., “Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del trabajo a tiempo parcial”, *Temas Laborales*, n.º 126, 2014.

blarse de espacios naturales de la negociación colectiva, susceptibles de ser compartidos con los espacios que en cada momento pueda decidir el legislador, pero no espacios propios, en el sentido de exclusivos y excluyentes de la negociación colectiva.

Además de apoyarse en el convenio colectivo para canalizar las aspiraciones empresariales de flexibilidad y apoyarse en la norma legal para asegurar al empresario un núcleo duro de flexibilidad, la última reforma también ha incidido en clave descentralizadora en el régimen de la negociación colectiva del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial¹⁰⁰, facilitando la negociación de todos los aspectos en el ámbito de la empresa por ser donde más fácilmente pueden ajustarse las condiciones de ejecución del trabajo a los requerimientos de la demanda productiva. Antes de esta reforma el gobierno de la dinámica del contrato de trabajo a tiempo parcial correspondía primero a los convenios colectivos sectoriales y solo en su defecto a los de ámbito inferior –viejos arts. 12.4.b) ET, 12.4.e).2º ET, 12.4.e).3º ET, 12.4.g) ET, 12.5 *ab initio* ET y 12.5.c).2º ET–. De modo coherente con la potenciación de la negociación colectiva de ámbito empresarial que se llevó a cabo por medio de la reforma de 2012, la reforma de 2013 suprimió y eliminó todas estas preferencias de la negociación colectiva sectorial. Sin embargo, lo que no ha hecho ni la reforma de 2012 ni la de 2013 ha sido incluir las reglas del contrato de trabajo a tiempo parcial entre las susceptibles de ser preferentemente reguladas en los convenios colectivos de ámbito empresarial, en los términos del artículo 84.2 ET. Y precisamente porque el contrato a tiempo parcial es un contrato particular dotado de un régimen sobre tiempo de trabajo propio, específico y excluyente, no es correcto interpretar, como parece que hacen algunos autores¹⁰¹, que las reglas sobre tiempo de trabajo en este contrato, horas complementarias incluidas, quedan comprendidas en la alusión que hace el artículo 84.2.c) ET al horario y a la distribución del tiempo de trabajo. Esta alusión legal, efectivamente, solo rige respecto de los trabajadores a tiempo completo, no respecto de los trabajadores a tiempo parcial.

Uno de los propósitos declarados del Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial incorporado en la Directiva 97/81 reside en que se otorgue un papel especial a los interlocutores sociales en la regulación del contrato a tiempo parcial para encontrar soluciones que satisfagan a los empresarios y a los trabajadores. En este sentido, el aseguramiento legal de los núcleos duros de flexibilidad, el recurso al convenio colectivo como fórmula para canalizar las aspiraciones empresariales de flexibilidad o la supresión de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito sectorial en el tratamiento de los aspectos cruciales del tiempo de trabajo del trabajador a tiempo parcial, horas complementarias incluidas, son fórmulas lícitas, con la Constitución en la mano, articuladas por nuestro legislador que no limitan en absoluto el papel de la negociación colectiva como instrumento de defensa de los intereses de la parte laboral¹⁰².

¹⁰⁰ Rodríguez Piñero, M., Valdés Dal Ré, F., y Casas Baamonde, M^a. E., “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2014.

¹⁰¹ Lousada Arochena, J. F., “El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162, 2014, afirmando que la supresión de las preferencias atribuidas a la negociación colectiva sectorial determinan la aplicación de las reglas comunes sobre concurrencia y, por tanto, la preferencia aplicativa del convenio de empresa en todas las cuestiones relativas al horario y a la distribución del tiempo de trabajo. Así parece entenderlo también Miñarro Yanini, M., “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”, *Relaciones Laborales* nº 3, 2014, cuando explica que el RD-Ley 16/2013 eliminó toda alusión al ámbito de los convenios colectivos encargados de perfilar el régimen de las horas complementarias, priorizando con ello el tratamiento de estos asuntos al nivel de empresa.

¹⁰² Rodríguez Piñero, M., Valdés Dal Ré, F., y Casas Baamonde, M^a. E., “Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2014 critican que esta reforma limite el papel de la autonomía colectiva frente al propósito declarado del Acuerdo marco europeo de que esta fuente sea el instrumento para encontrar soluciones que se ajusten a las necesidades de los empresarios y los trabajadores.

Más bien entiendo que sucede todo lo contrario porque como es bien sabido, la negociación colectiva no necesita habilitación legal para regular en clave tuitiva cualquier aspecto de la relación laboral que no esté a su vez regulado a través de la técnica del derecho estatal absolutamente imperativo. Sin necesidad, por tanto, de que intervenga el legislador la negociación colectiva podría ocuparse de aspectos absolutamente centrales para el trabajador a tiempo parcial, como por ejemplo los siguientes: 1º) Mínimos y máximos de horas susceptibles de ser contratadas a tiempo parcial; 2º) Preferencias, requisitos y especialidades para la conversión contractual desde el tiempo completo al tiempo parcial, o viceversa; 3º) Ampliación del plazo de preaviso para realizar horas complementarias; 4º) Ampliación de las causas justificativas de la renuncia al “*Pacto sobre horas complementarias*”; 5º) Adecuación del mínimo de un año de vigencia del “*Pacto sobre horas complementarias*” en los contratos temporales de duración inferior; o, 6º) Régimen de consolidación de las horas complementarias.