

Algunas reflexiones sobre el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial (1)

Olga Fotinopoulou Basurko

Profesora Titular de Derecho del Trabajo

Universidad del País Vasco

Trabajo y Derecho, Nº 13, Sección Estudios, , Wolters Kluwer

LA LEY 6366/2021

Title

Some reflections on working time in part-time contracts

Resumen

El trabajo tiene por objeto reflexionar sobre algunas cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial a la luz del eventual impacto que sobre dicha regulación pueda ocasionar la Directiva 2019/1152, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles de la Unión Europea. En particular, se analiza con carácter específico el denominado «ius resistendae» de los trabajadores tanto por lo que respecta a la negativa a la realización de horas complementarias como por lo que atiene al rechazo a la transformación o conversión del contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa.

Palabras clave

Trabajo a tiempo parcial. Tiempo de trabajo. Ius resistendae.

Abstract

In this work, we reflect about the impact of the Directive 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union on some issues related to working time of the part time workers. Particularly, we focus our interest on the «resistentiae» right of the worker when refuses making additional hours and when confronted to the transformation/conversion of part time into full-time working hours employment contracts and vice versa.

Keywords

Part time work. Working time. Ius resistendae.

I. Introducción

La Organización Internacional del Trabajo acuñó en el año 2007 la noción de «Tiempo de trabajo decente» que constituye uno de los aspectos esenciales de la consecución del denominado «trabajo decente (2) » que desde años atrás ha venido constituyendo el leitmotiv de las normas laborales efectuadas por esta organización internacional con la finalidad de lograr la consecución de unas condiciones de trabajo dignas. De hecho, para mejorar éstas y aumentar la competitividad de las empresas se señala que uno de los aspectos que se deben abordar es el del tiempo de trabajo en diversos niveles y en particular, en relación con la necesidad de desarrollar una ordenación equilibrada del trabajo a tiempo parcial como se aprecia en el documento de trabajo «*In search of good quality part-time employment*» que presenta las cuatro recomendaciones clave para promover dicho objetivo (3) . Esta preocupación es lógica si tomamos en consideración que el trabajo parcial es una de las manifestaciones a través de la cual se ha expandido el modelo del trabajo flexible en las empresas y que, si bien éste puede ser positivo para empresas y trabajadores (en tanto vía favorable para compatibilizar la vida profesional con la familiar o favorecer el reparto del empleo y la inserción en el mercado laboral de los jóvenes y/o de las mujeres) no podemos olvidar que al mismo tiempo puede generar ciertas dificultades o para ser más exactos, incertidumbre y precariedad. Baste a estos efectos simplemente anotar la existencia de ciertas manifestaciones de dicha modalidad contractual que se han venido en denominar como «trabajo a tiempo parcial marginal (4) » como es el caso de los *Zero hours contracts* (ZHC (5)) o los denominados como mini-jobs (6) presentes en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Estas manifestaciones no son sino expresiones del difícil equilibrio entre el interés de la empresa por flexibilizar los recursos humanos, esto es, por realizar una gestión de las horas trabajadas y de su distribución en función de sus necesidades y/o reducir costes laborales, propósito que entra en contraste con el interés o intereses de los trabajadores ya no sólo en acceder y/o mantener un empleo por exiguo o precario que éste sea como paso intermedio (quizá) para aspirar a un contrato a tiempo completo (7) , sino con alcanzar una cierta seguridad a la hora de conocer cuáles vayan a ser sus tiempos de trabajo (8) .

El hecho de que el propio contrato de trabajo a tiempo parcial se defina en función de la jornada que realiza el trabajador o trabajadora en este contexto, invita a realizar una serie de reflexiones sobre el impacto que las continuas modificaciones operadas sobre aquél originan sobre la supra mencionada «armonización» de las querencias contrapuestas de los protagonistas de la relación laboral antes mencionados (9) , máxime si tomamos en consideración que dicha evolución normativa, como mínimo, permite afirmar que los principios generales que presiden —al menos teóricamente— estos contratos —ya sea el principio de voluntariedad, igualdad o el de proporcionalidad— se han visto, cuanto mínimo, algo relativizados. Así, y respondiendo o tratando de responder al generoso requerimiento que la Dra. Cairós Barreto —coordinadora de este número monográfico— me trasladó en su momento, mi opción aquí va a ser la de abordar algunas de las cuestiones que se han considerado más problemáticas y ligadas precisamente a la enorme flexibilidad que asiste al empresario en la gestión del tiempo de trabajo de quienes prestan servicios con una jornada inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable, ya sea en relación con la jornada ordinaria de los trabajadores a tiempo parcial y a su distribución irregular y flexible exart. 34.2 ET o también, lógicamente por lo que respecta a las posibilidades que ofrece la normativa actualmente vigente en relación con la adaptación del volumen del tiempo de trabajo a la luz del régimen aplicable a las horas complementarias pactadas y/o voluntarias según la reforma operada sobre el art. 12 ET ex RD-ley 16/2013, de 20 de diciembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (10) . Por su parte, y al hilo de estas consideraciones, se analizarán también las facultades que asisten a estos trabajadores para ejercer el «*ius resistendae*», ya sea en relación con la negativa a la realización de horas complementarias como por lo que respecta a la conversión o el tránsito de un contrato a tiempo parcial a jornada completa y viceversa vía art. 41 ET o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

La elección por reflexionar acerca de estas cuestiones y no sobre otras de igual relevancia (11) viene determinada no sólo por cuestiones de espacio y de acomodación a un monográfico sobre el tiempo de trabajo, sino también porque honestamente he de decir que es difícil no reiterar

argumentos ya expuestos por numerosos autores y autoras a la luz de los innumerables trabajos —y de gran calidad— que han abordado el contrato a tiempo parcial desde diversas perspectivas. Por esta última razón principalmente, voy a optar por analizar las cuestiones supra referenciadas a la luz de un factor que eventualmente me puede permitir abordar las cuestiones mencionadas desde una visión algo más novedosa y que tiene que ver con el posible impacto que puede tener la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea sobre los arts. 34 y 12 del ET por lo que respecta a las materias anotadas (12) .

II. La presunta inseguridad del legislador a la hora de regular el contrato a tiempo parcial: la clara tendencia hacia la flexibilidad y la precariedad de los trabajadores a tiempo parcial a la luz (breve) de las sucesivas reformas estatutarias

Con anterioridad a abordar las cuestiones supra mencionadas, parece cuanto menos obvio, referirse —siquiera brevemente— al *iter* normativo seguido en nuestro Derecho interno con respecto al contrato de trabajo a tiempo parcial, regulación ésta que —como se sabe— ha venido sufriendo numerosas alteraciones a lo largo de los años y que cabe caracterizar por una clara orientación hacia la flexibilización progresiva de su régimen jurídico, lo que de manera correlativa origina inseguridad y precariedad para quienes son acreedores de esta tipología de contratos, fundamentalmente mujeres y jóvenes (13) . Y, como ya se ha avanzado en muchas ocasiones, esa flexibilización en la letra del precepto se ha producido a un ritmo «curiosamente» dependiente de las necesidades del mercado de trabajo y de la economía en general, esto es, ante las altas tasas de desempleo existentes en nuestro país, cuya cota máxima fue alcanzada durante la crisis económica del año 2008 (14) y que corre el riesgo de superarse a propósito de la nueva crisis-pandémica en la que estamos inmersos (15) , sin que sepamos (o sepa) en estos momentos si la (en ciernes) reforma del Estatuto de los trabajadores va a traer bajo el brazo una nueva reformulación del contrato a tiempo parcial más allá del previsible y necesario acomodo a la Directiva (UE) 2019/1152; transposición ésta prevista a más tardar para el 1 de agosto de 2022 (16) .

En este sentido, la primera consideración que podemos extraer de las múltiples reformas operadas sobre el art. 12 ET desde 1980 (17) es que el legislador nacional se ha mostrado algo inseguro a la hora de normar sobre el contrato de trabajo a tiempo parcial, al no haber conseguido asentar una regulación duradera capaz de equilibrar los derechos y las querencias de los protagonistas de esta relación laboral. Si bien ello es así —y sin perjuicio de la dificultad que se predica (y que comparto (18)) con respecto a la consecución de dicho objetivo— tras un examen general de las reformas efectuadas, podemos afirmar que la inseguridad mostrada quizá no sea tal, sino que más bien esos vaivenes normativos muestren una seguridad dirigida a generar una clara flexibilización de este contrato y a profundizar en la precarización de un cada vez más alto segmento de la población que, por circunstancias diversas, no puede acceder a un contrato de trabajo a tiempo completo, poniéndose en duda o haciendo decaer la «presunta voluntariedad» que se predica de esta tipología de contratos.

Baste a estos efectos hacer una breve referencia a las modificaciones normativas operadas con respecto a la configuración general del contrato y más específicamente con respecto a las cuestiones a las que supra nos hemos referido. En efecto, si se parte de la propia definición de qué sea un contrato a tiempo parcial, es sabido que en la redacción original estatutaria, se entendía contratado a tiempo parcial a quien prestara servicios durante un número de horas al día o a la semana, o de días a la semana o al mes, en un porcentaje inferior a los dos tercios de la jornada habitual en la actividad, de modo y manera que inicialmente se establecía un límite a la jornada de aquéllas personas que por aquél entonces podían ser acreedoras de estos contratos (19) ; límite subjetivo éste que —por su parte— desaparece totalmente en la reforma operada sobre el art. 12 ET en el año 1984, junto con la eliminación del año como módulo de cálculo de los contratos a tiempo parcial.

Esa conceptualización inicial del contrato fue modificada con cierta rapidez, por cuanto que las reformas de los años 1993-1994 provocaron la desaparición del límite legal supra referido y la restitución del módulo anual (20) , sin perjuicio de que, como ha ocurrido también para otros aspectos (la realización de horas extraordinarias), reapareciera el límite convencional o legal en el año 1998 (21) y volviera a desaparecer en el año 2001 (22) .

Dicho de otra manera, los topes o la fijación de límites para conceptualizar este contrato o incluso la breve eliminación del módulo anual de cálculo destinados a evitar los usos más perversos (o flexibles) de este contrato desaparecen definitivamente en el año 2001, pasando a definirse el contrato a tiempo parcial como el acordado durante un número de horas, al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Precisamente, y sin perjuicio de que dichos límites puedan introducirse por vía convencional, es cierto que sobre este particular se han vertido algunas críticas en relación con la adecuación de la normativa española al Derecho de la UE y, en concreto, por las diferencias que exhibe nuestra normativa interna con respecto a lo dispuesto en la cláusula 3^o, apartado 1^o de la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES que, como se sabe, define quién sea trabajador a tiempo parcial. De acuerdo con esta disposición y a los efectos del Acuerdo marco, *«se entenderá por "trabajador a tiempo parcial" a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable»*.

Para diferenciar a un trabajador a tiempo completo y otro a tiempo parcial, la referencia preferida debería ser la semanal y no de otros períodos, sobre todo de aquellos más amplios por cuanto que lógicamente permiten una mayor flexibilidad empresarial

Pues bien, a estos efectos, la disposición comunitaria aun cuando no descarta la anualidad como período de referencia a los efectos del cómputo, opta claramente por un período de referencia semanal, lo que permite deducir que la querencia del legislador europeo en consonancia con la fuente internacional de la que trae causa, aunque España no la haya ratificado (23) es la de entender que para diferenciar a un trabajador a tiempo completo y otro a tiempo parcial, la referencia preferida debería ser la semanal y no de otros períodos, sobre todo de aquellos más amplios por cuanto que lógicamente permiten una mayor flexibilidad empresarial. Además de lo anterior, se ha anotado también que la normativa española, con contornos «más difuminados (24) » que los expresados por la Directiva, prefiere la hora como unidad de cómputo mientras que esta última alude a la «jornada normal de trabajo» y al cálculo «como media de un período de empleo». La disparidad genera dificultades conceptuales no sólo cuando la diferencia entre la jornada de un trabajador a tiempo completo y la de un trabajador a tiempo parcial sea inferior a la hora (incluso en cómputo anual), sino también por lo que respecta a la introducción de jornadas irregulares y flexibles para los trabajadores a tiempo parcial (25) , máxime cuando las reformas operadas sobre el ET en esta materia han venido otorgando, a su vez, mayores márgenes de flexibilidad al empresario a partir de la reforma del 2012. Ahora bien, quizá donde mayores críticas se han vertido hasta la fecha en relación con esta cuestión sea la manera de identificar la existencia de un trabajador a tiempo parcial de acuerdo con la norma europea en contraste con nuestra regulación interna, ya que aquélla parte de una noción subjetiva no anudada, como ocurre en nuestro derecho, a la existencia de un acuerdo entre empresario y trabajador para determinar que nos encontramos ante un contrato a tiempo parcial, lo que es interesante a los efectos, entre otros, de la posibilidad de reducir jornadas al amparo del art. 12 del ET (26) .

Junto con los vaivenes de delimitación conceptual del contrato a tiempo parcial, otro de los aspectos que ha venido sufriendo alteraciones a lo largo del tiempo ha sido la de la posibilidad de realizar horas sobre la jornada ordinaria del trabajador a tiempo parcial y entre ellas, aquí me voy

a referir breve y fundamentalmente a la evolución normativa operada sobre las horas complementarias a la jornada habitual en el contrato indefinido, por cuanto que es sabido que las horas extraordinarias comunes, aun habiéndose admitido en otros momentos históricos (27) , desaparecieron con carácter prácticamente definitivo en el año 1998 (a excepción hecha del breve lapso entre las reformas de los años 2012 y 2013); eliminación o prohibición ésta que trajo consigo la posibilidad de pactar una bolsa de horas complementarias a la jornada habitual en el contrato indefinido. Ahora bien, el régimen jurídico de las horas complementarias también ha venido sufriendo diversas modificaciones, cuya progresiva flexibilización adquiere su máxima expresión a partir de la modificación del art. 12 ET ex RD-ley 16/2013, cuando se da carta de naturaleza a la posibilidad de acordar un pacto de horas por encima de la jornada ordinaria en los contratos temporales a tiempo parcial con una jornada no inferior a 10 horas semanales en cómputo anual; se permite ofertar un segundo pacto de horas complementarias «voluntarias» a los indefinidos entre un 15% y un máximo del 30% ex CC de las horas ordinarias pactadas, cuyo cómputo además no afecta a los porcentajes de horas complementarias pactadas; se flexibiliza la horquilla de horas complementarias por convenio colectivo que se puedan realizar, pudiéndose elevar el tope legal del 30% (28) (que ahora sería un tope mínimo) a un máximo superior de hasta el 60% y se flexibiliza el preaviso de las horas complementarias pactadas a tres días de duración (cuando con anterioridad era de siete días), con el agravante de que el convenio colectivo puede establecer un preaviso inferior (art. 12.5.d) ET) (29) .

En otras palabras, retrocede aún más la norma heterónoma para dar paso y más espacio a la norma autónoma a la hora de regular el régimen de las horas complementarias pactadas (30) ; proceso éste que, aunque ya se hubiera iniciado en el año 2001, adquiere una nueva dimensión a partir el año 2013, dado que esta última modificación vino precedida de otras alteraciones en previsiones generales ex RD-ley 3/2012 y de la Ley 3/2012, lo que, sumado al hecho de que la norma ya no haga mención a los convenios sectoriales como fuente autónoma de regulación de las horas complementarias, trajo consigo una mayor flexibilización en la adaptación del volumen y distribución del tiempo de trabajo en las empresas, sin que al mismo tiempo se hayan introducido contrapesos suficientes para garantizar, en lo que a nosotros interesa, que los trabajadores a tiempo parcial presten servicios o desarrollen su actividad ordinaria con una cierta seguridad desde el punto de vista de los tiempos de trabajo (sin perjuicio del registro y control de jornada al que ya se encontraban sometidos estos trabajadores con anterioridad a la reforma operada sobre el art. 34 ET en el año 2019 de acuerdo a la exigencia contenida en el art. 12.4.c) ET (31)). Todo ello no ha hecho sino redundar, como se ha dicho en muchas ocasiones, en una enorme laxitud reguladora de esta tipología de contratos próximos en ocasiones a los contratos *a llamada* (32) que, por otra parte, ha sido fuertemente contestada por la doctrina laboralista española en numerosas ocasiones.

III. La jornada ordinaria del trabajo a tiempo parcial: su distribución irregular y flexible a la luz de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea

Es evidente, a la luz de lo apenas expuesto, que las sucesivas reformas operadas a partir del año 2012 sobre el contrato a tiempo parcial o en general sobre el ET han otorgado una enorme flexibilidad al empresario para gestionar el tiempo de trabajo; algo que se hace no sólo evidente por la definición del contrato a tiempo parcial que se maneja en nuestro derecho o a propósito de la regulación de las horas complementarias, sino también por lo que respecta a la posibilidad empresarial de redefinir la carga de trabajo en función de sus necesidades, invocando las normas generales de distribución de la jornada contenidas en el art. 34 ET. Por lo que respecta a esta cuestión, y en concreto la de la posibilidad de introducir una distribución de la jornada irregular ex art. 34.2 ET en el marco de los contratos a tiempo parcial —a pesar de un cierto debate sobre su admisibilidad—, parece difícil sostener su inaplicación a la luz de lo dispuesto en los artículos 34.1 y 34.2 ET, llamados a actuar como pórtico para la regulación de la jornada y que no han

establecido reserva alguna al particular, como tampoco lo ha hecho el art. 12 del ET (33) . En este sentido, y aunque ciertamente las horas complementarias por sí mismas ya ofrecen flexibilidad suficiente a la empresa para la gestión del tiempo de trabajo, lo que avalaría a los argumentos destinados a aislarlas de aquella regulación genérica, la ley nada dice al respecto, por lo que esas normas sobre distribución de la jornada irregular también les serían de aplicación, siempre que se respeten los periodos mínimos legales de descanso diario y semanal, así como un preaviso mínimo de cinco días que constituye una norma imperativa solo susceptible de mejora por la negociación colectiva.

Partiendo, por tanto, de que la regulación sobre el contrato a tiempo parcial otorga un amplio margen de maniobra a la empresa y que estos contratos no quedan excluidos de la aplicación del art. 34.2 ET, parece oportuno interrogarse sobre el impacto que eventualmente pudiera tener la Directiva 2019/1152 sobre los mecanismos de gestión flexible del tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial, tanto por lo que respecta a la distribución irregular y flexible de la jornada ordinaria de trabajo como por lo que atiene al régimen de horas complementarias, máxime cuando la norma comunitaria, todavía pendiente de transposición, introduce algunas nociones que consideramos pueden tener un cierto impacto sobre los arts. 34 y 12 del ET (34) . En este sentido, es sabido que esta Directiva introduce una serie de obligaciones a los empresarios para mejorar las condiciones de trabajo y para dotarlas de una mayor previsibilidad, seguridad y transparencia, fundamentalmente en aras a disminuir los abusos que se puedan cometerse en los denominados como contratos atípicos y, sobre todo y fundamentalmente, para tratar de contener la excesiva flexibilización del tiempo de trabajo en el contexto de las nuevas formas de prestar servicios en la economía digital o para quienes ostentan, como ocurre en algunos derechos, contratos parciales marginales.

A estos efectos, la Directiva introduce en su articulado tres definiciones, de las cuales aquí nos interesa subrayar dos, dado que la referencia que realiza al calendario de trabajo como instrumento que determina las horas y los días en los que empieza y termina la realización del trabajo no parece que vaya a tener un impacto apreciable en lo que a nosotros aquí y ahora nos interesa. Así, parece más relevante hacer mención de las nociones de «horas y días de referencia» y a la noción de «patrón de trabajo», ambas contenidas en los arts. 2.b) y 2.c) de la Directiva de 2019 respectivamente. Por lo que se refiere al primer concepto, esto es, «horas y días de referencia» [(art. 2.b)], éstas se definen como «*los tramos horarios específicos durante los cuales pueda tener lugar el trabajo previa solicitud del empresario*» mientras que el concepto de «patrón de trabajo» queda definido como «*la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador* (35) » que, como es bastante evidente, deviene en una noción de difícil aprehensión, dado que no contamos con referencias equivalentes (siquiera lejanamente) ni a nivel europeo, ni tampoco a nivel nacional, lo que genera dudas más que razonables sobre su verdadero alcance (36) .

Esta Directiva introduce una serie de obligaciones de información a los empresarios ex art. 4.2 que son distintas en función de si el patrón de trabajo es «total o mayoritariamente previsible» o cuando, por el contrario, se muestra «total o mayoritariamente imprevisible»

Pues bien, esta cuestión puede ser relevante porque, como se sabe, esta Directiva introduce una serie de obligaciones de información a los empresarios ex art. 4.2 que son distintas en función de si el patrón de trabajo es «total o mayoritariamente previsible» o cuando, por el contrario, se muestra «total o mayoritariamente imprevisible» o lo que es lo mismo, y de acuerdo con la Dra. Martínez Yañez (37) , cuando se conozca o no con antelación el modelo de organización y distribución del tiempo de trabajo. En este sentido, el art. 4.2 de la Directiva señala en materia de obligación de información en sus aspectos esenciales que «*l) si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible, la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal del*

trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y a su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno; y m) si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre: i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje y iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3», sin olvidar que el art. 4.3 de la norma comunitaria, prevé que la información supra mencionada pueda ofrecerse en los supuestos de patrones de trabajo previsibles —y guardando silencio en el caso de patrón de trabajo imprevisible (38) — recurriendo a referencias incorporadas en disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen dichas materias.

Como es visible, y en atención a la finalidad que persigue la Directiva, se establece un mayor contenido informativo por lo que atiene al patrón de trabajo imprevisible; refuerzo éste que se vuelve a plantear en el art. 10 de la Directiva 2019 al que se remite el art. 4.2 relativo a la «previsibilidad mínima del trabajo», donde se establece la posibilidad de que los Estados miembros garanticen que el empleador no obligue a trabajar al trabajador salvo que se cumplan los condicionantes contenidos en el art. 10.1.a) y 10.1.b) Directiva 2019, esto es, que a) *el trabajo tiene lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el art. 4, apartado 2, letra m), inciso ii) y b) el empleador informa al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii).* Como fácilmente puede deducirse, la Directiva incorpora una salvaguardia para que los trabajadores en el caso de que se incumpla alguno de los dos requisitos puedan ejercer un derecho de resistencia a la realización de una determinada tarea impuesta por el empresario «*sin que ello tenga consecuencias desfavorables*» (art. 10.2 Directiva 2019); cuestión ésta sobre la que volveremos después, o que tengan derecho a percibir una indemnización en el caso de que las legislaciones nacionales permitan que el empleador cancele la tarea asignada sin respetar un plazo de preaviso razonable determinado (art. 10.3 Directiva 2019 (39)); cuestiones todas ellas que de acuerdo con el último apartado, esto es, el cuarto del art. 10 de la Directiva podrán articularse de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales.

Así, como es visible, y por lo que atiene a las obligaciones del empresario en función de la previsibilidad o imprevisibilidad anotadas, tal y como se encuentran definidas en la Directiva, lo primero que debemos señalar es que ambas referencias no son o no tienen por qué ser sinónimos de regularidad o irregularidad de la jornada respectivamente, de ahí que sea posible encontrarse con jornadas regulares de trabajo imprevisibles en el sentido de la Directiva y también jornadas irregulares previsibles en cuanto que acotadas previamente, a lo que se suma que la Directiva recurre al vocablo mayoritario en términos disyuntivos con respecto a la totalidad previsibilidad o imprevisibilidad en ambos casos, con lo que no queda clarificado (y que corresponderá delimitar a la legislación nacional directamente o por remisión al convenio de aplicación) cuál deba ser el porcentaje de previsibilidad o imprevisibilidad a partir del cual las obligaciones al empresario en uno o en otro caso deban imponerse (40) .

Las previsiones de la Directiva debieran impactar sobre el art. 34 del ET, fundamentalmente por lo que se atiene a la necesidad de introducir la referencia a las horas y días de referencia que delimiten el marco temporal en el que podrá exigirse la realización del trabajo flexible en el contexto de la distribución irregular de la jornada

Ahora bien, sin perjuicio de esta distinción que deberá concretarse por los cauces normativos previstos, lo que sí parece cierto es que las previsiones de la Directiva debieran impactar sobre el art. 34 del ET, fundamentalmente por lo que se atiene a la necesidad de introducir la referencia a las horas y días de referencia que delimiten el marco temporal en el que podrá exigirse la realización del trabajo flexible en el contexto de la distribución irregular de la jornada, ya sea incorporando un horario rígido de antemano u otro más flexible (41), dado que el preaviso mínimo de 5 días contenido en el art. 34.2 ET es más favorable que el expuesto en la propia Directiva por cuanto que se extiende a todo tipo de distribución irregular (convencional/pactada o no) y no sólo para los supuestos de imprevisibilidad como acaece en la Directiva. Asimismo, y en este mismo orden de consideraciones, parece necesario incorporar en nuestro Derecho interno —tal y como se ha señalado— alguna obligación de preaviso para las distribuciones regulares de la jornada con patrones imprevisibles, dada su inexistencia en la actualidad (42).

Obviamente, y por lo que atiene al recurso de la gestión de tiempo de trabajo flexible a través del recurso a las horas complementarias, parece obvio que la referencia al preaviso razonable puede tener un cierto impacto en dicho régimen (43), dado que el preaviso exart. 12.5.d) ET es menor que para la distribución irregular de la jornada (¿es, por tanto, razonable?), siendo —como se sabe— de 3 días (y de factible empeoramiento por convenio colectivo), pero además ausente por lo que se refiere a la realización de las horas complementarias voluntarias que se pueden realizar en el marco de los contratos a tiempo parcial indefinidos. Lo anterior debería conducir a la modificación del art. 12 ET puesto que la regulación que de las horas complementarias ésta contiene se aparta de las medidas exigidas por la propia Directiva (44), máxime por cuanto que, en nuestro derecho interno, el convenio colectivo puede modificar *in peius* el régimen del preaviso legalmente establecido para las horas complementarias pactadas, lo que contrasta con lo dispuesto en el artículo 14 de la Directiva de 2019 (45).

IV. El «ius resistentiae» de los trabajadores en el marco de los contratos de trabajo a tiempo parcial

La flexibilidad que exhibe la regulación del contrato a tiempo parcial por lo que respecta a la gestión del tiempo de trabajo se ve, en cierto modo, limitada por las posibilidades que ofrece la normativa vigente al trabajador para ejercer el *ius resistentiae*, ya sea con respecto a la negativa a la realización de horas complementarias de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 12.5.e) ET y/o 12.5.f) ET para las pactadas y 12.5.g) ET para las de carácter voluntario, o ya sea por lo que atiene a la negativa del trabajador/a a la conversión de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa, lo que nos lleva a analizar la debatida salvaguardia contenida en el art. 12.4.e) ET que, como es bien sabido dispone que «*La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.1 a). El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 51 y 52 c) ET puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*».

1. La negativa a la realización de horas complementarias

Por lo que respecta a la negativa a la realización de horas complementarias, debemos partir de la distinción entre las posibilidades que oferta la normativa interna para dejar sin efecto el pacto de horas complementarias que previamente se hubiera suscrito —regulados en los artículos 12.5.e) ET y art. 12.5.f) ET—, frente a lo dispuesto en el apartado g) de la misma disposición que sólo opera con respecto a las horas complementarias voluntarias en los contratos indefinidos. Así, nuestro derecho interno ofrece, al menos en la letra del precepto, la posibilidad de que los trabajadores con un contrato a tiempo parcial temporal o indefinido con una jornada no inferior a 10 horas semanales puedan dejar sin efecto el pacto de horas complementarias previamente suscrito. Dentro del conjunto general se incluyen los escenarios patológicos (superación de los porcentajes pactados, incumplimiento del preaviso, o cuando el pacto no ha sido plasmado por

escrito o no establece el número de horas de ejecución), a los que se añade el derecho reconocido a quien padece un contrato de trabajo a tiempo parcial de jornada inferior a 10h/semanales en cómputo anual. Junto con los anteriores supuestos existen otros, destinados a compatibilizar la actividad con otros menesteres ex art. 12.5.e) ET, como lo serían 1º) La atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el art. 37.6 ET; 2º) Necesidades formativas, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria y 3º) la incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial. Además, y como es sabido, en todos esos casos, la renuncia a la realización de estas horas complementarias pactadas únicamente se podrá ejercer una vez transcurrido un año desde su celebración.

La laxitud en la que se mueve la Directiva no parece que vaya a originar ningún tipo de alteración en nuestro ordenamiento interno, ya que tanto la negativa a la realización de las horas complementarias pactadas o voluntarias, así como la imposibilidad de sancionar después por tal motivo se encuentran reguladas en los artículos 12.5.f) o el 12.5.g) ET respectivamente

En este contexto, y siguiendo con el «argumentario» relativo al posible impacto que la Directiva del año 2019 pueda tener sobre el régimen jurídico de las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial, no parece que ésta vaya a originar enormes cambios en nuestro Derecho interno, más allá de lo que ya se ha supra anotado. Y ello así, porque las facultades de resistencia que ofrece la Directiva en supuestos patológicos (art. 10.2 Directiva) no van más allá de las previsiones que ya se contienen en nuestro Derecho. En efecto, la laxitud en la que se mueve la Directiva (46) no parece que vaya a originar ningún tipo de alteración en nuestro ordenamiento interno, ya que tanto la negativa a la realización de las horas complementarias pactadas o voluntarias, así como la imposibilidad de sancionar después («no constituye conducta laboral sancionable») por tal motivo se encuentran reguladas en los artículos 12.5.f) o el 12.5.g) ET respectivamente.

De este modo, el debate surgido a propósito de cómo se ha de calificar o reputar el incumplimiento de las previsiones legales que contempla el art. 12.5.f) ET va a seguir estando presente. En este sentido, las opiniones doctrinales y jurisprudenciales han sido variadas y van desde aquellos que consideran que la ausencia del cumplimiento de los requisitos mínimos lleva aparejado la nulidad del pacto ex art. 1124 CC (47) frente a otros que realizan distinciones entre los déficits que pudieran darse, esto es, distinguiendo entre requisitos constitutivos y aplicativos (48) . De este modo, por ejemplo, se ha considerado el pacto nulo por ausencia de forma escrita o por su celebración con trabajadores con contrato inferior a 10 horas semanales en cómputo anual (49) , así como por la ausencia de la concreción de las horas (y días) para su realización exigidas por la normativa (50) . En mi opinión, parece más razonable sostener que es necesario distinguir entre los distintos supuestos que pueden darse, dado que no es lo mismo la ausencia de formalización escrita —lo que en puridad lleva a la mera presunción *iuris tantum* de que dicho contrato/pacto se ha celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa o la falta de preaviso (indemnización)— que el hecho de que se formalice un pacto de horas complementarias con trabajadores a los que la normativa veta su realización en todo caso o que se trabaje por encima de la jornada máxima permitida para estos contratos, en cuyo caso parece razonable sostener la ineficacia del pacto y que el trabajador sea indemnizado por ello o que el contrato devenga indefinido y celebrado a tiempo completo por fraude de Ley respectivamente.

En otras palabras, la abstracta y genérica previsión contenida en el art. 12.5.f) ET, que determina que el trabajador puede negarse a la realización de horas complementarias pactadas cuando se den los incumplimientos tasados en nuestra legislación, es *per se* aplicable a todos los supuestos que pueden darse, si bien deberán producirse consecuencias añadidas en función del tipo de incumplimiento, por analogía con el resto de las previsiones estatutarias. Ahora bien, existen

omisiones que generan dudas interpretativas de mayor entidad, tales como la realización de horas complementarias por encima de las pactadas sin llegar al límite legal máximo para estos contratos o la ausencia de previsión de horas y días para su realización. En el primero de los casos, se ha considerado que es posible interpretar que dichas horas se deban reputar como horas complementarias voluntarias cuando se trate de un contrato indefinido con una duración superior a 10h/semanales en cómputo anual, resultado éste que en principio sería acorde con la previsión contenida en el art. 12.5.g), *in fine* ET que, como se sabe, permite su acumulación (51) . Si bien ello es así, mayores dificultades interpretativas se observan a la hora de entender, tal y como defendió el TS en sentencia de 1 de junio de 2014 (Rec. 1039/2013) que esas horas se consideren como horas extraordinarias ilegales en los contratos a tiempo parcial, para los cuales la realización de horas voluntarias está vetada, siempre que su realización sea coyuntural (52) , dado que la realización de horas extraordinarias está prohibida para los contratos a tiempo parcial. Desde esta perspectiva, tal y como he anotado supra, parece más consistente sostener que el pacto debería considerarse nulo por contravención de la imperatividad de la norma, con las consecuencias aparejadas a dicha calificación ex art. 9.1 ET. Asimismo, y por lo que se refiere a la ausencia de la determinación de horas y días en la realización de horas complementarias, se ha señalado que el pacto también debería ser nulo por contravención a lo dispuesto en el art. 1273 CC (53) . Si bien ello es así, desde aquí se considera que la ausencia de determinación de las horas y días de realización de las horas complementarias no tiene por qué llevar a la nulidad del pacto ex art. 1273 CC, por cuanto que esa norma referida a la determinación del objeto del contrato en concordancia con la exigencia contenida en el art. 1261 CC —objeto cierto— permite la existencia de cierta indefinición del objeto cuando las partes en el contrato hayan convenido las bases o criterios sobre los que se realizará la ulterior determinación, de ahí que aunque la identificación del objeto forme parte de la esencia del contrato, si aquel puede concretarse en el instante del cumplimiento de la prestación no cabría una declaración de nulidad. Una idea que la norma subraya —en relación con el *quantum*— cuando señala que la «*indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes*» (art. 1273, párrafo 2º CC (54)). En consecuencia, sólo en aquellos supuestos —bastante remotos— en los que se haya de convenir un nuevo pacto de horas complementarias ante la imposibilidad de su concreción post perfeccionamiento podría admitirse dicha consecuencia. En este sentido, veo más claro entender que la consecuencia aparejada a la falta de concreción sea la estrictamente determinada en el art. 12 ET y la garantía de indemnidad en ella establecida, sin perjuicio de que la transposición del art. 16 de la Directiva —sobre el derecho a reparación— establezca algún tipo de indemnización para estos casos (55) .

Precisamente y por lo que atiene a esta última cuestión, se recuerda que la lacónica mención de «*sin que ello (la negativa) tenga consecuencias desfavorables*» que realiza la Directiva en el art. 10.2 y que refuerza el art. 17 de la Directiva 2019 (56) ya se contempla en nuestro derecho interno (57) . Esta garantía trata de evitar que el empresario sancione disciplinariamente al trabajador o le despida (58) por la negativa a la realización de horas complementarias pactadas y/o voluntarias en los supuestos anotados en la norma. En efecto, la garantía de indemnidad constitucional contemplada en el art. 12 en el caso de las horas complementarias pactadas y/o voluntarias debería propiciar la calificación de la nulidad del despido si el móvil que lleva al empresario a adoptar dicha decisión es en represalia a la negativa del trabajador a su realización.

En fin, para terminar con el posible impacto que la Directiva 2019 pueda tener sobre el régimen de las horas complementarias contenidas en el art. 12 ET, lo cierto es que no creo que se sucedan grandes cambios, dado que lo dispuesto en el art. 9 de la Directiva sobre empleo paralelo (59) no va a suponer alteración alguna sobre nuestra normativa interna (60) , no en vano es factible decir que la protección dispensada por el art. 12.5.e) ET es mayor que la que proporciona la norma comunitaria. Y ello es así, porque si bien es cierto que el apartado 1º del art. 9 va en consonancia con lo dispuesto en el apartado 3º del art. 12.5.e) ET en relación con la posibilidad de renuncia a la realización de las horas complementarias por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial; el segundo apartado de la misma disposición comunitaria, dada su ambigua redacción,

puede propiciar el efecto contrario, puesto que permite que los Estados miembros puedan fijar restricciones por incompatibilidad basadas en causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses; lo que en hipótesis podría afectar tanto a este supuesto como al resto de supuestos contenidos en la norma estatutaria. Ahora bien, dados los bienes jurídicos protegidos, fundamentalmente en el supuesto 1º del art. 12.5.e) ET sobre la atención de responsabilidad familiares del art. 37.6 ET y la cláusula de no regresión contenida en el art. 20 de la Directiva 2019, dudo —insisto— que vaya a tener algún impacto.

2. La transformación o conversión del contrato de trabajo de tiempo parcial a tiempo completo y viceversa

En segundo lugar, como se ha avanzado, nuestro derecho interno contiene una previsión que posibilita que el trabajador/a se niegue a la conversión de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y viceversa de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12.4.e) ET; disposición ésta que además, incluye —in fine— dos párrafos en los que se contempla la obligación de informar a los trabajadores sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes para que aquéllos puedan formular solicitudes de 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, de conformidad con los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo, de tal a manera que dichas solicitudes deban ser tomadas en consideración por el empresario y la denegación de la solicitud deberá ser notificada por el empresario al trabajador por escrito y de manera motivada.

Pues bien, antes de entrar en la cuestión principal relativa a la transformación o conversión del contrato y la prohibición de despido, se ha de señalar que estos dos últimos párrafos de dicha disposición casan bien con lo dispuesto en el art. 12 de la Directiva 2019, relativa a la transición a otra forma de empleo (61) , puesto que esta última sólo confiere el mismo derecho de solicitud y la respuesta motivada por escrito que deba realizar el empleador sin introducir otros derechos que, por ejemplo, sí se contenían en nuestro ordenamiento con anterioridad a la reforma del año 2013, tales como el derecho de preferencia para restaurar su situación original o la prerrogativa que se atribuía a los convenios colectivos para regular la conversión del contrato por motivos familiares o formativos. Las diferencias que exhiben ambas disposiciones son, en principio, mínimas y referidas a la posibilidad de que los Estados miembros puedan reducir la frecuencia de las solicitudes, imaginamos que —por ejemplo— permitiendo que los convenios colectivos puedan regular un arco temporal específico en el que éstas deban realizarse, aunque es una hipótesis que habrá que analizar con cautela ante el principio de no regresión. Asimismo, la norma comunitaria introduce los plazos para la respuesta que haya de darse a los trabajadores y que, aunque, en general, es de un mes (de acuerdo con la Directiva), es cierto que puede ser ampliada hasta un máximo de tres meses en las microempresas, pequeñas y medianas empresas, por lo que quizá la generalidad aquí se invierta a la luz del tejido productivo que tenemos. Finalmente, la Directiva 2019 permite —para esas microempresas y Pymes—, que la respuesta motivada pueda ser realizada oralmente en los casos en los que hubiera habido alguna solicitud similar previa por parte del mismo trabajador/a. De este modo, y como es visible, la norma comunitaria no aporta novedad alguna e incluso podría originar resultados más perjudiciales que los actualmente existentes que deberían —en puridad— contrarrestarse en los convenios colectivos de aplicación.

Por su parte, y por lo que se refiere a la prohibición de despido u otro tipo de sanción por la negativa a la conversión unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.1.a) ET recogida expresamente en dicha disposición o tras la reforma del año 2012 al 47.2 ET, cierto es que tampoco la Directiva (art. 18) añade nada nuevo a lo que ya se contempla en nuestro derecho interno (62) . De este modo, las dos cuestiones principales que se han debatido a propósito de la garantía de indemnidad que la norma reconoce se mantienen (63) . Así, por una parte, y por lo que atiene a la imposibilidad de recurso a la conversión de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial unilateralmente vía art. 41 ET y/o del art. 47.2 ET (64) , es sabido que la controversia

surge a propósito de la interpretación realizada por el TS sobre este extremo, cuando en varias sentencias —muy criticadas— de los años 2007 y 2011 (65) , avala dicha posibilidad argumentando que si bien para que la reducción de la jornada unilateralmente tenga lugar es necesario que exista consentimiento por parte del trabajador/a, si no se produce dicho consentimiento no habría conversión y, en consecuencia, no se aplicaría la prohibición contenida en el art. 12.4.e) ET. Esto es, tratando de conciliar lo inconciliable, el TS vino a ampliar el ámbito de actuación del art. 41 ET para señalar que en estos supuestos no estamos ante una modificación, sino ante una reducción no temporal de jornada que, por su naturaleza, sigue siendo a tiempo completo. Es probable que con esta interpretación —que altera de manera evidente la voluntad del legislador—, el TS intentara «sugerir» algún cambio legislativo en el art. 12 ET con la finalidad —seguramente loable— de evitar el despido de los trabajadores y del mantenimiento del empleo de trabajadores a los que la empresa hubiera formado. Ahora bien, ante este contexto creativo-normativo por parte del TS, no hubiera estado de más que se hubiera procedido a «cerrar el constructo» acompañando dicha elucubración de un régimen jurídico coherente con dicho objetivo como, por ejemplo, estableciendo claramente que, transcurrido un determinado período de tiempo, el trabajador tendría derecho a retornar a su situación original.

Parece razonable sostener —ante la «tozudez» del legislador— que la doctrina del TS ha quedado definitivamente superada por la voluntad de aquél

En fin, sin perjuicio de lo expresado, lo que parece claro es que la «insinuación» realizada por el TS, en lo que se ha considerado una interpretación rocambolesca o sorprendente (66) , a la que añadido yo que inconsistente desde el punto de vista lógico-formal (67) , no ha tenido eco en el legislador, quien ha mantenido tras las sucesivas reformas operadas sobre la disposición y, en particular, a partir de la realizada en el año 2013, exactamente la misma dicción de la norma. En consecuencia, parece razonable sostener —ante la «tozudez» del legislador— que la doctrina del TS ha quedado definitivamente superada por la voluntad de aquél. Así, entiendo que no es posible recurrir por más tiempo a dicha interpretación en estos casos, siendo —por tanto— de aplicación la norma estatutaria imperativa en sus propios términos, también para el supuesto de reducción de la jornada vía art. 47.2 ET.

Dicho esto, además, el propio precepto estatutario no sólo prohíbe la conversión sin la participación del consentimiento del trabajador/a, sino que además su negativa queda cubierta o protegida ante una posible sanción o despido que pudiera tener lugar como represalia a la negativa del trabajador/a a la transformación, si bien sin perjuicio de que el empresario pueda acudir al despido colectivo del art. 51 ET o al despido objetivo del art. 52.c) ET. Como es posible imaginar, no es raro, ni extraño que una empresa pueda —poniendo como elemento encima de la mesa la del juego de las excepciones al despido contenidas en el art. 12.4.e) ET— proponer, ofertar o sugerir al trabajador/a (o a la representación de los trabajadores en el procedimiento de consultas) que se acepte la conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial. En este contexto, y por lo que se refiere al despido colectivo, si bien es cierto que algún que otro tribunal avaló la posibilidad de sustituir el consentimiento individual por la decisión de la autoridad administrativa cuando ésta intervenía en los expedientes de regulación de empleo, considero que ni entonces (sustitución de la voluntad del trabajador por decisión de la autoridad administrativa), ni ahora —en el procedimiento de consultas— los representantes de los trabajadores pueden proceder a sustituir la voluntad y el consentimiento de cada trabajador/a en cuanto a la emisión de ese consentimiento individual que la norma requiere con carácter imperativo.

Obviamente, más difícil es la situación a la que el trabajador/a queda expuesto/a en el caso del recurso al despido objetivo, no en vano la «sugerencia u oferta» a la reducción de la jornada o la conversión contractual con el fin de evitar la extinción del contrato por esta vía condiciona

enormemente la voluntad del afectado, y más en estos tiempos pandémicos donde el peligro a la pérdida del empleo es una realidad manifiesta. Y en estos supuestos, nuestros tribunales han admitido y avalado que la empresa pueda realizar dicha «oferta» —de conversión o reducción— como alternativa al despido por causas económicas, validándola —lógicamente y a tenor de la norma— para calificar el despido como procedente en los casos en los que había causa. Ahora bien, cuestión distinta acaece cuando la causa alegada se reputa insuficiente y, además, el despido no se ha producido como represalia al trabajador/a porque, por ejemplo, éste/a no ha manifestado oposición a la propuesta u oferta empresarial. En estos supuestos y ante la imposibilidad de dar entrada a la garantía de indemnidad constitucional por inexistencia de atentado a derechos fundamentales, nuestros tribunales han venido calificando estos despidos como improcedentes. Como es razonable pensar, no han faltado voces críticas con respecto a esta forma de interpretar la norma imperativa contenida en el art. 12.4.e) ET, puesto que es evidente que la tesitura ante la que se encuentra un trabajador/a en estos contextos precisaría que se protegiera al trabajador/a de manera probablemente más contundente (68) , sobre todo —como señalo— en los casos en los que con posterioridad se comprueba que la causa alegada no es suficiente y se declare la improcedencia por dicha razón.

Así, aquí nos preguntamos si en un caso de esta naturaleza donde la garantía de indemnidad constitucional no tiene operatividad (no se trataría de un despido motivado en la represalia al trabajador (69)), cabe declarar el despido nulo por atentado a la garantía de indemnidad legal que el propio precepto establece. Me explico. La norma estatutaria comienza su dicción aludiendo a que el trabajador/a «no podrá ser despedido», esto es, contiene una norma imperativa prohibitiva dirigida a impedir cualquier despido en estos supuestos, sin perjuicio de poder acudir al art. 52.c) ET cuando tenga causa (y se pruebe la misma) para ello. A diferencia de este supuesto indubitado (despido procedente), considero que la declaración de improcedencia derivada de un supuesto de esta naturaleza en la que no se han conseguido probar la/s causas alegadas debe rechazarse y sustituirse por la declaración de nulidad laboral que la propia norma predica. Y ello así, porque no parece consistente con el tenor de la norma y la voluntad del legislador calificar el despido como improcedente cuando la causa es insuficiente, que sería la misma consecuencia a la que se llegaría de no existir el art. 12.4.e) ET. En otras palabras, si el legislador ha considerado oportuno introducir una norma imperativa de prohibición expresa ante cualquier despido, será porque ha querido otorgar una protección adicional y distinta a la consecuencia natural a la que nos aboca la aplicación del ET en los supuestos de insuficiencia causal. Entiendo que sostener cualquier otra interpretación supone vaciar de contenido y sentido al precepto estatutario analizado, dejando también sin efecto la voluntad del legislador en estos casos.

De este modo, insisto en que ante una situación de estas características el juzgador debe acudir la declaración de nulidad laboral del despido por contravención a lo dispuesto en la norma imperativa del precepto estatutario analizado como, por otra parte, ya ocurre para otros supuestos análogos contenidos en nuestra norma laboral. Esta consecuencia que entiendo se deriva directamente de la expresión clara e indubitada que contiene el art. 12.4.e) ET podría venir apoyada, si se prefiere, de lo dispuesto en el art. 6.3 CC sobre nulidad civil que, como se sabe, establece que *«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»*.

Precisamente, y en relación con esta cuestión, llama poderosamente la atención la sensibilidad que están exhibiendo nuestros tribunales a la hora de proteger a los trabajadores ante otras situaciones que, aunque parezcan análogas a las que aquí se analizan, no lo son. Me refiero, en concreto, a los intentos llevados adelante para invocar la nulidad civil ex art. 6.3 CC o incluso el fraude de ley del art. 6.4 CC (70) para declarar la nulidad del despido en tiempos pandémicos. Hecho éste que —desde luego— contrasta enormemente con el desinterés mostrado por tratar de llegar a la misma calificación en el supuesto de despido objetivo sin causa suficiente de los trabajadores a tiempo parcial al que nos estamos refiriendo, a pesar de las claras diferencias regulatorias que exhiben los preceptos concernidos. En efecto, es sabido que el art. 2 del RD-I

9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19 (71) , no encierra una prohibición de despido como sí ocurre en el art. 12.4.e) ET. Ciertamente, lo que esa disposición establece es que la F.M. y las causas ETOP determinadas por la pandemia no pueden ser justificativas de la extinción del contrato de trabajo, de tal manera que lo que hace es descartar la causa Covid como justificada para extinguir los contratos, pero no impide ni que ésta se invoque (72) , ni tampoco que se pueda proceder al despido por otras causas. Esto es, mientras que la norma pandémica no impide despedir (ni invocar tales causas), el art. 12.4.e) ET sí lo hace (prohíbe el despido) y, además, de manera expresa e imperativa.

Como es lógico pensar, las razones por las cuales estos intentos (búsqueda de la nulidad civil) han tenido lugar para el supuesto del «no despido Covid» (*sic*) y no, para nuestro caso particular (nulidad laboral), son un misterio para la suscribiente. En efecto, lo que no alcanzo a comprender son las razones por las cuales, si se ha discurrido en tal sentido para el supuesto del despido pandémico, no se haya considerado —con bastante más razón— la declaración de nulidad laboral para el caso que nos ocupa, máxime por cuanto que es conocido que el juego de la nulidad civil exart. 6.3 CC por sí sólo tiene una operatividad excepcional en el contexto laboral. En efecto, es doctrina pacífica del TS sostener que a la nulidad laboral absoluta sólo se puede acceder en el caso de que, entre otros factores, exista un precepto específico de la ley que imponga la nulidad «*per se*» del acto (73) , por lo que a diferencia de lo que acaece en el supuesto del despido Covid que no lo reconoce, ésta situación sí se produce en el supuesto del art. 12.4.e) ET que estamos analizando. Sostener la improcedencia del despido en el caso analizado, por tanto, no sólo causa sorpresa cuando se realizan comparaciones «odiosas», sino que —sobre todo— supone vaciar de sentido a la propia norma, contrariando, así, lo que —a mi parecer— es la voluntad del legislador.

V. Conclusión

Revisitar el tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial no es una tarea sencilla, de ahí que como se ha señalado al comienzo de estas páginas hayamos enfocado estas reflexiones tomando en consideración el posible impacto que la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea vaya a tener sobre los arts. 34 y 12 del ET. A estos efectos, se ha intentado visibilizar y describir el escaso impacto que creemos va a tener esta norma en nuestro ordenamiento interno, por lo que los problemas y dudas asociados, por ejemplo, al régimen jurídico de las horas complementarias y/o a la reducción de jornada o conversión del contrato de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial se seguirán sucediendo en el futuro. En este contexto general, se ha considerado oportuno dar nuestra opinión sobre dos aspectos principalmente. El primero relativo a la imposibilidad de recurrir a la conversión de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial unilateralmente vía art. 41 ET y/o del art. 47.2 ET, donde claramente abogamos por descartar absolutamente la doctrina elaborada por el TS en su momento. Por su parte, y quizá sea lo más destacable de esta aportación, aquí se ha defendido que se reputa nulo el despido objetivo cuando la causa alegada por el empresario no sea suficiente y no haya habido trasfondo represivo.

(1)

Trabajo realizado en el marco con cargo del proyecto coordinado y financiado por el MINECO, con ref. DER2017-83040-C4-1-R titulado «*Hacia un nuevo modelo de Derecho Transnacional del Trabajo*» y proyecto de Grupos con ref. UPV/EHU GIU18/082 titulado «*Derecho transnacional de trabajo y transporte*», dirigidos -ambos- por quien esto suscribe.

(2)

Noción que incluye la promoción de oportunidades para que las mujeres y los hombres puedan tener un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y de dignidad humana para

reducir las diferencias que existen entre las aspiraciones de trabajo de las personas y sus condiciones actuales (OIT, 1999). Conferencia Internacional del Trabajo: Memoria del Director General: Trabajo decente, 87ª reunión, junio de 1999, Consúltese en la siguiente página web: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

(3)

Elaborado por los siguientes autores para la OIT, FAGAN, C., NORMAN, H., SMITH, M. y GONZÁLEZ MENÉNDEZ, M.C. y que se puede consultar en la colección Conditions of work and employment series nº 43, 2014, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_237781.pdf.

Sobre el particular, GARCÍA VALVERDE, M^ªD.: «Trabajo a tiempo parcial y trabajo decente» en MONEREO PÉREZ, J.L; TÚLIO BARROSO, F. y LAS HERAS, H. (Dir.) y MALDONADO MOLINA, J.A y MORENO VIDA, N. (Coords): *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, ediciones Laborum, Murcia, 2018, pp. 1261-1280.

(4)

Por cuanto que no establecen un número fijo de horas a realizar.

(5)

ESTEVE-SEGARRA, A.: «Zero hours contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital», *Revista de Derecho Social* nº 82, 2018, pp. 37-60, en países como España la modalidad de los ZHC no sería admisible o tendría un encaje jurídico más que difícil. Así, por ejemplo, este tipo de contrato posibilita la definición de las obligaciones del contrato en manos de la parte fuerte de la relación, lo cual choca con el planteamiento básico de protección de la parte débil de la relación laboral. Pero, además, la legislación española establece normas sobre la distribución irregular de la jornada o la ampliación topada y reglamentada de las horas de trabajo en los contratos a tiempo parcial y a tiempo completo (arts. 12, 34, 35 y 37 ET); de modo que en nuestro ordenamiento existen límites y reglas sobre la distribución de las horas de trabajo, no siendo tan libre como la que se da en los ZHC. Y es que incluso aunque teóricamente podría pactarse un cumplimiento de una jornada flexible en virtud del art. 45 ET, la autora afirma que este tipo de pactos plantean dudas con respecto a los mínimos legales. Pero, además del rechazo por parte de nuestra doctrina, también el Parlamento Europeo ha abogado por su eliminación en reiteradas ocasiones. Vid. al respecto las resoluciones del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales [(2016/2095(INI))] o la de 4 de julio de 2017 sobre las condiciones laborales y el empleo precario [(2016/2221 (INI)]. En relación con el contrato cero horas y el derecho a la libre circulación de trabajadores, vid. LIBERAL FERNANDES, F.: «Contrato cero horas y repercusiones en el derecho de libertad de circulación de los trabajadores» en GARCÍA GONZÁLEZ, G.; REDINHA, M.R, GUIMARAES, M.R y SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: *Relaciones contractuales en la economía colaborativa y en la sociedad digital*, Dykinson editorial, Madrid, 2019, pp. 45-60.

(6)

Por todos, VELASCO PORTERO, M^ªT.: «Las políticas de empleo en la República Federal de Alemania: organización administrativa y territorial y medidas de fomento de empleo. Especial referencia a los mini-jobs», *Documentación laboral* nº 94, 2012, pp. 112-131 y también ARUFE VARELA, A.: «Los minijobs»

alemanes. Un estudio de su régimen jurídico, laboral y de seguridad social, comparado con el trabajo marginal español», *Revista española de Derecho del Trabajo* nº 155, 2012, pp. 17 y ss.

(7)

«De puente» lo califica el Prof. CABEZA PEREIRO, J.: *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013, p. 20 donde se refiere a las escasas perspectivas de promoción profesional de quienes ostentan un contrato a tiempo parcial que se explica por el menor acceso de dichos trabajadores a la formación.

(8)

Tal y como destaca YSÀS MOLINERO, H.: «El tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial a la luz de las últimas reformas y de la negociación colectiva», *Documentación laboral* nº 105, 2015, pp. 59-79.

(9)

Para un análisis más amplio y de retrospectiva general, véase MARTÍN VALVERDE, A.: *Derecho del trabajo y mercado de trabajo «Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)»*, editorial Tecnos, Madrid, 2021.

(10)

Sobre la reforma, vid. por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M^ºE.: «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. Asimismo, y aunque pudiera ser de interés y plenamente acorde con el objeto del trabajo, no se va a hacer un análisis sobre el régimen de los descansos, ni tampoco –a pesar de las novedades jurisprudenciales recientes- sobre las vacaciones (y la retribución) de los trabajadores con contratos a tiempo parcial en supuestos de ampliación de jornada. Sobre esta última cuestión, vid. PALOMINO SAURA, P.: «Remuneración de las vacaciones de los trabajadores a tiempo parcial cuando se han producido ampliaciones de jornada. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 57, 2020, pp. 626 y ss. También, CANO GALÁN, Y.: «Sobre la retribución de las vacaciones de trabajadores a tiempo parcial que amplían su jornada laboral», *Diario La ley* nº 9694, de 11 de septiembre de 2020 (Versión electrónica La Ley 8434/2020).

(11)

Como por ejemplo, en materia de Seguridad Social donde existen muchos e interesantes trabajos realizados desde esta óptica. Así, inter alia y sin ánimo alguno de exhaustividad, CALLAU DALMAU, P.: *Cotización y prestaciones en el trabajo a tiempo parcial*, Bomarzo editorial, Albacete, 2020; DESDENTADO DAROCA, E.: «Contrato de trabajo a tiempo parcial y seguridad social. Análisis y reflexiones críticas tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019», *Revista de Derecho social* nº 86, 2019, pp. 97-118; PALOMINO SAURINA, P.: «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 45, 2017 o PÉREZ ALONSO, M.A.: «El contrato a tiempo parcial. Los vaivenes en la protección social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 44, 2016.

(12)

Me remito, dada la claridad y profundidad del análisis en el que se mueve el autor, reputado especialista en Derecho social de la Unión Europea, al trabajo de MIRANDA BOTO, J.M: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el Derecho español», *Temas laborales* nº 149, 2019, pp. 71-100. Para un análisis comparado, BOZHKO, V.; KULCHII, I. y ZADOROZHNYI, V.: «Comparative legal analysis of the Directive 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union with the current labour law of all its Member States», *SHS Web Conference* vol. 85, 2020, DOI: <https://doi.org/10.1051/shsconf/20208501005>.

(13)

Por lo que se refiere al impacto del contrato a tiempo parcial en los colectivos supra mencionados, véanse a título ejemplificativo –respectivamente- los recientes trabajos de MERINO SEGOVIA, A.: «El contrato de trabajo a tiempo parcial de las mujeres: ¿políticas activas de empleo?» en ÁLVAREZ CUESTA, H. (Coord.) y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; MARTÍNEZ BARROSO, M.R. (Dir): *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva*, editorial jurídica Sepín, Madrid, 2019, pp. 225-238 y de VALLE MUÑOZ, F.A.: «El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa como respuesta inadecuada al desempleo juvenil» en PIGRAU I SOLÉ, A.; GALIANA SAURA, A. y FRANQUET SUGRAÑES, M.T.: *Dret, economia i societat: qüestions actuals: 25 Anys de la facultat de ciències jurídiques de la Universitat Rovira i Virgili*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 225-250.

(14)

Véase en este sentido, ESPÍN SÁEZ, M.: «El contrato a tiempo parcial: de la oportunidad de generar empleo a la precariedad en el empleo», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 31, 2015-I, pp. 137-162 o el trabajo de PÉREZ DEL PRADO, D.: «El trabajo a tiempo parcial ¿una solución al problema del desempleo?», *Revista de Información Laboral* nº 5, 2014, pp. 261-277.

(15)

Es previsible, como señalo supra, que así sea, si tomamos en consideración la correlación existente entre el aumento del empleo atípico y precario con el aumento de la pobreza y las repercusiones económicas y sociales de la pandemia de Covid-19 a las que hace referencia la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2021, sobre la reducción de las desigualdades, con especial atención a la pobreza de los trabajadores, cuyo texto completo se puede consultar en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0044_ES.html.

(16)

Aunque ciertamente no sería sorprendente si el legislador español se demorara en su transposición como ha ocurrido en diversas ocasiones. Ahora bien, esperemos que ello no suceda por el bien de las arcas públicas, máxime cuando «la broma» por el incumplimiento puede ascender al establecimiento de una sanción millonaria, tal y como acaba de ocurrir en el momento en el que se redactan estas líneas con respecto a la suma a tanto alzado de 15.000.000 de euros y una multa coercitiva diaria de 89.000 euros impuesta a España por no haber transpuesto la Directiva (UE) 2016/680, ni comunicado las medidas para su transposición. Vid. a estos efectos, la STJ (Sala octava) de 25 de febrero de 2021, Asunto C-658/19, Comisión Europea contra Reino de España. Asimismo, desde aquí se desea agradecer al Prof. Miranda Boto

la información puntual que sobre la jurisprudencia del TJUE realiza a través del siguiente blog: <https://observatoriotj.blogspot.com/>, así como por su amabilidad al incluirme en la lista de distribución del mismo.

(17)

Me remito a tal efecto y para conocer los vaivenes normativos del contrato a tiempo parcial hasta la fecha al trabajo de RUANO ALBERTOS, S.: «El contrato a tiempo parcial: las posibles perversiones en su utilización», *Iustel-Revista General de Derecho del trabajo y de la seguridad social* nº 46, 2017, pp. 1-48.

(18)

En este sentido, FERRADANS CARAMÉS, C.: *El contrato a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Aranzadi editorial, Cizur Menor, 2006 o también BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: *Problemas aplicativos de la jornada a tiempo parcial*, editorial Bomarzo, Albacete, 2018.

(19)

Inicialmente, como también es sabido, la disposición transitoria 3ª del ET reservaba la posibilidad de contratar a tiempo parcial a «los trabajadores perceptores de prestación de desempleo; los que hubieran agotado la percepción de la misma, continuando en situación de desempleo; los trabajadores agrarios que hubiesen quedado en desempleo, y los jóvenes menores de veinticinco años».

(20)

Se considera jornada a tiempo parcial toda aquella que sea inferior a la habitual (sin límite).

(21)

Se fijó en un 77% de la jornada a tiempo completo establecida en convenio o, en su defecto, la máxima legal.

(22)

Por no hablar de la desaparición en el año 1997 de la protección a los trabajos marginales en las secuencias de 12 horas semanales y/o 48 mensuales que se había introducido en 1993. Al respecto, RUANO ALBERTOS, S.: «El contrato a tiempo parcial: su utilización como modelo de contratación laboral en el actual mercado de trabajo», en RUANO ALBERTOS, S. (ed.): *Nuevas formas de acceso al empleo*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 20-21.

(23)

Me refiero al art. 1 del Convenio nº 175 de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial de 1994, que define a los efectos de dicha norma: a) la expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable y (b) la duración normal de la actividad laboral a la que se hace referencia en el apartado a) puede ser calculada semanalmente o en promedio durante un período de empleo determinado. En relación con la normativa internacional y comunitaria, vid. CALLAU DALMAU, P.: «Referentes supranacionales de los principios de igualdad y no discriminación en materia laboral y su adopción en el trabajo a tiempo parcial», *E-Revista internacional de la protección social* vol. 2, nº 2, 2017, pp. 128-151. En relación específicamente al Convenio nº 175, no ratificado por España, vid. LÓPEZ-

ARRANZ, A.: «Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial 1994 (núm. 175)», *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo* vol. 7, extra 0, 2019, pp. 1348-1363.

(24)

En palabras de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y NIETO ROJAS, P.: «Aspectos laborales del contrato a tiempo parcial», *Revista jurídica de castilla y león* nº 22, 2010, p. 17, se refieren a que la transposición española de la Directiva 97/81 adopta unos rasgos bastante más difuminados o genéricos que los expresados en la normativa comunitaria, siendo ésta última favorable a la máxima concreción remitiéndose al trabajo de LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J.: «La transformación de la contratación laboral, el trabajo a tiempo parcial y el despido», *Cuaderno de Relaciones laborales* nº 25, 2007, p. 48.

(25)

A estos efectos, me remito al trabajo de CABEZA PEREIRO, J.: *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, editorial Bomarzo, 2013, pp. 81 y ss, quien califica los períodos de referencia existentes en nuestro derecho como «deslizantes» (p. 83).

(26)

Además de CABEZA PEREIRO, *Ibidem*, también se pronuncia sobre este particular ALTÉS TÁRREGA, J.A.: «El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad», *Lex social* vol. 9, nº 2, 2019, p. 548.

(27)

En efecto, como se sabe el RD 1991/1984 permitió la realización de las horas extraordinarias comunes en proporción a la jornada reducida, que quedó afectada en la reforma del año 1994 para desaparecer en el año 1998.

(28)

Calificado como uno de los más altos en la UE. Así, 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, pp. 64-83 y, en concreto, vid. p. 71.

(29)

Para profundizar sobre el régimen de horas complementarias tras la reforma del año 2013, vid. MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.: «Las horas complementarias como instrumento de gestión flexible del contrato de trabajo a tiempo parcial», *Temas laborales* nº 126, 2014, pp. 91-129, así como FEIJÓO REY, M.: «Las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial», *Actualidad laboral* nº 9, 2014, pp. 3 y ss;

(30)

Aunque parezca obvio, sin posibilidad de que la negociación colectiva suplante la voluntad del trabajador en la realización de las horas complementarias. Véase a tal efecto, SAN nº 87/2014 de 5 de mayo confirmada –con matices– por la STS de 10 de diciembre de 2015. Por su parte, y por lo que respecta esta cuestión, vid. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «La regulación del contrato a tiempo parcial en la negociación colectiva», *Revista de información laboral* nº 3, 2015, pp. 207-224.

(31)

Cuyo incumplimiento supone la presunción de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios. Por todos, VELASCO PORTERO, M^ªT: «Impacto sobre el trabajador de la obligación de registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales», *Temas laborales* nº 151, 2020, pp. 345, con cita a varias sentencias en suplicación y sobre todo en instancia y remitiendo esta cuestión al trabajo de ARAGÓN GÓMEZ, C.: «Las consecuencias derivadas del incumplimiento del registro de jornada con respecto a los trabajadores a tiempo parcial», *Blog-el Foro de labos*, 12 de noviembre de 2019, <https://forodelabos.blogspot.com/2019/11/las-consecuencias-derivadas-del.html>

(32)

Sobre esta cuestión, véase la ponencia de la Profesora MARTÍNEZ MORENO, C.: «¿Ha mutado el contrato a tiempo parcial en un contrato a llamada? Análisis de la nueva regulación a la luz de la normativa comunitaria a la Jornada sobre las reformas laborales a la luz del Derecho transnacional del trabajo», Madrid, 25 de junio de 2014, extraído de <http://portal.ugt.org/actualidad/2014/julio/boletin18/Ponencia%20Carolina%20Martinez.pdf>.

(33)

Inter alia, BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: Problemas aplicativos de la jornada.. op. cit. pp. 28 y ss.

(34)

No aludimos, por tanto, a otras materia como el período de prueba regulado en la Directiva del año 2019 en el art. 8, que establece que «*los Estados miembros velarán porque dicho período no exceda de seis meses*» o que «*su duración sea proporcional a la duración prevista del contrato y a la naturaleza del trabajo*»; cuestión ésta que se conecta, por ejemplo, con el debate acerca de los límites de esta institución surgido a consecuencia de la introducción de un período de prueba de un año en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Sobre el período de prueba y su extinción me remito al trabajo de GARCÍA BLASCO, J. y PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «La extinción del período de prueba» en MONEREO PÉREZ, J.L (Dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. (Coords.): *Modalidades de extinción del contrato de trabajo. Análisis de su régimen jurídico*, Comares editorial, Granada, 2014, pp. 371 y ss

(35)

También, MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», *Trabajo y Derecho*, nº 78, 2021.

(36)

Definición calificada como «execrable» por MIRANDA BOTO, J.M: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152...», loc. cit. p. 81 y de «escaso acierto» por MARTÍNEZ YAÑEZ, N: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», *Trabajo y Derecho*, nº 78, 2021.

(37)

Quien ha estudiado esta misma cuestión en profundidad, por lo que me remito a mayor abundamiento a MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo en el siglo XXI», *Trabajo y Derecho*, nº 78, 2021.

(38)

En el mismo sentido, FERRADANS CARAMÉS, C.: «Cuestiones de actualidad sobre el régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial» en AA.VV. (GONZÁLEZ ORTEGA, S. –Coord.): *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Monografías de Temas Laborales, CARL, Sevilla, 2020, pp. 161-190. Se puede consultar en https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=231fe4e2-7d5a-46a0-9785-bca5ddadcc5c&groupId=10128.

(39)

Sobre esta disposición calificada de oscura se expresa el Prof. MIRANDA BOTO, J.M: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152...», loc. cit. pp. 92-93. Éste considera, y comparto su opinión que la única manera de entender el precepto es que el empleador puede cancelar una tarea asignada cuando el patrón de trabajo sea imprevisible sin indemnización cuando se ha producido con un plazo de preaviso razonable (loc. cit. p. 92). Aun así, se prevé difícil su transposición, tanto por lo que se refiere al preaviso razonable como a la cuantía indemnizatoria (loc. cit. p. 93).

(40)

De igual manera, si bien mucho mejor expresado, MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo...loc. cit. (ejemplar multocopiado).

(41)

A estos efectos, señala el Prof. Miranda Boto que «*Esta es una noción, a primera vista, no presente en el Estatuto de los Trabajadores con carácter general, por lo que deberá incorporarse, presumiblemente en el artículo 34. Podrá hacerlo, en ese caso, de una manera estricta, configurando de antemano un horario rígido, o de una manera más flexible, que permita acomodar variaciones*» en MIRANDA BOTO, J.M: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152...», loc. cit. p. 81. Por su parte, la profa. Martínez Yáñez señala que la remisión a la autonomía colectiva para la concreción de la distribución irregular de la jornada no ha mostrado la capacidad de los negociadores para establecer sistemas garantistas en tal sentido, por lo que entiende –y comparto- que esas nociones deban ser precisadas a nivel normativo. Vid. MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo...loc. cit. (ejemplar multocopiado).

(42)

En igual sentido, MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: «Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo...loc. cit. (ejemplar multocopiado).

(43)

La cuestión será determinar qué se entiende por razonable, dado que es evidente que lo que la Directiva pretende es evitar una flexibilidad abusiva, cuestión ésta que no es ajena por lo que es evidente que un plazo perentorio o «sorpresivo» no se ajusta a la finalidad de la Directiva. Si bien ello es así, el TS ha

considerado aceptable o razonable un preaviso de un día, pero no un preaviso el mismo día que ha considerado «comunicación sorpresiva». Vid. STS, Sala de lo social, sección 1ª, de 9 de marzo de 2011 (rec. 87/2010).

(44)

En este sentido, subraya el Prof. MIRANDA BOTO, J.M que *«En concreto, la actual flexible regulación del pacto de horas complementarias parece casar mal con la previsibilidad que exige la nueva Directiva. No es descartable que en la transposición se introduzca la necesidad de fijar de antemano el marco temporal en el que podrá exigirse la realización de ese trabajo. En este caso, la regulación tendrá que impedir los abusos que podrían derivarse de marcos excesivamente amplios ("cualquier día de la semana", v.g.) que desnaturalizarían el contenido de la Directiva»* en *«Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152...»*, loc. cit. p. 82.

(45)

Así se expresa la prof. Martínez Yáñez quien señala que *«Por lo que respecta al trabajo a tiempo parcial y al régimen de las horas complementarias, que acercan esta modalidad contractual al trabajo a llamada o al contrato cero horas, el artículo 12.5.d) ET regula un preaviso mínimo de tres días, que puede ser reducido, pero no ampliado, por convenio colectivo. Aunque probablemente el preaviso legal cumpla el requisito de razonabilidad impuesto por la Directiva, el hecho de que se impida al convenio optar por un régimen más favorable no parece conforme con el artículo 14 de la norma europea, que abre la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan disposiciones distintas a las indicadas por el artículo 10, "siempre que respeten la protección general de los trabajadores". Además, un preaviso inferior a tres días difícilmente puede calificarse de razonable. En todo caso, este plazo de preaviso solo opera respecto de las horas complementarias pactadas, pero no respecto de las que incorpora todo contrato indefinido a tiempo parcial, pues el empleador puede ofrecer al trabajador la realización de estas horas "en cualquier momento", amparándose en que la negativa del trabajador a realizarlas no constituye conducta laboral sancionable. Aunque en este caso no se establece preaviso, la posibilidad de que el trabajador rechace en encargo parece alinear la disposición interna con el artículo 10 de la Directiva»* en MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: *«Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo...loc. cit. (ejemplar multicopiado).*

(46)

Así se expresa MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: *«Entre robots y pandemias: retos de la regulación del tiempo de trabajo...loc. cit. (ejemplar multicopiado)* cuando señala que *"Ahora bien, se ha señalado que a estos efectos el nivel de protección que ofrece la Directiva es muy escueto, por cuanto que efectivamente no existe una prohibición al empleador para que pueda solicitar su realización sin cumplir con dichas obligaciones generales (preaviso razonable y establecimiento de las horas o días de referencia), por lo que cabría que la autonomía individual convalidara estas solicitudes».*

(47)

MOLINA NAVARRETE, C.: *«Flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: a propósito de la nueva regulación del empleo parcial, Documentación laboral nº 100, 2014, p. 34.*

(48)

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: «El trabajo a tiempo parcial: análisis a la luz de los...», loc. cit. pp. 72 y ss quien –de manera profusa y completa- aborda la cuestión analizando las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales que se han ido dando sobre la cuestión.

(49)

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, pp. 45-63, cita en referencia al carácter "ad solemnitatem" del requisito de forma a ALFONSO MELLADO, C.L.: *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: aspectos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 85 o RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. Y CALVO GALLEGO, F.J.: *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 75. Si bien ello es así, desde aquí se considera que la ausencia de formalización escrita no puede aparejar la ineficacia del contrato, sino la mera presunción iuris tantum de que dicho contrato se ha celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa.

(50)

En este sentido, 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», en versión previa a la publicación del mismo artículo en *Trabajo y Derecho* nº 15, 2016, pp. 45-63 que puede consultarse en <https://core.ac.uk/download/pdf/83611475.pdf>, señala con respecto al contenido mínimo y la ausencia de horas que «*Tal contenido mínimo resulta inexorable, de manera que la omisión de referencia alguna acerca del número concreto de horas complementarias que se obliga a realizar el trabajador determinará sin más la nulidad del pacto mismo "ya que al faltar toda norma subsidiaria de origen legal, si dicha referencia se omitiera el negocio habrá de considerarse nulo al quedar indeterminado el objeto del mismo <> artículo 1273 CCiv", y sin que la negativa del trabajador a su realización constituya conducta laboral sancionable*» (p 8).

(51)

Estas horas complementarias no se computarán a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas que se establecen en la letra c).

(52)

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: «El régimen jurídico de la jornada complementaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial...» loc. cit. p. 57.

(53)

Vid. supra nota a pie nº 48.

(54)

Me remito al trabajo de GALICIA AIZPURUA, G.: «Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español», *Revista Bolivariana de Derecho* nº 26, 2018, pp. 142-175, que se puede consultar en abierto en <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/08/142-175.pdf>.

(55)

Artículo 16. Derecho a reparación. «Los Estados miembros velarán por que los trabajadores, incluidos aquellos cuya relación laboral haya concluido, tengan acceso a una resolución de litigios eficaz e imparcial, y derecho a reparación en caso de incumplimiento de los derechos que se derivan de la presente Directiva».

(56)

Artículo 17. Protección contra el trato o las consecuencias desfavorables. Los Estados miembros introducirán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos aquellos trabajadores que representan a los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra cualesquiera consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una reclamación contra el empleador o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos establecidos en la presente Directiva.

(57)

Seguramente introducido por el legislador español a propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2004, Asunto C-313/02, Wippel. En este sentido, no faltan voces que reclaman que la doctrina del TJUE debería adaptarse a los cambios empresariales y laborales sobrevenidos en los últimos años con la finalidad de disfrutar de mayor seguridad en el sentido de la Directiva (UE) 2019/1152. Así, se expresa FERRADANS CARAMÉS, C.: «Cuestiones de actualidad sobre el régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial» en AA.VV (GONZÁLEZ ORTEGA, S. -Coord.): *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Monografías de Temas Laborales, CARL, Sevilla, 2020, pp. 161-190. consultable en https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=231fe4e2-7d5a-46a0-9785-bca5ddadcc5c&groupId=10128, p.10 versión electrónica.

(58)

Sobre esta cuestión tampoco aprecio grandes cambios con respecto al art. 18 Directiva 2019 relativa a la protección contra el despido y carga de la prueba que reza cuanto sigue: 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir el despido o su equivalente, así como cualquier acto preparatorio para el despido de trabajadores, por haber ejercido los derechos establecidos en la presente Directiva. 2. Los trabajadores que consideren que han sido despedidos, o que han sido objeto de medidas con un efecto equivalente, por haber ejercido los derechos contemplados en la presente Directiva, podrán pedir al empleador que proporcione, las causas debidamente fundamentadas del despido o de las medidas equivalentes. El empleador proporcionará dichos motivos por escrito. 3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando los trabajadores a los que se hace referencia en el apartado 2 prueben ante un tribunal u otra autoridad u organismo competente unos hechos que permitan presuponer que ha tenido lugar ese despido o esas medidas equivalentes, corresponda al empleador demostrar que el despido se ha basado en causas distintas de las previstas en el apartado 1. 4. El apartado 3 se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a los trabajadores. 5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el apartado 3 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otra autoridad u organismo competente. 6. Salvo disposición en contrario de los Estados miembros, el apartado 3 no se aplicará a los procesos penales.

(59)

Empleo paralelo. 1. Los Estados miembros garantizarán que un empleador ni prohíba a un trabajador aceptar empleos con otros empleadores fuera del calendario de trabajo establecido con dicho empleador, ni lo someta a un trato desfavorable por ese motivo. 2. Los Estados miembros podrán fijar las condiciones para la utilización de restricciones por incompatibilidad por parte de los empleadores basadas en causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses.

(60)

Si bien se advierte la necesidad de compatibilizar esta disposición comunitaria con el art. 21 ET. A tal efecto, MIRANDA BOTO, J.M: «Algo de ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152...», loc. cit. p. 91.

(61)

Artículo 12 Transición a otra forma de empleo 1. Los Estados miembros garantizarán que un trabajador con una antigüedad mínima de seis meses con el mismo empleador, que haya completado su período de prueba, en caso de exigírsele, pueda solicitar una forma de empleo con unas condiciones laborales que ofrezcan una previsibilidad y una seguridad mayores, si la hay, y recibir una respuesta motivada por escrito. Los Estados miembros podrán limitar la frecuencia de las solicitudes que dan lugar a la obligación prevista en el presente artículo. 2. Los Estados miembros velarán por que el empleador remita la respuesta motivada a que se refiere el apartado 1 en el plazo de un mes a partir de la solicitud. Respecto de las personas físicas que actúan como empleadores y las microempresas y las pequeñas o medianas empresas, los Estados miembros podrán ampliar este plazo hasta un máximo de tres meses y permitir una respuesta oral a una solicitud similar subsiguiente presentada por el mismo trabajador si la justificación para la respuesta por lo que respecta a la situación del trabajador no ha cambiado.

(62)

Me remito a notas a pie supra nº 57 y 58.

(63)

Véanse, TOMÁS SALA, T. y ROQUETA BUJ, R.: «Propuestas para un debate sobre la reforma del contrato a tiempo parcial», *Derecho de las relaciones laborales* nº 4, 2018, pp. 410-422.

ALTÉS TÁRREGA, J.A.: «El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad», *Lex social* vol. 9, nº 2, 2019, pp. 566 y ss. NEVADO FERNÁNDEZ, M.J.: «La conversión a tiempo completo del contrato de trabajo a tiempo parcial: satisfacción de qué intereses», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 61, 2020, pp. 32-43 o MURCIA CLAVERÍA, A.: «La reducción de jornada como modificación sustancial de condición de trabajo, el principio de voluntariedad del contrato a tiempo parcial y la garantía de indemnidad. SJS núm. 4 de Vitoria-Gasteiz, de 13 de diciembre de 2013 (AS 2016, 1936), *Nueva revista española de derecho del trabajo* nº 203, 2017, pp. 271-278.

(64)

Quedando fuera del debate –como es lógico– que al amparo del art. 41 ET sí quepa la realización de reducciones de jornada que no impliquen transformación contractual.

(65)

STS de 14 de mayo de 2007 (Rec. 85/2006) o la STS de 7 de octubre de 2011 (Rec. 144/2011).

(66)

BELTRÁN HEREDIA RUIZ, I.: «Principio de voluntariedad ex art. 12.4.e) ET: Un obstáculo (infranqueable) para la reducción de jornada ex arts. 41 y 47 ET», *Actualidad laboral* nº 6, 2013, pp. 2 y ss.

(67)

En mi condición de licenciada en filosofía.

(68)

ALTÉS TÁRREGA, J.A.: «El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad», *Lex social* vol. 9, nº 2, 2019, pp. 566 y ss, quien refiere que «en estos casos debería prohibirse esta posibilidad o bien, saliendo del paso, incrementarse las garantías otorgadas normativamente a los trabajadores afectados por la conversión. Y así, a modo de ejemplo, además de la presencia de un representante de los trabajadores, como fuente de información de la concurrencia de causa, debería priorizarse el establecimiento de la temporalidad de la transformación (vinculada por tanto de manera estricta a la superación de la situación negativa en la empresa), y, en consecuencia, el retorno a la jornada previamente realizada», loc. cit. p. 570 con cita a GARCÍA TESTAL, E.. y ALTÉS TÁRREGA, J.A.: «Contrato a tiempo parcial, reducción de jornada y crisis económica» en CAMPS RUIZ, L.M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M y SALA FRANCO, T. (Coords.): *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 141.

(69)

En efecto, la interpretación que realizara el TC en Sentencia 183/2015, de 10 de diciembre alude al supuesto en el que no se produce la extinción como represalia a la negativa del trabajador. Si bien ello es así, cierto es también que se trató de una sentencia controvertida, puesto que contiene un voto particular al que se adhieren cuatro magistrados que entiende que a pesar de la causa legal alegada, la empresa no ha conseguido demostrar que su decisión fuera ajena al ejercicio de acciones judiciales por parte de la trabajadora. En este contexto, y por lo que atiene al derecho a la indemnidad constitucional, me remito - por todos- a PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Aranzadi editorial, Cizur menor, 2018, pp. 883 y ss.

(70)

Vid. STSJPV de 26 de enero de 2021 (rec. 1583/2020). Ahora bien, considero impracticable acudir al fraude de ley en ninguno de los dos supuestos, ya que es por todos sabido que el fraude de Ley se fundamenta en un «conflicto normativo» donde necesariamente debe vulnerarse una norma jurídica al amparo de otra norma o disposición legal lícita con la intención de alcanzar los objetivos impropios de esa segunda norma, pero a la que se recurre de mala fe para eludir la aplicación de la norma defraudada. Esta situación no se produce ni en el caso del art. 2 del RD-Ley 9/2020, ni tampoco en el caso del art. 12.4.e) ET, puesto que en ambos supuestos no nos encontramos ante -como digo- un conflicto normativo, sino otro de carácter interpretativo dirigido a determinar cuál sea la calificación que se deba otorgar a los despidos en ambos supuestos.

(71)

«La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido»,

(72)

Por lo que atiene a un análisis de la nulidad civil ex art. 6.3 y 6.4 CC en el supuesto de despido Covid, me remito a mayor abundamiento al trabajo de SEGALÉS FIDALGO, J.: «En busca de la nulidad perdida», *Revista Jurisdicción social* nº 219, febrero 2021, en prensa. Desde aquí la suscribiente quisiera agradecer al Dr. Segalés por la deferencia en haberme hecho llegar su trabajo en forma de ejemplar multicopiado. Asimismo, y sobre esta cuestión, vid. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: «El despido por causas del Covid, ¿improcedente o nulo?, *Diario la Ley* nº 9791, 2021; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: «Límites al despido por COVID: alcance y significado de la "prohibición de despedir" y la cláusula de salvaguardia», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social* nº 454, 2021, pp. 17-55 y también ROALES PANIAGUA, E.: «Despido objetivo durante el estado de alarma por Covid.19: de nuevo sobre la nulidad o improcedencia de los despidos efectuados en fraude de ley», *Nueva revista española de derecho del trabajo* nº 235, 2020, pp. 207-217.

(73)

Así, por ejemplo, STS de 26 de junio de 1982 o STS 1ª 18-2-1997.

