



Publicaciones CES-A
COLECCIÓN PREMIO DE INVESTIGACIÓN

El trabajo a tiempo parcial

M^a Inmaculada Benavente Torres



EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

A Ricardo y Carmen, mis padres

A Nina, mi dulce Nina

Con agradecimiento a Loli, porque me has acompañado

BENAVENTE TORRES, M^a Inmaculada

El trabajo a tiempo parcial / M^a Inmaculada Benavente Torres

Primera Edición: Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, octubre de 2005

410 páginas; 16 x 24 cm. (Colección Premio de Investigación)

D.L.: SE-

ISBN: 84-689-2164-5

© M^a Inmaculada Benavente Torres

© Para esta edición: Consejo Económico y Social de Andalucía. Sevilla, 2005.

AUTORA

M^a Inmaculada Benavente Torres

EDITA

Junta de Andalucía

Consejo Económico y Social de Andalucía

C/ Gamazo, 30. Sevilla. 41001

Tlf: 95 506 62 51

Fax: 95 506 58 07

E-mail: biblioteca.ces.cem@juntadeandalucia.es

DISEÑO Y PRODUCCIÓN

Carmen Jiménez [accionarte]

FOTOGRAFÍA DE PORTADA

Luis Serrano

IMPRIME

Egondi, Artes Gráficas

ISBN: 84-689-2164-5

DEPÓSITO LEGAL:

Esta publicación está disponible para la consulta y préstamo en el Centro de Documentación del Consejo Económico y Social de Andalucía y accesible a texto completo en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/ces> (dentro del apartado "Trabajos y publicaciones").

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, mecánico, fotocopia, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier tipo sin permiso expreso del editor.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en la tesis doctoral *El trabajo a tiempo parcial*, presentada a la II Convocatoria (Año 2004) del Premio de Investigación del Consejo Económico y Social de Andalucía, vincula exclusivamente a su autora, M^a Inmaculada Benavente Torres, y no significa que el CES de Andalucía se identifique necesariamente con ellas, si bien ha considerado conveniente la publicación y distribución de la misma.

EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

M^a Inmaculada Benavente Torres



Índice

PRÓLOGO	13
CAPÍTULO I. LA NOCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL	19
1. Evolución histórica reciente del concepto de trabajo a tiempo parcial	21
2. El contrato fijo discontinuo como contrato a tiempo parcial. Crítica a la división del género discontinuo	33
3. Elementos esenciales para una definición	42
3.1 La reducción de la jornada. Un dato de carácter relativo	42
3.1.1 La jornada término de referencia	42
3.1.1.1 Las fuentes de fijación de la jornada completa comparable	44
3.1.1.2 Actividad, tipo de contrato y relación laboral, ámbito y fuentes supletorias	51
3.1.2 La cuantía de la reducción	62
3.1.2.1 Las unidades del cómputo de la jornada parcial	62
3.1.2.1.a) Unidad de tiempo: la hora, su distribución y las implicaciones con la jornada general de la empresa	62
3.1.2.1.b) Los ámbitos de verificación de la reducción pactada: la proyección de la prorrateo de tiempo y la decidida anualización de la jornada parcial	65
3.1.2.2 La cantidad de la reducción	66
3.1.2.2.a) El máximo de jornada parcial	66
3.1.2.2.b) El mínimo de jornada: su funcionalidad	73
3.2 La regularidad o normalidad de la reducción y delimitación de otros supuestos de reducción de jornada	75
3.3 La voluntariedad de la reducción	84
3.4 El valor conmutativo de la reducción del tiempo de trabajo	89
CAPÍTULO II. MODALIDADES DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL	97
1. El contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido o temporal. La transversalidad de la jornada parcial y la discontinua	99
2. El contrato de relevo	113
2.1 Las tareas del relevista	114
2.2 La jornada del trabajador relevista	120
2.3 La distribución de la jornada	121
2.4 La duración del contrato de relevo	123

2.5 Reglas comunes a la contratación temporal, común o parcial	129
2.6 Requisitos subjetivos de validez	130
2.7 La forma del contrato	135
2.8 El régimen de sustitución en caso de cese del relevista y del relevado	137
3. La jubilación parcial	142
3.1 Introducción y derecho transitorio	142
3.2 El concepto de jubilación parcial	144
3.2.1 La edad y ámbito subjetivo	147
3.2.2 El contrato a tiempo parcial del relevado	151
3.2.2.1 La novación contractual	152
3.2.2.2 La jubilación parcial. Voluntaria o forzosa	156
3.2.3 La jornada del relevado y su flexibilidad	157
3.2.4 Otros requisitos de acceso	163
3.3 El hecho causante de la jubilación parcial anticipada y el devengo de la pensión	164
3.3.1 La solicitud	164
3.3.2 El cese del relevado en el trabajo a tiempo completo y la suscripción del contrato de relevo	165
3.4 La pensión	166
3.4.1 La cuantía de la pensión y su modificación	166
3.4.2 El régimen de compatibilidades	168
3.4.3 La extinción de la jubilación parcial	172
3.5 Las prestaciones de Seguridad Social y la jubilación parcial	173
CAPÍTULO III. FLEXIBILIDAD Y OBJETO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL	179
1. Sobre la admisibilidad de las cláusulas flexibles y elásticas en el trabajo a tiempo parcial	181
1.1 El objeto determinable; admisibilidad y límites	183
2. El objeto determinado y márgenes de indeterminación relativa	197
2.1 La forma en el contrato de trabajo a tiempo parcial, exigencia de determinación de los tiempos de trabajo y vías de flexibilización de la jornada	197
2.2 El difícil ajuste del fijo discontinuo a tiempo parcial a los requisitos de fijación de la jornada del Art. 12.4.a) ET	206
3. Instrumentos de tutela del equilibrio contractual desde la perspectiva del objeto del contrato a tiempo parcial	209
3.1 Forma, contenido esencial y formalidades en el contrato a tiempo parcial. Consecuencias de su incumplimiento	209
3.1.1 La jornada partida	219
3.1.2 La prohibición de horas extraordinarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial	225
3.2 La flexibilidad del contrato a tiempo parcial	231
3.2.1 Sobre el horario flexible y las exigencias del Art. 12.4.a) ET/98	231
4. Las horas complementarias	232
4.1 El concepto de hora complementaria	235
4.2 Las fuentes de su regulación	242
4.3 El pacto y su formalización	247
4.4 Supuestos en los que se admite la jornada complementaria con especial atención al fijo discontinuo	251
4.5 La duración del pacto sobre horas complementarias y causas de desestimiento	256
4.6 El quantum de la jornada complementaria	262

4.7 La distribución de la jornada complementaria	265
4.8 Garantías	272
4.8.1 El preaviso	273
4.8.2 El 'ius resistentiae'. Calificación y efectos del exceso de jornada o del incumplimiento del pacto	274
4.8.3 Remuneración, cotización y prueba	281
4.8.4 La consolidación de las horas complementarias	285
CAPÍTULO IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL	291
1. La igualdad de derechos del trabajador a tiempo parcial y fuentes del establecimiento de su proporcionalidad	293
1.1 La equiparación y proporcionalidad	303
1.2 Un primer grupo de derechos y condiciones de trabajo	305
1.3 El salario en el contrato a tiempo parcial	333
1.4 Otros significados de la antigüedad en el contrato a tiempo parcial y fijo discontinuo	347
1.5 Particularidades del despido, extinción, indemnización y salarios de tramitación	350
2. El principio de voluntariedad del trabajo a tiempo parcial. La novación contractual	356
BIBLIOGRAFÍA	373

Prólogo

Prólogo

El estudio sobre *El trabajo a tiempo parcial*, de Inmaculada Benavente Torres, que está elaborado sobre la base la tesis doctoral que en su día defendió sobre dicho tema (y que le valió acceder al grado de doctor con la máxima calificación académica), constituye un análisis exhaustivo de una figura contractual compleja, aún permanentemente discutida, y de difícil comprensión en muchos de los aspectos de su regulación. Y constituye por tanto una guía imprescindible para orientarse en la problemática suscitada por la aplicación práctica de dicha figura, así como para contextualizar las propuestas de reforma normativa que en el actual proceso de diálogo social sobre el mercado de trabajo se están planteando.

El contrato de trabajo a tiempo parcial se estudia, en este libro, partiendo de sus orígenes normativos, que se remontan al momento de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, en 1980, y en una perspectiva de fomento-reparto del empleo. Como modalidad contractual, el contrato a tiempo parcial es introducido en nuestro ordenamiento jurídico en el marco de los planteamientos de reparto del trabajo, desde la perspectiva de compartir el tiempo de trabajo y aumentar consiguientemente las posibilidades de empleo.

Las limitaciones de estos planteamientos bien pronto se pusieron de manifiesto, y ya en las reformas de los primeros años 90 se tiende a potenciar el uso del contrato a tiempo parcial como fórmula de flexibilidad del tiempo de trabajo, lo que se manifiesta, fundamentalmente, en la incorporación del módulo anual para la identificación del contrato y en la apertura a las diversas posibilidades de distribución irregular de la jornada de trabajo. Las posteriores reformas de la figura han puesto de manifiesto las dificultades de encaje de la misma en el panorama de las modalidades contractuales, su no menos complicada relación con el trabajo fijo discontinuo y el complejo equilibrio entre la atención a las exigencias empresariales de flexibilidad y la necesaria limitación de la disponibilidad del trabajador para llevar a cabo prestaciones laborales también limitadas. La evolución histórica de la normativa al respecto, con atención particular a las relaciones con los supuestos de trabajo fijo de carácter discontinuo, es objeto de un detenido análisis en el capítulo primero del libro.

Posteriormente, en ese mismo capítulo se analizan los elementos que tradicionalmente han venido siendo identificados como definidores del trabajo a tiempo parcial en cuanto modalidad contractual: la jornada reducida, y el alcance de esa reducción respecto de la jornada "completa", la voluntariedad de la reducción y su regularidad, y el valor conmutativo de la reducción del tiempo de trabajo. Todos estos elementos son estudiados en profundidad, distinguiendo aquellos que son esenciales para el contrato de trabajo a tiempo parcial (la reducción de la jornada, la no ocasionalidad de la misma) o considerados como tales por el legislador (la voluntariedad de la reducción), de los que no lo son (como la reducción proporcional del salario, que considera la autora que es un elemento característico del contrato de trabajo a tiempo parcial, pero ni es esencial en tal configuración proporcional ni exclusivo del mismo).

El capítulo segundo se centra en el estudio del régimen jurídico de las principales fórmulas contractuales que en la actualidad puede asumir el contrato a tiempo parcial, a saber, temporal o indefinido, el contrato de relevo y la jubilación parcial. Cada uno de esos supuestos viene desentrañado en los múltiples recovecos problemáticos que presenta, de forma tal que tenemos un panorama completo de su régimen jurídico y de las dificultades que plantea su aplicación.

El capítulo tercero, sobre "flexibilidad y objeto del contrato a tiempo parcial" es, sin duda, uno de los más interesantes del libro, prestándose especial atención a la "pugna" entre la flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo que aporta la figura y el límite infranqueable de la necesaria determinación del objeto del contrato. Considera la autora que, a lo largo de las diversas etapas normativas analizadas del trabajo a tiempo parcial, las cláusulas flexibles y elásticas en relación con el tiempo de trabajo son perfectamente asumibles, salvo en la reforma de 1998, en la que las cláusulas flexibles quedan completamente vedadas, mientras que las elásticas se reconducen exclusivamente a las horas complementarias previstas por el propio legislador. En la normativa vigente, sin embargo, ambos tipos de cláusulas son admisibles, por lo que a la jornada complementaria como posibilidad de "elasticidad", pueden añadirse márgenes pactados de flexibilidad en la distribución de la jornada ordinaria, puesto que la exigencia legal de concreción de la misma es lo suficientemente amplia como darles cabida. La posición de la autora, en este punto, es ecléctica, pues aunque defiende la posibilidad de amplios márgenes de flexibilidad, tanto cuantitativa (en los términos fijados por el legislador), como cualitativa, mantiene la exigencia de concreción de los tiempos de actividad y márgenes de variabilidad en todos y cada uno de los ámbitos temporales (día, semana, mes o año).

En lo relativo al régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, al que se dedica el capítulo cuarto, se analiza dicho régimen jurídico desde la perspectiva de dos de sus principios fundamentales: la igualdad de derechos del trabajador a tiempo parcial en relación al trabajador a tiempo completo, y la voluntariedad de la jornada parcial, tanto en el momento de su fijación originaria como en las posibles transformaciones que pueda experimentar. El principio de igualdad se estudia en relación con los derechos de los trabajadores en los que interviene, de una u otra forma, el factor temporal: la retribución, los permisos retribuidos, los descansos diarios y semanales, así

como correspondientes a días festivos y vacaciones, el periodo de prueba, la antigüedad, tanto a efectos de promoción económica como profesional, la excedencia voluntaria o los efectos indemnizatorios de la extinción del contrato.

Por otra parte, el principio de voluntariedad es objeto de un detallado e interesante análisis, tanto en lo que se refiere a la voluntariedad en el establecimiento de una jornada parcial, como, sobre todo, a la modificación de la jornada establecida. En relación con esto último, atendiendo a la doctrina judicial sentada y a los problemas planteados en el terreno de la Seguridad Social (la protección por desempleo), concluye la autora que la situación actual es desconcertante, y que parece ser el reflejo de la inadaptación de la norma a la realidad, no tanto por la prohibición legal de modificación unilateral de la jornada, como por la falta de previsión de medidas tutelares, tanto de prestación social como indemnizatorias, para los supuestos en que se produce una modificación de la jornada para su conversión en a tiempo parcial, una vez descartada su calificación como despido parcial y asumida la novación contractual como modificativa y no como extintiva.

En definitiva, el libro que me honro en prologar aborda de una manera completa y rigurosa la regulación actual del contrato a tiempo parcial y fijo discontinuo, sin obviar su evaluación y su comparación con las etapas normativas precedentes. Dos grandes ideas destacan a lo largo del estudio: una, la defensa de la reincorporación de la figura del trabajo fijo periódico en la modalidad de fijo discontinuo; y otra, la trascendencia de los tiempos de flexibilidad y elasticidad en el trabajo a tiempo parcial, proponiendo incluso su valoración con efectos calificadores del contrato. Frente al debate sobre los umbrales del trabajo a tiempo parcial, que podría reconducirse al control del fraude en la contratación y a reformas concretas en materia de Seguridad Social, del estudio parece deducirse que la auténtica "trampa social" del trabajo a tiempo parcial y su verdadera funcionalidad económica, estriban en los aspectos cualitativos de la jornada. Desde estas consideraciones, la autora asume una posición que pretende ser ecléctica y que reclama una exigencia firme de un compromiso obligacional suficiente y compatible con las exigencias de variabilidad, la recuperación del equilibrio contractual insatisfecho con la mera aplicación del principio de proporcionalidad, y una respuesta contundente de los Tribunales a los incumplimientos contractuales de la jornada.

Todo este esfuerzo de análisis jurídico y toda la información suministrada, constituyen, por tanto, y más a las puertas de nuevos intentos de replanteamiento de la figura del contrato a tiempo parcial, una aportación muy valiosa no solo para los juristas sino también para los protagonistas del diálogo social y para los responsables de la mejora de nuestro mercado de trabajo.

Córdoba, octubre de 2005

Federico Durán López
Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

La noción de contrato de trabajo a tiempo parcial

La noción de contrato de trabajo a tiempo parcial

1. Evolución histórica reciente del concepto de trabajo a tiempo parcial

Tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores, iniciada por el RD-L 18/1993, de 3 de diciembre (BOE del 7), de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, y como consecuencia de la “reconstrucción” del contrato de trabajo a tiempo parcial y, muy en particular, de su concepto, no cabe un estudio por separado de las que fueron figuras contractuales diversas, a saber, la antes mencionada y la que se corresponde con el contrato fijo discontinuo. Sin embargo, desde una perspectiva histórica, ambos contratos no sólo se han configurado como modalidades contractuales diferenciadas sino que han surgido como tales en momentos separados, a través de cauces distintos y, lo que es más importante, bajo visiones legislativas diferentes.

Efectivamente, la aparición del contrato fijo discontinuo como modalidad contractual surge ya antes de su reconocimiento normativo¹ a través de lo que se ha identificado como su “tipificación social”². Pretendía dar respuesta a una realidad, a una necesidad significada por el carácter de su objeto contractual: la estacionalidad de las tareas a realizar por el trabajador³. Ello sin olvidar la elaboración del principio

¹ Inicialmente en la normativa sectorial, a través de su regulación en las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales. Con carácter general, como hipótesis tipificada legalmente, en el art. 16, párrafos 1 y 2, de la LRL –y, posteriormente, en el art. 15, en sus párrafos 1º. e) y 6º del ET en los años 1980 y 1984 respectivamente– (B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, DL, nº 16/1985, pág. 11 y ss.; J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 64; Mª.M. RUIZ CASTILLO, “La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial”, Centro de Estudios Constitucionales (también en Revista de Política Social, nº 138/1983), Madrid, 1983, pág. 53; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, PPU, Barcelona, 1991, pág. 27 y ss.). No obstante, la figura del fijo discontinuo aparece con anterioridad a la LRL en normas de alcance general en el ámbito de la Seguridad Social (en el campo de aplicación de la LSS 1966 –art. 7– y O. de 5 de mayo de 1967 sobre protección por desempleo) y laboral (art. 8 D. 2090/72, de 2 de noviembre, sobre política de empleo) (B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, DL, nº 16/85, pág. 13).

² J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, José M. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 65; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, PPU, Barcelona, 1991, pág. 23 y ss.

³ J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, PPU, Barcelona, 1991, cit., pág. 17 y 18.

de estabilidad en el empleo que concluye por configurar lo que, de forma definitiva, serán las líneas invariables de identificación de la figura⁴.

Por el contrario, el nacimiento del contrato a tiempo parcial, concebido como tal y no como mera modalidad de jornada⁵, surge en 1980, a raíz de la publicación del Estatuto de los Trabajadores y, consiguientemente, del primer tratamiento específico del contrato, y como consecuencia de una opción de política del derecho inspirada, fundamentalmente, por el preconizado "reparto del empleo"⁶ e informada por prácticas y elaboraciones teóricas desenvueltas en los países de nuestro entorno⁷ y por organizaciones internacionales, tales como la OIT⁸. Cierto es que, pre-

⁴ No en vano se ha afirmado que su regulación legal no fue original, sino la consagración de las directrices que presidían las regulaciones específicas de las RT y la práctica jurisprudencial, avaladas por una concordante doctrina (M^a.M. RUIZ CASTILLO, "La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial", cit., pág. 77). Así, la jurisprudencia anterior a la LRL, si bien carente de homogeneidad, apoyó la duración indefinida del contrato cuyo objeto fuese la realización de trabajos fijos y discontinuos bien en base a una interpretación extensiva de las Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales, bien, incluso, prescindiendo de la apoyatura sectorial, con invocación de preceptos genéricos de la LCT. de 1944 (B. RÍOS SALMERÓN, "La contratación de trabajadores fijos discontinuos", cit., pág. 13 y 14). Respecto de la jurisprudencia, véase, por ejemplo: V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, "El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico", REDT, n^o 36, 1988, pág. 578 y 579. En este sentido, tampoco puede sorprender que la primera regulación general del contrato fijo discontinuo se hiciese a través de la LRL (L. 16/76, de 8 de abril), que fue la que reconoció abiertamente la preferencia respecto del contrato de duración indefinida (al respecto véase.: F. DURÁN LÓPEZ, "El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)", IES, Madrid, 1980, pág. 17, 59 y 60; J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos", cit., pág. 51).

⁵ A. OJEDA AVILÉS, "Las nuevas formas de contratación laboral", en AAVV, (Coord. F. DURÁN LÓPEZ), "Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo", Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983, pág. 78; J. GARCÍA MURCIA, "El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español", en AAVV, (Coord. F. DURÁN LÓPEZ) "Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo", Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983, pág. 144; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 88, 113 y 145.

El contrato de jornada reducida siempre ha sido posible en nuestro Ordenamiento jurídico-laboral, según ha reconocido la doctrina, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad –limitado en el máximo, libre respecto de mínimos– y confirmado implícitamente por los Decretos de salarios mínimos y por los art. 41 y 50 de la Ley de Colocación Obrera de 9 de julio de 1959 [E. BORRAJO DACRUZ, "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", en AAVV, "Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1979, pág. 16, 17, 32 y 33, publicado también en la Revista de Política Social, n^o 120, octubre-diciembre, 1978, pág. 47 a 69. Se adhieren a tal afirmación, por ejemplo: J. GARCÍA MURCIA, "El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español", cit., pág. 143 y 144 (que añade al alegato la remisión a los art. 8, 9, 13, 16, 25.6 LRL sobre contratos de formación y en prácticas, jornada reducida como medida de fomento de la ocupación de determinados colectivos de trabajadores con especiales dificultades de acceso al empleo, trabajos fijos y de carácter discontinuo, y la reducción de jornada por cuidado de un menor o guarda legal respectivamente); H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", Lex nova, 1994, Valladolid, pág. 81; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", en AAVV, "Comentarios a las leyes laborales", Tomo III, Madrid, 1985, pág. 271]. Ampliamente respecto de los antecedentes normativos del trabajo a tiempo parcial en España: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "Jornada reducida y trabajo a tiempo parcial: una perspectiva histórica", Tribuna Social, n^o 87, 1998, pág. 46 y ss.

⁶ Que se evidencia, principalmente, por la limitación subjetiva que impone la Disposición transitoria 3 del ET [F. DURÁN LÓPEZ, "La reducción del tiempo de trabajo: una aproximación al debate europeo", Revista de Trabajo, n^o 57 y 58, 1980, pág. 52; J. GARCÍA MURCIA, "El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español", cit., pág. 146 y 149; A. MARTÍN VALVERDE, "Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la L 32/84 de reforma del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV (Coord. M. Rodríguez-Piñero), "Comentarios a la nueva legislación laboral", Tecnos, Madrid, 1985, pág. 27 y 33].

⁷ A. OJEDA AVILÉS, "Las nuevas formas de contratación laboral", cit., pág. 78; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 89.

vios a su aparición, podríamos citar algún indicio normativo precursor de la utilización de la jornada reducida como medida de fomento del empleo⁹. Sin embargo, y con independencia de la valoración meramente “programática” que hayan merecido tales previsiones¹⁰, no se constituyen en precedentes directos del tipo de contrato autónomo en la medida en que carecen de un régimen jurídico-laboral propio que lo caracterice como tal¹¹. Este sólo se dará a partir del Estatuto de los Trabajadores, si bien, aún entonces, sectores doctrinales lo valorarán más como una cimentación

Desde luego, a nivel doctrinal se tiene muy presente el Derecho Comparado, por ejemplo: E. BORRAJO DACRUZ, “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social”, en AAVV, “Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1979 y en “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social”, Revista de Política Social, nº 120, octubre-diciembre, 1978; F. DURÁN LÓPEZ, La reducción del tiempo de trabajo: una aproximación al debate europeo”, Revista de Trabajo, nº 57 y 58, 1980; A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Jubilación parcial y reparto de trabajo. Análisis de la regulación española dentro del ámbito europeo”, Revista de Seguridad Social, nº 26, 1985; A. OJEDA AVILÉS, “Las nuevas formas de contratación laboral”, cit.; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, en AAVV, “Comentarios a las leyes laborales”, Tomo III, EDESA, Madrid, 1985, pág. 269 a 271.

⁹ Particularmente influyente es la definición que del contrato ofrece, referencia obligada, además, para la doctrina española y extranjera, previa y posterior a la definición legal: “trabajo efectuado en manera regular y voluntaria por un número de horas, diario o semanal, sensiblemente inferior respecto a la duración normal del trabajo”. La coherencia de la legislación española respecto de la noción de trabajo a tiempo parcial ofrecida por la OIT en 1963 [pese a su finalidad estadística y su naturaleza no vinculante para los Estados miembros (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, en AAVV, “Comentarios a las leyes laborales”, Tomo III, EDESA, Madrid, 1985, pág. 255 a 258)] es evidente en las dos versiones introducidas por la L 8/80 y por la L 32/84 de reforma del Estatuto; la voluntariedad -aún discutible según ALARCÓN CARACUEL-, la cuantía de la reducción cifrada en un mínimo de 1/3 -traducción española, en límites concretos, de la reducción “sensible”-, los módulos de referencia utilizados para el cálculo de la reducción -si bien, en este aspecto, no es predicable, en absoluto, de la noción inicial y sí, con alguna quiebra, en la L 32/84- son muestra de lo dicho (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 112 a 115). Respecto de la “regularidad” es requisito que, recogido expresamente en el 80, desaparece en el 84, consecuencia, quizá, de identificarse aquélla con como “homogeneidad” de los tiempos de prestación y como relación de duración (L. LÓPEZ CUMBRE, “Jornada parcial”, en AAVV (Coord. L.E. de la Villa Gil), “Estudios sobre jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 164).

En la doctrina española, por ejemplo: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 112 a 115 -que analiza nuestro contrato a la luz de la definición y características que le atribuye la OIT-; E. BORRAJO DACRUZ, “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social”, en AAVV, “Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, Madrid, 1979, pág. 14; A. OJEDA AVILÉS, “Las nuevas formas de contratación laboral”, cit., pág. 79 a 80; J.A. PEREDO LINACERO, “Trabajo a tiempo parcial y promoción profesional”, en AAVV, “Trabajo a tiempo parcial.”, Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 68; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, en AAVV, “Comentarios a las leyes laborales”, Tomo III, EDESA, Madrid, 1985, pág. 255.

También la CEE observa -en la declaración del Consejo de Ministros del 15 de mayo de 1979- la jubilación flexible y anticipada y el trabajo a tiempo parcial voluntario como medidas adecuadas de reparto del trabajo (F. DURÁN LÓPEZ, “La reducción del tiempo de trabajo: una aproximación al debate europeo”, cit., pág. 64).

⁹ Por ejemplo: art. 13.1 de la Ley de Relaciones Laborales; el art. 7 del RD-L 49/78, de 26 de diciembre, sobre política de rentas y empleo por el que se facultó al Gobierno, a propuesta del Ministerio de trabajo, “... para regular, con carácter experimental, contratos a tiempo parcial, que tendrán el carácter de contratos de duración determinada de los contemplados en el artículo 15 de la Ley 16/1976, de 8 de abril” (I. FLORES SABORIDO, “La contratación laboral como medida de política de empleo en España”, CES, Madrid, 1994, pág. 56; J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español”, cit., pág. 144; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “Jornada reducida y trabajo a tiempo parcial: una perspectiva histórica”, cit., pág. 53 y 54).

¹⁰ Puesto que ni la previsión del art. 13 LRL ni la del art. 7 RD-L 49/78, de 26 de Diciembre, se llevaron al efecto (J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español”, cit., pág. 144).

¹¹ Y que es continuamente reclamado en atención a las especificidades que, en los distintos campos, la prestación reducida presenta (E. BORRAJO DACRUZ, “Trabajo a tiempo parcial.”, cit., pág. 17, 18 y 33; J.A. PEREDO LINACERO, “Trabajo a tiempo parcial.”, cit., pág. 82) y, en definitiva, como exigencia de normalización del contrato mismo (F. DURÁN LÓPEZ, “La reducción del tiempo de trabajo: una aproximación al debate europeo”, cit., pág. 53).

de diversidad para el futuro que como un verdadero tipo de contrato ya construido como independiente¹².

Dada la naturaleza inicial de la figura en sus orígenes legislativos –la del contrato de trabajo a tiempo parcial– de medida de lucha contra el desempleo¹³, producto artificial del legislador, se explica que haya sido permanentemente moldeada por éste en las sucesivas reformas del Estatuto en función de los objetivos perseguidos¹⁴ y que haya sido definida a lo largo de su vida a partir de elementos sometidos, al menos algunos de ellos, a continua revisión. Es el caso de la exigencia estatutaria de cuantía mínima de reducción tanto de la ley 8/80, de 10 de marzo, como de la de la ley 32/84, de 2 de agosto, y del RD-L 15/98, de 27 de noviembre¹⁵. Y de los límites que para la distribución del tiempo de trabajo impuso la segunda de aquéllas. Justificadas en aras de su respectiva distinción referida al trabajo a jornada completa y al contrato de trabajo fijo discontinuo¹⁶, han sido observadas por determinados sectores como claves de encorsetamiento tan innecesarias como enajenantes de la naturaleza catalizadora del trabajo a tiempo parcial. Desde esta última posición, y como

¹² Puesto que ese esquema básico introducido por el art. 12 ET puede servir de plataforma para contratación de formas de empleo compartido y porque, en cualquier caso, es de prever una regulación futura detenida que de respuesta a la también previsible expansión del contrato (A. OJEDA AVILÉS, “Las nuevas formas de contratación laboral”, cit., pág. 79).

Su catalogación como “modalidad” contractual en el 80 puede resultar algo pomposa si se aprecia como única singularidad del contrato de trabajo a tiempo parcial, aparte su régimen singular de Seguridad Social, la limitación subjetiva que entraña la Disposición Transitoria 3 del ET –y cuyo incumplimiento no condiciona la eficacia del contrato sino sólo la inaplicación de las específicas normas– (M. ALONSO OLEA, “Jornada de trabajo y temas conexos”, Revista de Política Social, nº 141, 1984, pág. 83; L.M. CAMPS RUIZ, “El Estatuto de los Trabajadores y la normativa anterior sobre las relaciones laborales individuales”, I.E.S., Zaragoza, 1980, pág. 36; J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español”, cit., pág. 145 y 146).

En cambio, parece que su desarrollo reglamentario a través del RD 1362/1981 de 3 de julio y, posteriormente, el RD 1445/82 que sustituyó al anterior, no supuso más que una reiteración de los preceptos legales y la introducción de otros obvios (M. ALONSO OLEA, “Jornada de trabajo...”, cit., pág. 83). A nivel de Seguridad Social se completó con la O.M. de 20 de Enero de 1982 y por la Resolución de la Subsecretaría de Seguridad Social de 1 febrero 1982. GARCÍA MURCIA, en cambio, parece darle importancia de complemento y opina que la regulación en conjunto es razonable y acorde con lo previsto en otros países y propuestas de CEE (pág. 149 a 154).

Tras la Reforma del 93, sólo se reconocen como especialidades verdaderamente significativas las relativas al contrato de relevo y jubilación anticipada parcial así como respecto de su régimen de Seguridad Social (L.M. CAMPS RUIZ, “La nueva regulación del mercado de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 142). En la misma línea MERINO SENOVILLA confirma la inexistencia de esos caracteres sustanciales que le doten de la especificidad propia de una diversa “modalidad” contractual (H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 95 a 114).

¹³ De carácter directo en el año 80, según determina la Disposición Transitoria 3 y según se declara en el preámbulo del RD 1362/81, de 2 julio y se desprende de su posterior inclusión entre los medios que afectan a la modalidad de contratación que recoge el RD 1445/82, de 25 junio (BOE 1 julio) que refunde en una sola disposición la normativa vigente en fomento del empleo (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 271 y 272). Es indirecto para H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 88.

¹⁴ H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 113 a 115.

¹⁵ Cuya inobservancia supondría, únicamente, la exclusión del régimen jurídico específico previsto para el contrato de trabajo a tiempo parcial (J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial en el ordenamiento laboral español”, cit., pág. 145 y 146; H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 161).

¹⁶ Según se deduce de la discusión parlamentaria del proyecto respecto de la contratación en días, semanas o meses al año (F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, en AAVV, “Comentarios a la nueva legislación laboral”, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 67). Esa es la intencionalidad que, a la vista del proyecto de reforma de 31 de diciembre de 1983, le reconoce como probable M. ALONSO OLEA, Jornada de trabajo..., cit., pág. 105, y esa es la conclusión de la interpretación sistemática de los preceptos aludidos según se vieron afectados por la L 32/84, que al tiempo que extraía la referencia al año en el art. 12, la integraba, por el contrario, en el 15.6 ET. Indubitadamente le reconoce la mencionada finalidad entre otros: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 115; L.M. CAMPS RUIZ, “La nueva regulación del mercado de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 142; L. LÓPEZ CUMBRE, “Jornada parcial”, cit., pág. 173.

solución legislativa alternativa se erige como elemento natural definidor, con exclusividad, la existencia de una jornada inferior a la concebida como normal¹⁷; para diferenciarlo del contrato a jornada completa bastaría acudir al principio general de la conmutatividad de prestaciones del contrato de trabajo. También desde una perspectiva alternativa a aquélla, y prescindiendo ahora del criterio de carácter objetivo esgrimido por un sector doctrinal como diferenciador del contrato fijo discontinuo frente al trabajo a tiempo parcial, la delimitación entre ambas modalidades no se podría realizar sino a costa de parámetros arbitrarios o aleatorios fijados por el legislador¹⁸, particularmente si se ha superado la concepción de la jornada como diaria o semanal para acceder a una fijación anual de la misma.

La opción legislativa del 84, por la que se establecían unos límites respecto de los módulos de referencia que excluían el año como parámetro de cálculo de la reducción y como ámbito de distribución del tiempo de trabajo en el contrato de trabajo a tiempo parcial, fue objeto de crítica por importantes sectores doctrinales¹⁹. No obstante, fue mayoritario el beneplácito de la doctrina, que consideró positivamente tal decisión al contribuir a la difícil distinción de la figura respecto del contrato fijo discontinuo²⁰, así como por colaborar a la eliminación de la utilización simulada del contrato de trabajo a tiempo parcial en fraude a la contratación temporal²¹. En cualquier caso, no se cuestionó la conveniencia de la fusión de los contratos, pese al reconocimiento unánime de que ambos se caracterizaban por suponer una reducción del tiempo de la prestación respecto del entendido como “completo”²². ¿A qué se debió la ausencia de crítica respecto del mantenimiento por separado de ambas figuras? Con independencia de la influencia que sobre la doctrina española pudieron ejercer las pre-

¹⁷ L. LÓPEZ CUMBRE, “Jornada parcial”, cit., pág. 166; H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 145.

¹⁸ En esta línea, por ejemplo, GARCÍA MURCIA advierte que el contrato a tiempo parcial del 80 y el fijo discontinuo no presentan entre sí más diferencia, cuando la reducción del tiempo de trabajo al año es de al menos 1/3, que la limitación subjetiva impuesta al trabajo a tiempo parcial. En consecuencia, la utilización de uno u otro queda en manos de la libre elección de los sujetos (J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español”, cit., pág. 145; A. OJEDA AVILÉS, “Las nuevas formas de contratación laboral”, cit., pág. 79).

¹⁹ Respecto del contrato a tiempo parcial, dado que entrañaría problemas de carácter organizativo para las empresas que tuviesen una jornada anual distribuida irregularmente a lo largo del año o de cada mes. También podrían suscitarse conflictos interpretativos derivados de la exclusión legal de tal materia del ámbito del Convenio Colectivo, como es –a parte la duda sobre su legitimidad– la identificación de la cuantía correspondiente al módulo de proyección en el caso anteriormente referido (F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 68).

En relación al contrato para trabajos fijos, periódicos y discontinuos por la extensión de la figura respecto del contrato a tiempo parcial, aún constituyendo aquél una situación menos sólida del trabajador, derivada de la inclusión del módulo de referencia anual –extraído, por otra parte, del art. 12 ET– y de la inexistencia de un límite de reducción mínima semejante al impuesto para el part time y que admitiría una discontinuidad que abarcara, prácticamente, todos los días del año (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La contratación temporal en la L 32/84 y en los decretos de desarrollo”, cit., pág. 113).

²⁰ J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 79; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 275.

²¹ Por ejemplo: J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 275.

²² Por Ej. : E. BORRAJO DACRUZ, “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social”, cit., pág. 14 a 16; J. CRUZ VILLALÓN, “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984”, RL, nº 6, 1985, pág. 1037; J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español”, pág. 143; J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 80; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 40, 65 y 68.

visiones de la OIT²³, así como las legislaciones y doctrinas extranjeras, algunos autores defendieron enérgicamente la autonomía “real” de ambos contratos, rechazando como decisivo el argumento parametral. Así, DURÁN negó la superposición del contrato a tiempo parcial de cómputo anual y del fijo discontinuo, en tanto que aquél no tiene necesariamente por objeto la realización de los trabajos previstos legalmente para este último. Desde esta perspectiva, el contrato fijo discontinuo tendría un campo propio y exclusivo –al menos tendencialmente– marcado por su elemento objetivo; la diferencia entre las modalidades no sería de naturaleza cuantitativa o relativa a la distribución de la jornada, sino cualitativa, referida a la fijeza, discontinuidad y periodicidad de las tareas²⁴. Y ésta, ya lo adelantamos, es la posición que asumimos en la delimitación de ambas figuras contractuales, aún cuando se extienda el régimen jurídico del fijo discontinuo a determinados aspectos del trabajo a tiempo parcial vertical en el año, por razones de similitud morfológica.

Tales elementos, fijeza, discontinuidad y periodicidad tienen que interpretarse conjuntamente, puesto que por separado pierden su sentido y no resultan útiles para calificar al fijo discontinuo frente al trabajo a tiempo parcial. Así, la primera de las características no puede servir para distinguir las mencionadas modalidades puesto que también el contrato de trabajo a tiempo parcial puede ser indefinido y, lógicamente, tener por objeto la realización de tareas de carácter fijo; la permanencia de aquellas sirve para deslindar el contrato fijo discontinuo del eventual –y, en general, de cualquier contrato temporal– pero no para delimitarlo respecto del trabajo a tiempo parcial. La periodicidad, entendida como repetición cíclica, de frecuencia regular²⁵, y posiblemente incierta en cuanto a la identificación de los momentos de ejecución de la prestación, sí podría servir de diferenciación si se considerase que aquellos debían ser ciertos y estar señalados previamente en el trabajo a tiempo parcial²⁶. Sobre ello abundaremos más adelante. Sin embargo, aún aceptando acriticamente la exigencia de estricta identificación de los tiempos de ejecución del trabajo a tiempo parcial y

²³ Clara en E. BORRAJO DACRUZ, “Trabajo a tiempo parcial.”, cit., pág. 14 a 16. OJEDA AVILÉS, expresamente, acude a la definición ofrecida por la OIT para crear una preferencia en favor a la calificación como trabajo a tiempo parcial de aquel en que la reducción es diaria o semanal (A. OJEDA AVILÉS, “Las nuevas formas de contratación laboral”, cit., pág. 80). Más distanciado se muestra, en cambio, ALARCÓN CARACUEL que, aún reconociendo como positiva su contribución para su integración plena como trabajo profesional, superando las tesis de GRASSELLI, valora desde una perspectiva crítica los caracteres que aquella le atribuye (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 112 a 115).

Recordemos que respecto de los módulos de cálculo de la reducción designados por la OIT, ésta sólo se refirió a horas al día o a la semana. La L 32/84, en cambio, añadió la posibilidad de cuantificación de la misma con referencia al mes. Por el contrario la utilización por esta norma del día es una novedad respecto de aquella que debe situarse en el ámbito cualitativo de la jornada y no tanto en su dimensión cuantitativa.

²⁴ F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 68); M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La contratación temporal en la L 32/84 y en los decretos de desarrollo”, en AAVV, (Coord. M. Rodríguez-Piñero), “Comentarios a la nueva legislación laboral”, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 112.

²⁵ J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 67 a 70; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La contratación temporal en la L 32/84 y en los decretos de desarrollo”, cit., pág. 112 y 113. Por contra, descarta como esencial y necesario el rasgo de la periodicidad, J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 41 y 42.

²⁶ B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 25 a 31. Es de la misma opinión, por ejemplo, GARCÍA ORTEGA que descarta, en consecuencia, la compatibilidad del contrato fijo discontinuo de ejecución irregular (en el que no se conoce previamente la colocación de los tiempos de trabajo) y el contrato de trabajo a tiempo parcial (J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 125).

reconociendo como peculiaridad de la figura el régimen de turnos de llamada²⁷, la imposibilidad de la determinación con carácter previo de la prestación del fijo discontinuo no ha caracterizado históricamente al tipo contractual puesto que ha cabido, también, que aquellos sean ciertos. Es igualmente rechazable el criterio de la discontinuidad “extraordinaria”²⁸ de la prestación²⁹, entendida como intermitencia de la misma³⁰ en tanto que, también en el contrato a tiempo parcial, puede ser de tal naturaleza en sus variantes mixtas y, desde luego, en la vertical. Por último, GARCÍA ORTEGA señala la “normalidad” de la cuantía reducida del tiempo de trabajo en el fijo discontinuo en tanto que aquélla, en el contrato a tiempo parcial, implica una reducción respecto del considerado “habitual”³¹. Ahora bien, no puede referirse con ello a lo que se consideraría tiempo habitual en la actividad, puesto que es sabido que los trabajos fijos discontinuos son posibles tanto en empresas de temporada como en empresas de actividad continuada a lo largo del año y, en este último supuesto, tanto respecto de trabajos de temporada como respecto de aquellos que supongan un aumento cíclico de la actividad “cotidiana”³². Podría ser que con esa “normalidad” de la suma del tiempo de la prestación se desee subrayar la correspondencia de la duración de la misma con esas necesidades “reiteradas” en la actividad de la empresa³³. Pero, ello habría de englobarse en un tema de mayor ámbito que sería el de la adaptabilidad de los tiempos de trabajo a las necesidades de la producción y que, desde luego, no constituye la aspiración de una única modalidad contractual; ¿por qué va a ser menos exigido por la naturaleza de las tareas el tiempo invertido en la prestación a tiempo parcial de un trabajador de una pizzería que la prestación fija discontinua de un cocinero de colegio?, ¿o es que está fundamentada esa distinción en una concepción del trabajo a tiempo parcial vinculado a una reducción de la jornada, en tanto que el fijo discontinuo se integra en la “temporalidad” de la prestación? Parece que esto último subyace de forma transcendente en la separación de ambas figuras.

²⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La contratación temporal de la L 32/84 y en los decretos de desarrollo”, cit., pág. 114.

²⁸ Diversa de la ordinaria, connatural a la prestación laboral en general (vid. J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 40).

²⁹ Que ofrecen, por ejemplo: J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 81; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 40 y 41.

³⁰ J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 66.

³¹ J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 81.

³² Vid. por ejemplo: J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 78; B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 33 y 34; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La contratación temporal en la L 32/84 y en los decretos de desarrollo”, cit., pág. 113.

³³ En este sentido RÍOS SALMERÓN señala la existencia de una función económico-social diferente para ambos contratos: en tanto que el trabajo a tiempo parcial destaca la “voluntariedad” de la reducción del tiempo de trabajo ya que pretende satisfacer las vocaciones específicas de determinados sectores de la población, la disminución de la unidad mínima de trabajo a contratar por las empresas y ser vía de reparto voluntario del empleo, en el fijo discontinuo, por el contrario, destaca la naturaleza objetiva de la prestación reducida (B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 30 y 31. Así lo admite TARRAGA, que añade inspirado por la misma idea, aparte razones de tipo histórico y de las finalidades que los informan, la diferente causa de la reducción del tiempo en uno y otro contrato: el pacto en el contrato a tiempo parcial, la suspensión del contrato en el fijo discontinuo –J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 68–).

Sin embargo, a nuestro parecer, no cabe, ni aún entonces, olvidar aquélla causa que expresamente inspira el régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial de la L 32/84 y que implica, igualmente, dar cobertura a las diversas necesidades productivas de las empresas.

Probablemente, en nuestra opinión, pesó más la vinculación del contrato a tiempo parcial al ámbito demarcado por la jornada de trabajo³⁴, en tanto que el esquema de prestación del fijo discontinuo se asemejaba enormemente a la del contrato temporal y, más en concreto, al eventual³⁵.

No obstante, la diferenciación dogmática del contrato a tiempo parcial frente al temporal conoció también la confusión expresada respecto de las dos facetas que puede revestir el tiempo en el contrato de trabajo: como “tiempo de trabajo” o bien como “duración del contrato”³⁶. Así la doctrina destacó la dificultad de distinción del trabajo a tiempo parcial respecto del temporal –y por descontado del fijo discontinuo– a partir de su concepto legal, particularmente en su redacción inicial. El artículo 12 de la LET, que originariamente definía el trabajo a tiempo parcial como aquél que se prestase “*durante un determinado número de días al año, al mes o a la semana, o durante un determinado número de horas, respectivamente, infe-*

³⁴ Se está pensando en una jornada principalmente diaria o semanal. Entre nuestra doctrina son muestras de la concepción de la jornada como preferentemente diaria ALONSO OLEA que afirma la incorrección en la utilización del término para designar el tiempo de trabajo en referencia a la semana, meses o año (M. ALONSO OLEA, “Jornada de trabajo y temas conexos”, Revista de Política Social, nº 141 (enero-marzo), 1984, pág. 77 y 79).

La noción de jornada también se vincula fácilmente al módulo semanal dado que la duración de la máxima legal se fija en orden a dicho ámbito temporal y a que las normas internacionales toman la semana como base. No en vano, y esto también justifica su identificación con el parangón semanal, se ha reconocido que es la duración física con mayor contenido psicológico (M. ALONSO OLEA, “Jornada de trabajo...”, cit., pág. 79).

³⁵ Así lo admite, por ejemplo: M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El contrato de los trabajadores fijos discontinuos: la reforma continua”, en AAVV, “Trabajo a tiempo parcial”, Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 104. Vínculo claro en afirmaciones tales como la de BORRAJO DACRUZ que sitúa la reducción del tiempo de trabajo computada por años “dentro del trabajo temporal” (E. BORRAJO DACRUZ, “Trabajo a tiempo parcial.”, cit., pág. 16). Menos evidente, pero no menos significativo, el hecho de que se afirme la confusión que se genera entre, por un lado, contrato a tiempo parcial y, por otro, temporales y fijos discontinuos, y, posteriormente, al ofrecerse una pauta de distinción entre los dos primeros, que reconoce como preferentemente temporales –frente a los contratos a tiempo parcial– aquellos en los que la reducción se compute por meses o años, ni siquiera se mencione a los últimos referidos (A. OJEDA AVILÉS, “Las nuevas formas de contratación laboral”, cit., pág. 80). También la confusión es patente en RUIZ CASTILLO, que expresa sus reservas sobre la temporalidad del fijo discontinuo al que, no obstante, le reconoce un término cierto de conclusión del contrato, –si bien, posteriormente, afirma el carácter indefinido de éste– y su imposible identificación con el contrato a tiempo parcial, al no ser ésta una “modalidad contractual desde el punto de vista de la duración del contrato” (M^a.M. RUIZ CASTILLO, “La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial”, cit., pág. 39, 78 y 79). DURÁN incluye en las lista de temporalidad la del fijo discontinuo aún reconociendo su configuración como indefinido (J. SEGURA, F. DURÁN, L. TOHARIA, S. BENTOLILA, “Análisis de la contratación temporal en España”, MTSS, Madrid, 1991, pág. 24).

No en vano, aún en el año 1984 –pero antes de la L 32/84–, algunos autores designan al contrato de trabajo fijo discontinuo con el nombre, más equívoco, de contrato de “temporada” (M. ALONSO OLEA, “Jornada de trabajo...”, cit., pág. 83 y 105). Confusión terminológica que denuncia RUIZ CASTILLO, al ser utilizado el término por el legislador para designar al contrato eventual –... “por razones de temporada”– en el art. 15.1.b) ET (M^a.M. RUIZ CASTILLO, “La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial”, cit., pág. 78) y que se remonta a las primeras Reglamentaciones de Trabajo que regularon el trabajo estacional (J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, José M^a. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 21 y ss., 71 y ss.).

Ya en vigor el régimen instituido por la L 32/84, algún autor destaca como elemento de diferenciación entre los contratos que nos ocupan, el hecho de la menor duración de la jornada anual deriva de la jornada contratada en el contrato a tiempo parcial, en tanto que en el fijo discontinuo aquélla tiene su causa en la suspensión del contrato (J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 68).

Los exponentes más claros de esta línea de distinción lo constituyen ALONSO OLEA y ALARCÓN CARACUEL, según los cuales el trabajo a tiempo parcial es una modalidad de duración de la jornada mientras que el fijo discontinuo lo es de la duración de la relación (M. ALONSO OLEA y M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Derecho del Trabajo”, 11^a edición, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989 –claro ya en su índice–; M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Fomento y defensa del empleo y ordenación del tiempo de trabajo”, en AAVV (Coord. J. Rivero Lamas), “La flexibilidad laboral en España”, Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993, pág. 437 y 438).

³⁶ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 14 y ss.

rior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad que se trate en el mismo período de tiempo", fue considerado por la doctrina como insuficiente, ambigua, –al menos en la práctica³⁷–, en su formulación de la modalidad contractual frente a las anteriormente expresadas y ello, fundamentalmente, en atención a la inclusión del módulo de referencia anual o, incluso, el mensual³⁸ para el cálculo de los 2/3 de reducción de la jornada habitual en ese ámbito temporal. En consecuencia se propuso para facilitar su distinción, la limitación de los módulos temporales de referencia para el cálculo de la reducción, restringiéndose el contrato a tiempo parcial preferentemente al diario, semanal o, a lo sumo mensual, correspondiendo, por el contrario, al temporal –y al fijo discontinuo– la referencia anual³⁹. Tal opción fue la que se siguió en la reforma del 84 que extrajo del artículo 12 ET la comentada unidad anual y la incorporó, a su vez, en la definición del contrato fijo discontinuo. Sin embargo, éste no pudo ser un criterio válido de distinción respecto del contrato temporal dado que éste no supone o implica relación alguna con ningún otro módulo temporal, tampoco el anual, que lo supere –salvo en lo que se refiere a máximos tutelares que persiguen, por otra parte, una finalidad diversa de la potenciación de la jornada completa: la protección de la estabilidad en el empleo–, y ello porque, por definición, el contrato temporal termina en sí mismo y no tiene, por tanto, sentido relacionarlo con ámbito temporal alguno que exceda de su propia vida. Además, la eliminación del módulo anual –como cualquier otro inferior– en el contrato a tiempo parcial, una vez modificada la redacción del Art. 12 ET en cuestión por la L 32/84, no podría evitar supuestos de "similitud morfológica" respecto del contrato temporal eventual⁴⁰.

Volviendo sobre la delimitación del trabajo a tiempo parcial frente al fijo discontinuo, en última instancia el criterio que definió al contrato de trabajo a tiempo parcial desde el 84 hasta el 93, a salvo del mínimo de reducción y del ya referido criterio objetivo, fue una fórmula de distribución del tiempo de la prestación⁴¹. La contratación de la fuerza de trabajo por horas al día o a la semana, o bien, días a la semana o al mes, implicaba principalmente, la imposición de un marco de distribución irregular del tiempo de trabajo limitado en el ámbito máximo del mes y la implícita

³⁷ Puesto que teóricamente no tendría por qué dado que el contrato de trabajo a tiempo parcial se define por la duración de su jornada, pudiendo ser la relación de duración indefinida o temporal (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", en AAVV – E. Borrajo Dacruz–, "Comentarios a las leyes laborales", Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, pág. 275).

³⁸ A. OJEDA AVILÉS, "Las nuevas formas de contratación laboral", en AAVV –Coord. F. DURÁN LÓPEZ–, "Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo", Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, 1983, pág. 79.

³⁹ BORRAJO DACRUZ y OJEDA AVILÉS, atendiendo la definición de la OIT y soluciones aportadas en otros países, propusieron la exclusión del mes como unidad de cálculo de la reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, así como un criterio interpretativo del inicial art. 12 ET delimitador de situaciones con posibles calificaciones concurrentes, según el cuál tendrá prioridad la calificación como contrato a tiempo parcial caso de tratarse de reducciones diarias o semanales; la prioridad será para el temporal en caso de lapsos mayores (E. BORRAJO DACRUZ, "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", en AAVV, "Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1979, pág. 16; A. OJEDA AVILÉS, "Las nuevas formas de contratación laboral", cit., pág. 79 y 80).

⁴⁰ M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 115.

⁴¹ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 145 y 146.

exigencia de prestar trabajo a lo largo de todo el año⁴². Esta visión reductiva del contrato y constrictora de su versatilidad, resulta aún más llamativa por ser desconocida en el ámbito de la jornada "normal"; la anualización de la jornada es posible con anterioridad al ET⁴³.

En este orden de cuestiones, aún cuando la normalización o, mejor, la obtención de la "*carta de ciudadanía*" por el contrato de trabajo a tiempo parcial, se proclamó por DURÁN respecto del contrato moldeado en el 84 provocada por un cambio de concepción legal del mismo y de la que fue fiel reflejo la eliminación de los límites subjetivos que supuso la derogación de la Disposición Transitoria 3 del Estatuto de los Trabajadores por la L 32/84⁴⁴, la decidida potenciación de su uso como fórmu-

⁴² Según las interpretaciones doctrinales tendentes a la superación, en la medida de lo posible, de la rigidez que conlleva una exégesis literal del precepto y que trataron reducir los límites legales a la exclusión del parámetro anual y la aceptación, en contra de una interpretación estrecha del precepto, del establecimiento de la jornada parcial en semanas al mes [M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 115; F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 69; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 290], así como de la distribución irregular, respecto de la jornada diaria, de las horas de trabajo en el referido marco temporal (M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 115; F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 68).

Más atrevida fue la propuesta hermenéutica, servida por DURÁN a los Tribunales y fundada sobre la diferenciación objetiva de ambos contratos, para arbitrar la posibilidad del trabajo a tiempo parcial en supuestos de cálculo anual cuando aquél no tuviese por contenido la realización de trabajos fijos discontinuos (F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 68).

Si se admite la distribución irregular de las horas de trabajo en la jornada diaria dentro del mes y se calcula la reducción en función de aquellas, ¿qué sentido tiene la expresa referencia legal a los "días" en tal modalidad de distribución? Creo que sólo cabe interpretarla como un deficiente reconocimiento de los dos grandes tipos de trabajo a tiempo parcial, el horizontal y el vertical, e, implícitamente, de las formas combinadas de los mismos (F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", Deusto, Bilbao, 1990, pág. 52). De lo contrario, se tendría que excluir la distribución irregular de las horas en el ámbito semanal respecto de la modalidad pactada de días a la semana, precisamente, cuando se admite en el caso de acuerdo sobre horas calculadas en el mismo ámbito temporal (L. LÓPEZ CUMBRE, "Jornada parcial", cit., pág. 172).

⁴³ En nuestro Ordenamiento jurídico, el art. 23 de la LRL admitió, expresamente y con carácter general, la fijación, a través de Ordenanzas Laborales, Reglamentaciones de Trabajo y, especialmente, Convenios Colectivos, de la jornada de trabajo en días, semanas, meses o en cómputo anual. La mencionada posibilidad se recogió igualmente, respecto de los Convenios Colectivos, en el ET (explícita respecto del año e implícita respecto de ámbitos inferiores a éste) y entrañó, a la luz de la jurisprudencia y como igualmente lo supuso la LRL, la facultad de distribución irregular de la jornada en ese marco temporal y el cómputo en promedio anual de la jornada máxima (vid: M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 88 y 89; M. ALONSO OLEA, "Derecho del Trabajo", 4ª edición, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, 1976 pág. 145 y 146, y "Jornada de trabajo...", cit., pág. 80 y 88; G. BAYÓN CHACÓN y E. PÉREZ BOTIJA, "Manual de Derecho del Trabajo", undécima edición revisada y puesta al día por F. VALDÉS DAL-RE, Marcial Pons, Madrid, 1977-1978; J.I. GARCÍA NINET, "Jornada", en AAVV (Dir. E. Borrajo Dacruz), "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982, pág. 49, 54, 55, 73 y 74; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "Jornada de trabajo legal y jornadas convencionales", en AAVV (Coord. L.E. de la Villa Gil), "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991, pág. 97; J. L. FERNÁNDEZ RUIZ, "Ley de relaciones laborales. Análisis y comentario", Deusto, Bilbao, 1976, pág. 126; A. MONTOYA MELGAR, "Derecho del Trabajo", Tecnos, Madrid, 1978, pág. 303).

Normas particulares ya habían previsto una jornada máxima fijada en cómputo anual, por Ej.: si bien sometida a límites diarios, respecto de los trabajos de laboreo a roza abierta (art. 4 de la L de 27 de Diciembre de 1910, sobre jornada máxima de trabajo en las minas); o las sesenta horas semanales, "... o sea tres mil horas de trabajo al año" para la industria textil (art. 1 del RD 24 de agosto de 1913 sobre jornada máxima de trabajo y remuneración a destajo en la industria textil).

⁴⁴ F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", en AAVV, "Comentarios a la nueva legislación laboral", Tecnos, Madrid, 1985, pág. 65; A. MARTÍN VALVERDE, "Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) de reforma del Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 31.

La mencionada Disposición Transitoria 3, y la limitación subjetiva que entrañaba para la contratación a tiempo parcial, impuso una concepción del contrato como, según fue calificada por DURÁN, "parche en la lucha contra el desempleo"; la modalidad contractual objeto de estudio, por el contrario, tendría otra vocación de futuro: la satisfacción de los intereses específicos de determinados trabajadores y de concretas necesidades organizativas empresariales (F. DURÁN LÓPEZ, "La reducción del tiempo de trabajo: una aproximación al debate europeo", cit., pág. 53). En la misma línea de identificación del trabajo a tiempo parcial con el campo de la organización del tiempo de trabajo se halla RAMÍREZ MARTÍNEZ que considera incluso desincentivadora la referida limitación subjetiva al impedir la novación de los trabajadores internos (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 255, 256 y 282). En los mismos términos "desincentivadores" se expresa J. GARCÍA MURCIA, "El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español", cit., pág. 146.

la de flexibilidad no se alcanza plenamente hasta la incorporación del módulo anual en el 93, momento legislativo en que se rehace el tipo contractual en coherencia con las líneas reguladoras y reformadoras de la jornada de trabajo⁴⁵ y con el atractivo que, de siempre, se le ha atribuido al mencionado contrato; cuestiones ambas que responden a la común aspiración de flexibilización en la utilización del tiempo de trabajo.

La flexibilidad del nuevo contrato a tiempo parcial se extiende en el 93 a ámbitos mucho más discutibles que a la mera extensión al año de la posibilidad de distribución irregular de la jornada. Así, se introduce una la noción abierta del trabajo a tiempo parcial, ajena a las viejas demarcaciones, tanto las relativas a la exigencia de cuantía mínima de la reducción de jornada como las ya referidas cualitativas⁴⁶; engrosado por la incorporación del fijo discontinuo⁴⁷; y por la creación del contrato "marginal". Se erige así en un "macrocontrato" acaparador de una realidad extraordinariamente plural en sus múltiples dimensiones jurídicas, organizativas, económicas y sociales.

Finalmente, aún hoy puede resultar interesante la segunda causa, ésta de orientación tutelar, que informó al legislador del 84 para establecer la limitación de la distribución del tiempo de trabajo en el contrato de trabajo a tiempo parcial. Se observa la medida como vía de cautela frente a posibles excesos en la "inestabilidad en cuanto a la disponibilidad horaria del trabajo contratado" y que justificó, según se deduce del debate parlamentario, la exclusión de la contratación de una jornada anual en el contrato de trabajo a tiempo parcial, o lo que es lo mismo, una distribución irregular de horas al año⁴⁸. Es cierto que ya la doctrina reaccionó en su momento dando respuestas respecto del problema aludido, reconduciendo aquél al orden general de la "colocación" del tiempo de trabajo y a las soluciones habituales que ofrece el ordenamiento para evitar esa excesiva disponibilidad⁴⁹. No es en este último aspecto en el que nos resulta más inquietante la inexistencia de límites legales a la fijación de la cuantía y distribución del tiempo de trabajo en el trabajo a tiempo parcial, cuestiones ambas que se identificarían con un problema de determinación o determinabilidad del objeto del contrato de trabajo. Sí pueden, en cambio, vislumbrarse posibles tintes de originalidad en el tratamiento de la irregularidad en la distribución –junto a otros

⁴⁵ Vid. [ej.]: J.J. GARCÍA NINET, "Ordenación del tiempo de trabajo", en AAVV (Coord. E. Borrajo Dacruz), "Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los trabajadores", Edersa, Madrid, 1994, pág. 9 y ss; J.A. LINARES LORENTE, "Flexibilidad en materia de jornada de trabajo", Estudios de Jurisprudencia. Revista Colex, nº 11, mayo/junio, 1994, pág. 96.

⁴⁶ Flexibilización de la utilización del tiempo que en el contrato a tiempo parcial contiene una dimensión tanto cuantitativa (al desaparecer el límite mínimo de 1/3 en la reducción) como cualitativa (al recuperarse, al igual que en el Estatuto de los Trabajadores del 80, el parámetro anual) (L.M. CAMPS RUIZ, "La nueva regulación del mercado de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 141 y 142).

⁴⁷ Un contrato fijo discontinuo, por otra parte, ya bastante extenso a raíz de la L 32/84 y normas de desarrollo, en cuanto se identificó por el art. 11 del RD 2.104/84 lo cíclico y lo intermitente; por contribuir expresamente, al suprimir las "razones de temporada" del anterior art. 15.1.b) ET como causa de contratación temporal, a cercar un campo dubitadamente compartido –aún con las denuncias de la doctrina y jurisprudencia– con los contratos eventuales; por incluir situaciones muy heterogéneas como son, en particular, aquellas dotadas de una regularidad cierta junto a las de regularidad incierta; así como por las razones ya mencionadas en la nota 19 (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La contratación temporal en la L 32/84 y en los decretos de desarrollo", cit., pág. 112 a 114).

⁴⁸ F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 67 y 68.

⁴⁹ F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 69.

aspectos relacionados con la elasticidad y flexibilidad del tiempo de trabajo– si se observa aquélla –y los demás mencionados– a luz matizadora del salario “suficiente”. Y rebela, sin lugar a dudas en cualquier caso, una problemática específica del trabajo a tiempo parcial y una funcionalidad también diversa. Esta será una perspectiva del análisis que abordaremos más adelante.

Tras la reforma del Art. 12 ET introducida por el artículo Tres del RD-L 8/97, de 16 de mayo, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, convertido posteriormente en la L 63/1997, de 26 de diciembre, un sector de la doctrina retomó la tesis de la autonomía contractual del fijo discontinuo frente al contrato a tiempo parcial so pretexto de la inclusión del *contrato fijo-discontinuo*, junto al contrato a tiempo parcial y al de relevo en la nueva rúbrica del Art. 12 TRET, así como la extracción del tratamiento del mismo del párrafo 2º. para recoger su régimen jurídico en un sólo párrafo, el 3º⁵⁰. Tales consideraciones retoman los clásicos criterios de delimitación de ambos contratos. Fundamentalmente, la tesis de la autonomía objetiva del contrato fijo discontinuo al identificar como distintivo del mismo frente al contrato a tiempo parcial el carácter objetivo de la cuantificación y distribución de los tiempos de prestación, impuestos o determinados por la naturaleza de la actividad objeto del mismo; el contrato a tiempo parcial, en cambio, se caracterizaría, nuevamente si bien ahora con independencia de la fórmula de distribución de la jornada escogida, por la voluntariedad de la reducción de aquélla, producto del acuerdo de voluntades de las partes y no de las tareas a realizar⁵¹. A este argumento principal se añaden otros de menor entidad, tales como la diversa funcionalidad social de ambos contratos, vinculado nuevamente el contrato de trabajo a tiempo parcial, parece que desde una perspectiva sociológica, a la integración del trabajador en el mercado de trabajo y a su naturaleza de trabajo secundario o complementario y vinculado, por consiguiente, a políticas de fomento del empleo. En cambio, el trabajador fijo discontinuo desenvuelve su profesión en sectores de actividad estacional, siendo, por consiguiente, una forma ordinaria, normal, definitiva de su vida laboral⁵². También su funcionalidad desde la perspectiva de la organización empresarial sería diferente en ambos tipos contractuales, vinculado el fijo discontinuo a la naturaleza cíclica o estacional de la actividad misma, en tanto que el contrato a tiempo parcial serviría de instrumento de ajuste y racionalización de la mano de obra en la empresa⁵³. No obstante, y pese a los esfuerzos que se puedan hacer a nivel doctrinal, el fijo discontinuo sigue entonces calificado y regulado como contrato a tiempo parcial tras la reforma del 97 pese –también– a los deseos que

⁵⁰ I. BALLESTER PASTOR, “El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 181 a 184; A. PEDRAJAS MORENO, “Novedades en la contratación laboral tras el Real Decreto-ley 8/97, de 16 de mayo”, RL, nº 13, 1997, pág. 22 y 23; J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, Mc Graw Hill, Madrid, 1988, pág. 12. De mayor autonomía institucional –y estética– del FD lo califican: A. J. VALVERDE ASENSIO, “La determinación del periodo de actividad de los trabajadores fijos discontinuos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 38 y 39; J. CRUZ VILLALÓN, “Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos”, Tribuna Social nº 85, 1998, pág. 35.

⁵¹ J. YANINI BAEZA, “La contratación para los trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 34, 35 y 52.

⁵² J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 17 y 18.

⁵³ J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 18 y 19.

albergaran las centrales sindicales que la consensuaron⁵⁴. Es más tal párrafo tercero comienza designando como contrato a tiempo parcial indefinido los supuestos que en el se integran.

Las dos últimas grandes etapas en la evolución del concepto del contrato de trabajo a tiempo parcial se identifican con el RD-L 15/98 y con el RD-L 5/2001, de 2 de marzo, y la L. 12/2001, de 9 de julio. El RD-L 15/98, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el contrato a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, vino a dar cumplimiento al Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad de 13 de noviembre de 1998, concluido entre el Gobierno, UGT y CCOO, y a procurar un mejor ajuste de la normativa nacional a la Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 de diciembre sobre el Trabajo a Tiempo Parcial. La reforma del Art. 12 ET que propició aquél supuso un nuevo vuelco en la noción del contrato de trabajo a tiempo parcial. Aún cuando se mantuvo el año como módulo de referencia y la subsunción del fijo discontinuo en el contrato de trabajo a tiempo parcial, se recuperó nuevamente el requisito del mínimo de jornada para su calificación como tal modalidad contractual. No obstante, dicho umbral de la jornada parcial ya se configuró desde la norma como sometido “a prueba” puesto que su Disposición adicional única preveía la posibilidad de revisión de aquél en función de los resultados de la nueva regulación. Y dicha revisión y subsiguiente supresión se produjo definitivamente (tras su matización previa respecto del fijo discontinuo irregular por la L 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) por el RD-L 5/2001, de 2 de marzo, y la L 12/2001, de 9 de julio, ambas de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Esta última versión de la noción del contrato a tiempo parcial mantiene al fijo discontinuo periódico como submodalidad de aquél, en tanto que el fijo discontinuo irregular recupera su autonomía como modalidad contractual pasando a ser regulado en el Art. 15.8 ET. Sobre todas estas cuestiones y su crítica profundizaremos en los siguientes epígrafes.

2. El contrato fijo discontinuo como contrato a tiempo parcial. Crítica a la división del género discontinuo

Como hemos adelantado en el epígrafe precedente, es a través de la reforma de 1993 donde se produce el salto cualitativo de la visión legislativa del contrato de trabajo fijo discontinuo, que pasa de ser una modalidad contractual autónoma, definida en función de la protección de la estabilidad del empleo del trabajador ocupado en tareas permanentes y discontinuas y clasificado como tal modalidad, en consecuencia, en atención a su expresa condición indefinida, a ser subsumido por el contrato de trabajo a tiempo parcial con la consiguiente prevalencia del mismo como modalidad de jornada reducida. A partir de este momento, las siguientes reformas del concepto y régi-

⁵⁴ J.M. GALIANA MORENO y F. CAVAS MARTÍNEZ, “Algunas consideraciones sobre la última reforma legislativa del mercado de trabajo (A propósito de los Reales Decretos-leyes 8/97 y 9/97, de 16 de mayo)”, *Aranzadi Social*, nº 9, 1997, pág. 39; A. J. VALVERDE ASENSIO, “La determinación...”, pág. 38 y 39; y J. CRUZ VILLALÓN, “Breve panorama ...”, pág. 35 y 36.

men legal del contrato a tiempo parcial, de diferente intensidad, no modificarán en absoluto la nueva ubicación de la modalidad fija discontinua en el ámbito de la jornada hasta el año 2001, sino que, por el contrario, contribuirán decididamente a afianzar tal visión, particularmente a partir del RD-L 15/98, de 27 de noviembre, y el nuevo concepto de trabajo a tiempo parcial que el mismo incorpora.

Con la reforma del trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo por el RD-L 5/2001, de 3 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, el contrato fijo discontinuo irregular recupera el carácter de modalidad contractual autónoma que perdió al integrarse en el contrato a tiempo parcial en el 93. De manera similar a como se vino haciendo en las etapas precedentes al RD-L 18/93, este fijo discontinuo pasa a regularse en el Art. 15 ET, en el ámbito de la duración del contrato de trabajo, cuestión que aún cuando haya suscitado entre la doctrina opiniones dispares sobre su adecuación⁵⁵, lo cierto es que en absoluto afecta al carácter indefinido del contrato⁵⁶. Por el contrario, el fijo periódico sigue integrado en el contrato a tiempo parcial y regulado en el Art. 12 ET. como modalidad de tal. Por tanto, en la reforma del 2001 lo que se produce la descomposición material del fijo discontinuo, siendo la determinación o determinabilidad objetiva de la jornada el único criterio de delimitación legal entre el fijo discontinuo irregular, inestable o de fechas inciertas, y el contrato a tiempo parcial en la modalidad de fijo periódico⁵⁷.

Esta escisión se funda, en nuestra opinión, en una errónea visión legislativa que comenzó en el 93 y que progresivamente ha ido tomando cuerpo a lo largo de las subsiguientes modificaciones legales.

⁵⁵ En contra, por considerarlo una forma de reducción de jornada o trabajo a tiempo parcial, caracterizada por una singular manera de distribución o reparto de la jornada: C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 217, 2001, pág. 42 y 45).

⁵⁶ El carácter indefinido del contrato fijo discontinuo no puede ponerse en duda por el hecho de integrarse en el art. 15 ET, puesto que dicho precepto está dedicado a la duración del contrato, según indica su rúbrica y confirma su contenido, y no, exclusivamente, a la contratación temporal (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Algunas consideraciones...", cit. pág. 129). Así su carácter indefinido se confirma por el hecho de que se recoge en un apartado distinto al dedicado a la contratación temporal, a semejanza de la reforma llevada a cabo con la L. 32/84 (vid: V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, "El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo ...", cit., pág. 585; F. PÉREZ AMOROS, "Confusión y deslinde de los conceptos de contrato eventual y contrato fijo-periódico y discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico", *REDT*, nº 36, 1988, pág. 2093 y 2094; M. RODRÍGUEZ PIÑERO, "Las modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado", *RL*, nº 1, 1985, pág. 46 y 47, y en "La contratación temporal en la ley 32/84 ...", cit., pág. 112 a 115). Se impone por el principio objetivo, es decir, por la propia fijeza de las tareas (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Algunas ...", cit., pág. 129). Y se plasma, como argumento obvio, en su propio *nomen iuris*. Con tales argumentos, la desaparición de la presunción de celebración por tiempo indefinido respecto del fijo discontinuo irregular, no niega su carácter imperativamente indefinido, como tampoco lo supuso la desaparición de tal presunción prevista con carácter general en el art. 15.1 ET; sencillamente, lo que persigue, en nuestra opinión, es conferir a la modalidad contractual un nombre propio –signo pretendidamente distintivo identificado por lo demás con el fijo discontinuo del art. 15.8 ET–, y no un acercamiento descriptivo en función de la fijeza discontinua de las tareas, que es lo que tradicionalmente se ha venido haciendo (parece pronunciarse en este sentido: C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo", *RTSS*, nº 217, 2001, pág. 12).

⁵⁷ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", *R.L.*, nº 10, 2001, pág. 127 y 128. Absurdamente, en opinión de M.A. PURCALLA BONILLA y M.P. RIVAS VALLEJO, "Los contratos formativos y a tiempo parcial al amparo del nuevo régimen jurídico introducido por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", *Tribuna Social*, nº. 124, 2001, pág. 14.

Efectivamente, la confusión comienza cuando del análisis de la regulación impuesta por el RD-L 18/93 y a instancias de la nueva visión legislativa –y probablemente en rotunda coherencia con la intención del legislador–, se concluye que el fijo periódico es un contrato a tiempo parcial de carácter ordinario cuyos períodos de ejecución pueden especificarse en el contrato⁵⁸, así como con la consiguiente interpretación reductiva de la “periodicidad” como predeterminación exacta de la jornada, en lugar de reiteración cíclica de los períodos de actividad con frecuencia regular, indicativa de su fijeza⁵⁹. Con estas afirmaciones y aún manteniendo la definición legal los términos que se venían usando para describir al contrato fijo discontinuo, lo cierto es que se les da un sentido muy diferente, puesto que hasta entonces la discontinuidad y periodicidad se consideraban equivalentes o bien características indisolublemente unidas en la configuración del contrato⁶⁰.

Esta división y caracterización de las modalidades fijas discontinuas cobrará progresivamente materialidad, de manera que se hará más tangible tras la reforma del 97, en que se diversifica en dos apartados distintos la descripción de ambos subtipos; se consolida con la reforma del L. 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁶¹, y desemboca en la radicalidad de la reforma llevada a cabo por el RD-L 5/2001⁶².

⁵⁸ Por todos: L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 90, 113 y 114; A. PEDRAJAS MORENO, “El trabajo a tiempo parcial”, en AAVV, “La reforma del Mercado Laboral”, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 143.

⁵⁹ En interpretación finalista y sistemática del art. 12.2, segundo párrafo ET/93, y posteriormente, a partir del RD-L 8/97, de 16 de mayo, del art. 12.3, a) y b) ET, la razón de la distinción entre las dos submodalidades de discontinuidad radica en la predeterminación o determinabilidad de los períodos de ejecución del contrato en función de criterios objetivos derivados de la natural inestabilidad del volumen de empleo requerido (L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, cit., pág. 105).

⁶⁰ Véase, por ejemplo: B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación...”, cit., pág. 46 a 49. Por su parte, RODRÍGUEZ-PIÑERO destaca la interpretación extensiva que de los requisitos de fijeza, periodicidad y discontinuidad legales, hace el Reglamento 2104/84 al equiparar lo cíclico con lo intermitente, tratando de ampliarlo a casos en los que el volumen de trabajo depende de las necesidades de un servicio variable y discontinuo (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La contratación temporal en la Ley 32/84 y en los decretos de desarrollo”, en AAVV, “Comentarios a la nueva legislación laboral”, Tecnos, Madrid, pág. 112 y 113). En la jurisprudencia, por ejemplo: las SS. TCT 25-2-1987 (4161) y 23-2-1987 (3840) y S. TSJ. Madrid 28-2-1990 (685). En otros pronunciamientos judiciales sí se distinguen entre ambos conceptos, correspondiéndose la discontinuidad con la prestación de los trabajos durante un número de días inferior en el año, y la periodicidad con su actualización en períodos de actividad coincidentes con determinadas épocas de aquél [S. TSJ. Andalucía/Málaga 15-12-1992 (6292)]. El concepto de periodicidad se entendía en sentido laxo, es decir, como reiteración cíclica de los períodos de actividad con una frecuencia regular, abarcando los trabajos cuyos ciclos de ejecución estuviesen determinados en función de factores estacionales o similares (J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social”, cit., pág. 68 y 89), e incluso, ocasionalmente y de manera cuestionable, sin responder los tiempos de ejecución a regularidad alguna –estos son los que designa TARRAGA POVEDA como los trabajos fijos discontinuos no estacionales (“Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 41 y 42; en contra, excluye del concepto de fijeza discontinua los trabajos que no suponen una reiteración con frecuencia regular: J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 68 y en “Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma”, Revista de Derecho Social, nº 6, 1999, pág. 242).

⁶¹ Como hemos visto, el art. 1.1 RD-L 15/98 cifró de forma exacta y con carácter general a toda modalidad de trabajo a tiempo parcial, el frontal del mismo frente al tiempo completo. No obstante, con esta nueva definición del contrato a tiempo parcial y su indubitada extensión a la calificación del fijo discontinuo como modalidad de tal, se evidenciaron claramente las disfuncionalidades respecto de la submodalidad fija discontinua irregular en orden al cumplimiento de dicho requisito. Lejos de suponer un cuestionamiento de la subsunción del fijo discontinuo en el contrato a tiempo parcial, el artículo 19. Uno de la Ley 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social pretende dar respuesta a la particular problemática del trabajo fijo discontinuo irregular en lo que a las exigencias derivadas de la definición del contrato a tiempo parcial se refiere. Con esta medida se confirma decididamente su calificación y catalogación como modalidad contractual de jornada reducida; o comienza a contradecirlo, según se mire.

⁶² El actual art. 15.8 ET sencillamente recepciona al que fue contrato a tiempo parcial fijo discontinuo irregular, incorporando el párrafo primero del art. 12.3.b) ET/98, es decir, descripción, orden y forma de llamamiento y reacción frente al incumplimiento empresarial, y el segundo inciso del párrafo segundo del art. 12.4.a) ET, en la redacción que le confirió el art. 19. Dos L 55/99, 29 de diciembre.

Sin embargo, esta visión legislativa del 2001 no ha sido fiel en absoluto a sus orígenes; realmente los ha distorsionado. La distinción entre fijos periódicos y fijos discontinuos tiene su origen en la formulación doctrinal realizada por CRUZ VILLALÓN en el concreto ámbito del despido⁶³ –no de la jornada o, más ampliamente, del modo de configuración objeto del contrato de trabajo con consecuencias de calificación sobre el contrato–, delimitadora de los fijos discontinuos estables y los no estables⁶⁴. Conforme a tales teorizaciones, los primeros, los estables, siempre han gozado de un margen de determinabilidad, de flexibilidad en la periodicidad tanto de la actividad de la empresa como del concreto trabajador⁶⁵. Por el contrario, lo esencial de su caracterización frente a los inestables ha residido en el volumen constante grosso modo de la actividad en/y entre temporadas, frente al volumen del empleo variable en la temporada del fijo discontinuo inestable en actividades empresariales de cíclica y cierta realización, y, consecuente y decisivamente, en la existencia de un incuestionado deber de ocupación del trabajador estable en las sucesivas temporadas, frente a la condicionalidad del llamamiento del fijo discontinuo inestable⁶⁶. Ahora, con la configuración del fijo periódico como contrato a tiempo parcial, escindido del fijo discontinuo del Art. 15.8 ET en razón de la forma de determinación de su objeto y de la subsiguiente posibilidad de la exacta concreción de la jornada y distribución, se ha reducido el que doctrinalmente se calificó como “fijo discontinuo estable” a su míni-

⁶³ Véase: J. CRUZ VILLALÓN, “El contrato de trabajadores fijos discontinuos...”, cit., pág. 1047 y ss.; J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral.”, cit., pág. 218 y ss.; J. TARRAGA POVEDA, “El contrato de trabajadores fijos discontinuos...”, cit., pág. 53 a 56, 175 y ss. y en “Otro paso discontinuo”, cit., pág. 230 y 231.

⁶⁴ J. CRUZ VILLALÓN, “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984”, RL, nº. 6, 1985, pág. 1047 a 1050. Hacen suya la distinción, por ejemplo: S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Fuerza mayor. Trabajadores fijos discontinuos y no-reapertura del centro de trabajo”, RL 1987/T. II, pág. 590; V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, “El contrato de trabajo fijo...”, cit., pág. 596; B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 34 y 35. TARRAGA POVEDA propone otra designación para estos trabajos basada en la distinción de la “temporada” respecto de la “campana”, pero que básicamente se corresponden con la clasificación de CRUZ VILLALÓN: trabajos fijos discontinuos estacionales de temporada (estables) y trabajos fijos discontinuos estacionales de campaña (no estables) (“Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 53 a 55).

Una vez incorporado el fijo discontinuo al contrato a tiempo parcial, PEDRAJAS MORENO distingue entre contrato indefinido a tiempo parcial continuo y discontinuo y, dentro de este último, de campaña cierta o incierta (A. PEDRAJAS MORENO, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 142. En el mismo sentido, J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 25 y 26. De forma similar identifica la discontinuidad en el trabajo a tiempo parcial con la existencia de “campanas”: A. MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, “La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº.20, 1995, pág. 55).

⁶⁵ Así, amplios sectores doctrinales, en etapas anteriores al 93, consideraron decisiva la incertidumbre en la prestación fija discontinua como criterio definidor del contrato y delimitador del contrato a tiempo parcial (es el caso, por ejemplo, de: B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, DL, nº. 16, pág. 25 a 32; J. TARRAGA POVEDA, “Otro paso discontinuo”, RDS, nº 6, 1999, pág. 227 y 228. También se adscribe a esta opinión: M^a. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El contrato de los trabajadores...”, cit., pág. 110). Sin embargo, esta incertidumbre, aún diversa en su gradación, se predicaba por el común de la doctrina igualmente respecto del fijo estable y se vinculaba al carácter objetivo de los tiempos de prestación frente a la voluntariedad subjetiva de la jornada parcial (por todos: B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación ...”, cit., pág. 25 a 32, 34 y 35).

⁶⁶ Véase: J. CRUZ VILLALÓN, “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la ley 32/1984”, RL, nº. 6, 1985, pág. 1048 y 1049 y en “Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos”, Tribuna Social, nº. 85, 1998, pág. 38 y 39; B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, DL, nº.16, 1985, pág. 29 a 32, 34, 35, 46 a 48. Incluso los autores que exigen para todos los subtipos de fijo discontinuo el deber de llamamiento en todas las temporadas salvo expediente de regulación o suspensión de empleo parten de la flexibilidad, de la periodicidad en términos amplios para los trabajos estables, regulares o de temporada, según la terminología que se prefiera emplear (véase: J. GARCÍA ORTEGA, “Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma”, Revista de Derecho Social, nº6,1999, pág. 241 y 242; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 52 a 56 y en “Otro paso discontinuo”, cit., pág. 230 y 231).

ma expresión⁶⁷; en la práctica, a los fijos discontinuos de curso escolar y pocos más. El resto de los fijos discontinuos se calificarían, por exclusión, en la definición del fijo discontinuo del Art. 15.8 ET⁶⁸.

Por otra parte, aún tras la reforma del 2001, la autonomía conceptual del fijo discontinuo, el hecho de que el género discontinuo tenga entidad propia, parece imponerse sobre su opción legislativa, como ya sucediera en las etapas precedentes⁶⁹. De hecho, aún hoy como no podría ser de otra forma, el fijo periódico no es sino una submodalidad de discontinuidad en función de la caracterización de su objeto contractual como determinado. El propio legislador así lo reconoce implícitamente en el Art. 15.8 ET, cuando advierte que los supuestos de trabajos fijos discontinuos que se repitan en fechas ciertas se regirán por la normativa propia del trabajo a tiempo parcial⁷⁰. Es más, identificar en último término la "periodicidad" con la determinación de los tiempos de actividad constituye una visión sesgada de la misma, puesto que omite la relación entre dicho concepto y la presunción de celebración por tiempo indefinido que lo califica. Consecuentemente, la periodicidad es causal, como causal es la fijeza discontinua. Tampoco esto ha podido eludirse por el legislador, que para distinguir el fijo periódico del resto de las modalidades a tiempo parcial, ha necesitado de la presunción de celebración por tiempo indefinido del Art. 12.3 ET, integrando necesariamente ésta el concepto mismo de periodicidad⁷¹. Finalmente, y a nivel dogmático, no se aprecia razón alguna para calificar una submodalidad discontinua como contrato

⁶⁷ J. GARCÍA ORTEGA, "Algunas consideraciones ...", cit., pág. 242.

⁶⁸ Pero éstos tampoco se corresponderían con el fijo discontinuo inestable en estricto, puesto que éste último, en su concepción doctrinal enmarcaría sólo a los fijos discontinuos con un grado extremo de inestabilidad (véase: J. CRUZ VILLALÓN, "El contrato de trabajadores fijos discontinuos ...", cit., pág. 1048 y 1049); como advirtió el propio CRUZ VILLALÓN, las dos categorías legales de fijos discontinuos no se corresponden exactamente con la división doctrinal que él propuso entre estables e inestables (J. CRUZ VILLALÓN, "Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos", cit., pág. 38 y 39).

⁶⁹ J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 17.

⁷⁰ No en vano, en ambos se dan las notas de fijeza y discontinuidad (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 127. En similar sentido: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE, M.E. CASAS BAAMONDE, "La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, RL, nº. 7, 2001, pág. 16 y 17).

⁷¹ Coherente con la objetividad de los tiempos de prestación del fijo periódico, el art. 65.3 RGCL introducido por la Disposición Adicional Tercera RD 1131/2002, limita el régimen de cotización anual prorrateada al contrato a tiempo parcial cuyos tiempos de actividad derivan del pacto de las partes, excluido por tanto el fijo periódico, y aún cuando se mantenga a éste en alta durante toda la vigencia del contrato, mientras el irregular pasa a situación de baja en los periodos de inactividad conforme interpreta la Resolución de la TGSS de 21-3-2003, publicada en Tribuna Social, nº 155, 2003, pág. 88 y ss..

En nuestra opinión, y aún cuando, según hemos expuesto en nota 56, la desaparición de la presunción de celebración por tiempo indefinido respecto del fijo discontinuo irregular en nada afecta a dicho carácter del contrato, consideramos que entorpece su comprensión y, en particular, la del significado de su discontinuidad. No puede desconocerse que la presunción de indefinición temporal del vínculo configura, describe y define a su vez el concepto mismo de discontinuidad, en definitiva, presupone su carácter objetivo, no derivado de la voluntad de las partes, distinguiéndolo de la discontinuidad del trabajo a tiempo parcial, de naturaleza voluntaria. Sesgado una y otro, y calificada la discontinuidad conforme a la descripción actual únicamente en función de que los trabajos "no se repitan en fechas ciertas", deja un campo aparentemente abierto a la determinabilidad del objeto del contrato aleatoria y no periódica en sentido amplio, en definitiva, al "trabajo a llamada" o si se prefiere a la "campana aleatoria" y con ello, a un peligro cierto de indeterminación de aquél.

de jornada reducida, en tanto la otra recupera su hábitat natural, que no es otro, probablemente, que el de la duración del contrato⁷².

En tercer lugar, lejos de lo que pueda parecer, el fijo periódico, no es sino un fijo discontinuo que presenta una problemática propia de tal, distinta a la del contrato a tiempo parcial respecto del que, igualmente, presenta especialidades como el subtipo irregular⁷³. Así, las disfunciones, el difícil ajuste del fijo discontinuo en el régimen general del trabajo a tiempo parcial, no han sido nunca exclusivas del fijo discontinuo irregular aún cuando hayan sido más patentes⁷⁴, sino que también podrían entenderse predicables respecto del fijo discontinuo periódico. Lo puso en evidencia el trabajo a tiempo parcial marginal y la necesidad de adaptación específica al fijo discontinuo⁷⁵. O, por ejemplo, bajo la regulación anterior del RD-L 15/98, la prohibición de realización de horas extraordinarias, sin compensación alguna de flexibilización a través de vías similares en cuanto no se admitió pacto de horas complementarias en los fijos discontinuos salvo que su jornada fuese a su vez reducida dentro de la campaña (Art. 12.5.b) ET/98), como también bajo la regulación actual su incierta posibilidad de ajuste respecto de la modalidad periódica⁷⁶. Y, sobre todo porque no puede olvidarse que el fijo discontinuo, como género, tiene una dimensión colectiva común para ambas submodalidades, en cuanto derivada del principio objetivo base de la fijez a discontinua, y una jornada completa⁷⁷ que hace innecesarias las normas tutelares específicas del objeto del contrato a tiempo parcial; en definitiva, una problemática en gran medida distinta a la del contrato de trabajo a tiempo parcial común y centrada,

⁷² Ni para justificar la escisión entre FD y FP que conlleve una distinción entre regímenes jurídicos (A.J. VALVERDE ASENCIO, "La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 43; F. CAVAS MARTÍNEZ, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial común o genérico", AAVV, "Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma del 2001", Aranzadi, 2001, pág. 60.

Así, aún cuando el fijo discontinuo irregular se quisiera ahora reconducir al ámbito de duración del contrato, respecto del fijo periódico cabría argumentar exactamente las mismas razones; muestra de ello es, de nuevo, la formulación de la presunción de celebración por tiempo indefinido del art. 12.3 ET. Por otra parte, la calificación como contrato con jornada reducida también sería predicable del contrato fijo discontinuo irregular, como siempre ha reconocido la doctrina (por todos: J. CRUZ VILLALÓN, "El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la ley 32/1984", RL, nº 6, 1985, pág. 1037).

⁷³ Por todos: J. GARCÍA ORTEGA, "Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma", cit., pág. 238; J. TARRAGA POVEDA, "Otro paso discontinuo", cit., pág. 226 y 227 y en "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 68 a 70.

⁷⁴ Fundamentalmente, porque, como ya hemos advertido, la fijación de unos mínimos de reducción en la jornada a tiempo parcial y necesidad de cumplimiento de unos rigurosos requisitos formales y materiales de predeterminación de la jornada del trabajador bajo la regulación del 98, se reveló inadecuada para el fijo discontinuo irregular, necesitando del ajuste que se llevó a cabo a través del art. 19 L. 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en términos similares a los que propuso el punto 5.g) del Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Fomento de su estabilidad de 13 de noviembre de 1998, y en concordancia con la Exposición de Motivos del RD-L 15/98, que hacía advertencia de necesidad de acomodación de la normativa del contrato a tiempo parcial a las especialidades del fijo-discontinuo para desatenderlas, posteriormente, en su propio articulado.

⁷⁵ Por todos: J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 61.

⁷⁶ Véase: J. TARRAGA POVEDA, "Otro paso discontinuo", cit., pág. 229 y 230. Sobre la difícil compatibilización de la jornada complementaria en el fijo periódico, véase el correspondiente subepígrafe en el capítulo III.

⁷⁷ Destaca el común de la doctrina que el fijo discontinuo trabaja a tiempo completo en la temporada o campaña, es más, con jornadas intensivas, en tanto el trabajador a tiempo parcial lo hace con jornada reducida: J. GARCÍA ORTEGA, "Algunas consideraciones...", cit., pág. 239 y 240 y en "Las relaciones laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 78 y 79.

fundamentalmente, en la defensa de la estabilidad en el empleo⁷⁸. Ni tan siquiera el pretendido correcto ajuste del contrato fijo discontinuo periódico a los requisitos formales del contrato a tiempo parcial ha sido real, puesto que, como acabamos de ver, también esta submodalidad de origen doctrinal se ha caracterizado por la flexibilidad en los tiempos de actividad y consiguientemente, de su jornada⁷⁹. Por otra parte, cuando analicemos el régimen jurídico del contrato veremos que en no pocas ocasiones la proporcionalidad de los derechos se alcanzará de forma distinta según se trate de un trabajo a tiempo parcial común frente al fijo discontinuo, periódico o irregular –y hasta respecto del trabajo a tiempo parcial común vertical anual–.

Finalmente, de interpretarse la Disp. Adic. 4ª L. 45/2002 como la exclusión del fijo periódico contratado con posterioridad a 4 de marzo de 2001⁸⁰ de la prestación por desempleo en los períodos de inactividad estructural, se está produciendo una vulneración del principio de igualdad en la ley del Art. 14 CE, por cuanto la involuntariedad del desempleo y la situación de necesidad a que responde la prestación es común a ambas submodalidades de fijeza discontinua, a lo sumo sólo descartable respecto del trabajo a tiempo parcial concentrado en que los tiempos de prestación derivan de la voluntad de las partes. Tal realidad no se altera sustancialmente, no se justifica el trato diversificado, por la mayor o menor incertidumbre sobre la prestación de trabajo. Por otra parte, esa incertidumbre del fijo discontinuo cuya prestación no se repite en fechas ciertas no es ni mucho menos homogénea en el subtipo irregular, con lo que la razonabilidad de la medida de la diferenciación se hace aún más cuestionable. Ni por descontado, la realidad a que responde la prestación depende de la fecha en que se contrate al trabajador, que en todo caso podrá condicionar su *nomen iuris* –sólo, pues realmente el régimen jurídico laboral se ha mantenido inalterado–, pero no la protección social que corresponda a estas situaciones sustancialmente iguales, que conviven simultáneamente, y que se refieren a prestaciones de tan corto alcance como las de desempleo.

¿Cómo están delimitando nuestros Tribunales al contrato a tiempo parcial respecto del fijo discontinuo? Cabe afirmar que existe una importantísima línea jurisprudencial que rechaza la disgregación de los fijos discontinuos puesto que es innegable, como hemos venido repitiendo, que el fijo periódico es necesariamente un fijo discontinuo. La resistencia al «cambio» se ha hecho ostensible en el ámbito de la protección por desempleo del fijo periódico y así como del fijo discontinuo sometido a la

⁷⁸ J. CRUZ VILLALÓN, "Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos", cit., pág. 34 y 35.

⁷⁹ Sin ánimo exhaustivo, cabría citar otras especialidades comunes a ambas submodalidades discontinuas, como es la del art. 29.1 ET, sobre liquidación de los salarios o saldo de cuentas a la conclusión de cada período de actividad, que remite a su vez, a las garantías previstas en el art. 49.2 ET al respecto, y que sólo puede tener sentido respecto de ciclos de actividad actualizados en un marco de referencia superior al mes; y el art. 2.2 Párr. segundo RD 1561/95, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, que restringe el régimen de descansos alternativos en el fijo discontinuo –equiparándolo al contrato temporal– al supuesto en que pueda disfrutarse dentro del período de actividad (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 290).

⁸⁰ Fecha de entrada en vigor del RD-L 5/2001, de 2 de marzo, posteriormente convertida en L. 12/2001. Así se reconoce el derecho a prestación de tales trabajadores con independencia de la calificación de su contrato como periódico o irregular: S. TSJ. Madrid 23-10-2003 (IUR 2004/93646). Sin embargo, la S. TSJ. País Vasco 16-12-2003 (IUR 2004/44093) se refiere a la fecha del hecho causante, obviando la fecha de celebración del contrato y por tanto su calificación conforme al régimen legal aplicable. También otras sentencias que veremos seguidamente, y con una clara intención tutelar, utilizan el concepto de hecho causante.

regulación del 98 cuando supera en su prestación los límites legales del trabajo a tiempo parcial. Así, en relación con la prestación por desempleo de los fijos discontinuos cuya jornada anual supere el 77%, algunos Tribunales han reconocido la procedencia del derecho por no ser de aplicación a nivel de Seguridad Social la Disposición Transitoria Primera de la L. 12/2001; corresponde la prestación en aplicación de las normas específicas de Seguridad Social del fijo discontinuo⁸¹. Esto es tanto como afirmar que hay un concepto autónomo de fijeza discontinua y, en cualquier caso, paralelo en el ámbito laboral y de protección social. En mi opinión, estos fijos discontinuos a “tiempo completo”, como sus precedentes y los actuales del Art. 15.8 ET ambos no sometidos a máximos de jornada, se rigen por las normas específicas de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial, lógicamente hechas las oportunas salvedades y adaptaciones comunes a todo fijo discontinuo, en cuanto éstas responden a la estacionalidad de la actividad y no, propiamente dicho, a la menor jornada que realicen. Ya advirtió la doctrina que en la dición de la precedente Disposición Adicional 7ª.2 LGSS y Art. 1.1 RD 144/99, el ámbito personal de tales normas no se ciñe a los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos sometidos al Art. 12 ET/98, en definitiva, a los contratados a tiempo parcial a partir del 29 de noviembre de 1998 (fecha de entrada en vigor del RD-L 15/98, de conformidad con lo establecido en su Disposición final segunda). De la combinación de la Disposición Transitoria 1ª y 3ª del RD-L 15/98 se extrae la extensión del ámbito subjetivo de las normas de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial a todos los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos cualquiera que sea fecha en que se celebraron sus contratos, manteniendo la calificación como tales que en su momento correspondiese por cuanto se mantienen en vigor las normas conforme a las que se concertaron⁸². Las mismas apreciaciones y conclusiones deben extenderse a la nueva redacción de la Disposición Adicional 7ª.2 LGSS, dada por la L. 12/2001, en combinación con la Disp. transitoria 1ª y la Disp. final 2ª Uno, ambas del mismo cuerpo legal y del Art. 1.1 RD 1131/2002⁸³. En cuanto a su exclusión –sólo– de la prestación de desempleo por superar el máximo legal o el que en su caso se prevea por el Convenio Colectivo resulta además llamativo que, en última instancia, su pro-

⁸¹ En esta línea: -aún cuando en el supuesto no se supera el margen de jornada parcial– S. TSJ. Baleares 3-6-2002 (JUR. 2002/236883); SS. TSJ. Andalucía/Sevilla 17-6-2003 (JUR 2004/139338), 26-6-2003 (AS. 2004/1483), 26-6-2003 (JUR 248574), 5-6-2003 (JUR 1777976). También alguna sentencia admite el derecho a la prestación porque conforme a la calificación del contrato en el momento del hecho causante –posterior al 2001–, el fijo periódico con prestación superior al 77% se encuentra amparado de conformidad con el art. 208.1.4 LGSS en redacción dada por el RD-L 5/2002: S. TSJ. Cataluña 13-10-2004 (AS. 3187); SS. TSJ. Andalucía/Sevilla 24-1-2003 (JUR 174288) y 5-12-2002 (AS. 2003/744).

Otros Tribunales asumen la postura del INEM –Circular PR04/99– y admiten la exclusión de este fijo discontinuo “a tiempo completo” de la prestación de desempleo: S. TSJ. País Vasco 16-12-2003 (JUR 2004/44093) –sorprendentemente parece aplicar el límite también a contrataciones fijas discontinuas anteriores al régimen del 98–; SS. TSJ. Andalucía/Málaga 8-5-2003 (AS. 3272); SS. TSJ. Cantabria 2-4-2003 (AS 2004/1089) y 21-11-2002 (AS. 2003/1113); TSJ. Andalucía/Málaga 26-3 y 26-2-2003 (JUR. 162634 y 96182); TSJ. Andalucía/Málaga 5-12-2002 (AS. 52); TSJ. Castilla y León/Valladolid 8-10-2002 (AS. 3216). Y con ello, nuevamente se deja constancia, de lo irracional de la situación que ha propiciado la sucesión de reformas y la perpetuidad de las mismas a través del Derecho Transitorio.

⁸² M. IGLESIAS CABERO y J.Mª. MARÍN CORREA. “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, Colex, Madrid, 1999, pág. 73 y 74, y en J.Mª. MARÍN CORREA. “El contrato a tiempo parcial a efectos de protección social”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º. 18, 1999, pág. 162 y 163; J.A. PANIZO ROBLES. “El trabajo a tiempo parcial y la protección social”, en AAVV. “Trabajo a tiempo parcial”, Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 127 y 128; R. ROQUETA BUJ, “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, CES, Madrid, 2002, pág. 23.

⁸³ J. CABEZA PEREIRO, “Desempleo de trabajadores fijos-periódicos”, AS. Vol. V, 2001, pág. 866. Vid. Exposición de Motivos RD. 1131/2002, 31-10.

tección social dependa de que se haya hecho o no previsión –y de los términos de ésta– de la superación excepcional en el Convenio Colectivo⁸⁴.

Respecto del desempleo del fijo periódico hay una sólida línea jurisprudencial que, ya vigente el RD-L 5/2002, mantienen que la propia referencia del Art. 208.1.4 LGSS al Art. 15.8 ET supone la integración del fijo periódico, aún cuando dicho precepto se remita al 12 ET⁸⁵. Por consiguiente, y en defecto de desarrollo reglamentario, procede la aplicación del Art. 1.5 RD 625/85 y la concesión del derecho. Estas razones me parecen que gozan de un convincente peso jurídico. ¿Quiso el legislador romper con esta tendencia a través de la referida Disp. Adic. Cuarta L. 45/2002? Pues aún después de la misma, cabe citar algunas sentencias que mantienen la extensión del derecho al fijo periódico contratado con posterioridad a marzo de 2002, dado que con la referencia a los fijos discontinuos no se hace sino integrar a la modalidad periódica⁸⁶. La redacción del precepto es muy ambigua y en cierto modo parece que implica la persistencia de una voluntad de excluir a los fijos periódicos posteriores a la entrada en vigor del RD-L 5/2001, pues si no es así, no se entienden tantas molestias, como es la ya comentada de reservar el nombre jurídico al fijo discontinuo del Art. 15.8 ET, la misma división entre contratos, y por supuesto, la previsión de fechas de la Disp. Adic. 4ª L. 45/2002⁸⁷. No obstante, y puesto que tanto desde una perspectiva laboral, como de las razones de su especificidad en materia de protección social, el fijo periódico es efectivamente un fijo discontinuo, debemos considerar que la discutida Disp. Adic. no hace sino rectificar el fallido intento de expulsión de tal colectivo⁸⁸, por lo que de conformidad con los Art. 208.1.4 LGSS y 1.5 RD 625/85, le correspon-

⁸⁴ De hecho, a partir de la L. 55/99 el INEM viene admitiendo la procedencia del desempleo respecto de los contratos celebrados entre 28-11-1998 y 3-3-2001, cuando el convenio colectivo haya hecho previsión de esa jornada superior y hasta ese límite (Circular de la Dirección General del Instituto de 7-2-2000).

⁸⁵ S. TSJ. Cataluña 23-12-2004 (AS. 2005/202); : S. TSJ. Cataluña 13-10-2004 (AS. 3187); SS. TSJ. Madrid 6-11-2003 (JUR 2004/94022), 23-10-2003 (JUR 2004/93646); SS. TSJ. Sevilla 26-6-2003 (JUR 248574), 5-6-2003 (JUR 177976). El Tribunal Supremo en la S. 29-9-2004 (RJ. 6060), no se pronuncia sobre las consecuencias del RD-L 5/2002, pues el hecho causante es anterior a la entrada en vigor del mismo. Por otra parte, el concepto de fijo discontinuo que se sigue parece abierto: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 9-2-2004 (AS. 622) –fijo discontinuo con cuatro meses de inactividad, orientativamente, de octubre a marzo, en hotel–. También la S. TSJ. Baleares 6-6-2003 (AS. 3954) reconoce como fija discontinua y no como trabajadora a tiempo parcial a efectos de cálculo de la base reguladora por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo a la trabajadora en hotel con ocupación garantizada de seis meses. En lo que ahora nos interesa, considera que dicha garantía no hace sino corroborar la incertidumbre de los tiempos de prestación –con el informe de vida laboral se observa que las fechas de prestación aunque próximas no estaban predeterminadas–. Pero lo que es más importante, niega con contundencia que el art. 15.8 ET suprima la modalidad fija discontinua de fechas ciertas, sino que sencillamente lo asimila al trabajo a tiempo parcial. En este mismo sentido, respecto de prestación por desempleo: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 9-2-2004 ya citada.

En contra, no corresponde derecho a desempleo: S. TSJ. Cantabria 2-4-2003 (AS. 2004/1089) y 21-11-2002 (AS. 2003/1113). También, aún cuando advierte sobre la duda de que las actividades de la empresa fuese intermitente o cíclica: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 27-10-2003 (AS. 2004/372); S. Juzgado de lo Social de Madrid 24-2-2003 (AS. 684) –profesor que trabaja de septiembre a junio, si bien la prestación no corresponde por ser completa su jornada–.

⁸⁶ S. TSJ. Madrid 2-11-2004 (AS. 3040); S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 11-4-2005 (JUR 114).

⁸⁷ En este sentido: F. CABAS MARTÍNEZ y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, en AAVV, “Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social”, Laborum, 2003, pág. 208.

⁸⁸ J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, en AAVV, “Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social”, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 1307; A.V. SEMPÉRRE NAVARRO, “La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica”, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, nº 41, 2003, pág. 35 y 36. También parece que así lo asume el INEM (Instrucción para la aplicación de las modificaciones que introduce la L. 45/2002, de 12 de diciembre, en el sistema de protección por desempleo, 13-12-2002).

derá la discutida prestación. Únicamente está excluido el trabajo a tiempo parcial vertical anual o concentrado, que no es un fijo discontinuo, pues sus períodos de actividad no están causalizados, sino definidos por la exclusiva voluntad de las partes.

3. Elementos esenciales para una definición

El estudio de la noción del trabajo a tiempo parcial, como el de cualquier otra institución jurídica, pasa por el análisis de lo que pueden considerarse sus elementos esenciales, es decir, aquellos que son determinantes para su configuración como tipo jurídico, en el caso, tipo contractual específico, delimitándolo y en los que subyace, o debe, la finalidad o justificación de su régimen particular y de su propia existencia. Dichos elementos pueden a menudo extraerse de la definición que de la institución elabore el propio legislador. Otros, en cambio, requieren un mayor esfuerzo por parte del intérprete, un esfuerzo de síntesis de lo que son los puntos fundamentales de su regulación puestos en conexión con una multiplicidad de factores bajo una sola lógica coherente.

Nosotros hemos identificado dichos elementos esenciales del contrato de trabajo a tiempo parcial en la reducción de su jornada, proponiendo, como veremos a lo largo del presente Capítulo, reflexiones sobre otros posibles elementos configuradores del mismo y que básicamente giran en torno al valor conmutativo de la reducción del tiempo de trabajo en el tipo contractual objeto de estudio, la voluntariedad de la reducción de la jornada y su regularidad o normalidad.

3.1 La reducción de la jornada. Un dato de carácter relativo

3.1.1 La jornada término de referencia

El mismo término lo indica; “reducción” implica un “algo” que se reduce. Se trata, por consiguiente, de un elemento que, aún de carácter esencial, requiere de un término que le sirva de referencia. Dicho referente no puede identificarse siempre y sencillamente con la jornada completa, pues como ha quedado evidenciado en diversas etapas normativas, ésta no tiene por qué coincidir con aquélla que sirva de elemento de comparación, al menos no en la medida en que se fije a su vez un porcentaje para delimitar el trabajo a tiempo parcial del que lo es a jornada completa.

La actual definición del contrato a tiempo parcial instaurada a partir del RD-L 5/2001 prácticamente copia la definición de “trabajador a tiempo parcial” de la cláusula 3 de la Directiva 97/81/CE⁸⁹, aún cuando, correctamente, no se justifica en su Exposición de Motivos ni en la de la L. 12/2001 en razón de una adaptación a la

⁸⁹ Que, por otra parte, se asemeja mucho a la contenida en el art. 1.a) del Convenio de la OIT, n° 175, sobre trabajo a tiempo parcial y a la contenida en el punto 2.a) de la Recomendación 182 que complementa al citado Convenio.

normativa comunitaria; dicha adaptación ya se propugnó en la reforma propiciada por el RD-L 18/98 con una definición de la modalidad contractual perfectamente compatible con dicha Directiva comunitaria, según se declaró por lo demás en su Exposición de Motivos⁹⁰. La justificación someramente aludida es desde luego otra, la de «lograr un mayor impulso y dinamismo de esta modalidad contractual»⁹¹. Ahora bien, la práctica traslación literal de dicha definición comunitaria del trabajo a tiempo parcial, aún cuando permite ver cumplido el retorno a la concepción abierta de la modalidad con una apariencia de normalidad comunitaria, revela una serie de disfunciones de encaje en nuestro Ordenamiento jurídico laboral o, al menos, serios inconvenientes de interpretación y precisión. Entre estas dificultades destaca la pretendida o aparente extensión de condiciones de trabajo individuales como susceptibles de comparación a los efectos de fijar la jornada completa de referencia. Por otra parte, la definición misma del contrato resulta un tanto evanescente, puesto que en último término se pretende definir un concepto en virtud de la relación cuantitativa que presenta con otro, la “jornada completa” que a su vez constituye un concepto jurídico indeterminado⁹². No obstante, y puesto que el legislador se remite concreta, aunque

⁹⁰ En este sentido, por considerar que tanto la definición del art. 12.1 ET/98 como la de la Cláusula 3 de la Directiva 97/81/CE tienen una amplitud de jornada parcial semejante (M^a.A. CASTRO ARGÜELLES, “La incidencia de las Directivas comunitarias en la reforma laboral”, REDT, n.º 92, 1998, pág. 916; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El trabajo a tiempo parcial en el Derecho comunitario: la Directiva 97/81/CE”, A.L., n.º 31, 1998, pág. 587). Por el contrario, aprecian cierta contradicción entre la definición comunitaria y la española del 98: S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido”, cit., pág. y 31. 30; J. YANINI BAEZA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, en AAVV -Dir. J.I. García Ninet-, “La contratación temporal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.999, pág. 303; –discrepancia que aprecia respecto de la subsunción del fijo discontinuo que trabaja en empresas de temporada– J. CRUZ VILLALÓN, “Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 35. Sin llegar a calificarla de contraria, aún destacando la “notable diferencia” entre el Derecho comunitario y el español: M. IGLESIAS CABERO y J.M^a MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, Colex, Madrid, 1999, pág. 24.

⁹¹ En definitiva, el incremento de la contratación a tiempo parcial por las empresas ante los deficientes resultados obtenidos hasta el momento tanto respecto de la utilización de la modalidad contractual como de la disminución del desempleo femenino y la incentivación de su tasa de actividad (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, Revista de Derecho Social, n.º. 15, 2001, pág. 37 a 40).

⁹² Desde la reforma de 1998 la definición del trabajo a tiempo parcial se hace en referencia a la jornada a tiempo completo, lo que no deja de llamarnos la atención en cuanto ésta en gran medida se identifica por su contraposición a la parcial, al menos bajo regulaciones como la del 98 en que claramente caben “jornadas reducidas a tiempo completo” por no alcanzar los mínimos de reducción exigidos para ser calificado como contrato a tiempo parcial. Lo cierto es que con esta referencia al «tiempo completo» en nuestra opinión, se superaron los conflictos que planteó un sector doctrinal respecto de la calificación del fijo discontinuo bajo la regulación del 93. Se dijo entonces que si el trabajo a tiempo parcial es aquél que sea «inferior al considerado como habitual en la actividad de que se trate en dichos períodos de tiempo», la interpretación literal del precepto forzará la exclusión de parte de los fijos discontinuos, en concreto los que estuviesen al servicio de empresas de temporada cuya actividad también lo sea, por cuanto la jornada realizada por ellos no será otra sino la habitual en la actividad [A. MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, “La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial”, RTSS, 1995, n.º. 20, pág. 55 y 56; J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 33 y 34]. No obstante, CAMPS reconoció que se trataba probablemente de una imperfección técnica fácilmente superable atendiendo a la diáfana voluntad del legislador de integrar al fijo discontinuo –lo que tradicionalmente se entendió por tal– en el contrato a tiempo parcial (L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 104. En este sentido: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 292; A. PEDRAJAS MORENO, “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo”, RL, T-I., 1994, pág. 419 y 420).

En cambio, otro sector doctrinal utilizó la misma argumentación a efectos de reconocer la existencia del fijo discontinuo a tiempo completo, y por consiguiente, mantener a éste como modalidad autónoma del contrato de trabajo a tiempo parcial (por todos: J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pág. 33 a 36). Recordemos que la autonomía de ambas modalidades contractuales, la fija discontinua y la parcial, la situaban los autores en el carácter normal y permanente del primero y reducido respecto de la jornada habitual en el segundo (J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 80 y 81).

subsidiariamente, al Convenio Colectivo o a la jornada máxima legal, podría considerarse que “jornada completa” es aquélla en la que son apreciables tanto la vertiente de fijación de límites de jornada como del quantum de la prestación y no exclusiva o prevalentemente éste último⁹³. Esto último señala como elemento delimitador el conmutativo, lo que supone que será necesario integrar el concepto de jornada parcial con otro de sus elementos, la parcialidad de la retribución. Pero no son éstos los únicos problemas de ajuste que se desprenden de la nueva concepción; otros tantos se presentan en el análisis de cada uno de los elementos requeridos para la identificación del trabajador “comparable”.

3.1.1.1 Las fuentes de fijación de la jornada completa comparable

Comenzaremos abordando la dudosa virtualidad del contrato de trabajo y de otras vías colectivas distintas del Convenio como fuentes de referencia de la jornada parcial. El Art. 12.1 ET, en su primer párrafo, define el trabajo a tiempo parcial como aquel en que se haya acordado una prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de «un trabajador a tiempo completo comparable», entendiéndose por éste, según explicita su párrafo segundo, aquél «trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato y que realice un trabajo idéntico o similar». Si bien es cierto que con la nueva concepción legal se está claramente optando por el referente más cercano de comparación, con ello no se puede estar generalizando las condiciones del contrato de naturaleza o carácter individual –y, obviar dicha naturaleza– en cuanto por definición no son “comparables”. La jornada particular de un trabajador, derivada de contrato de trabajo o incorporada a él, no es susceptible de convertirse de por sí y en todo caso en la “jornada completa comparable” o, como se designaba hasta la reforma del 98⁹⁴, en “jornada habitual en la actividad”, ni aún

⁹³ Nada impide que en una empresa todos sus trabajadores trabajen a tiempo parcial (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 72), e incluso, según prevea su propio Convenio como jornada generalizada. En tales casos normalmente el mismo Convenio Colectivo la calificará implícita o explícitamente de parcial atendiendo a su proporción con la legal o por remisión expresa a la de otro Convenio Colectivo. Además, siguiendo el criterio expuesto en el texto, en tal jornada parcial común, fijada por convenio colectivo, no se desprendería, propiamente dicho un máximo o límite a la jornada ordinaria para su determinación contractual, sino más bien destacaría un valor de fijación de cantidad de aquella (véanse las referencias a ALARCÓN y GHERA en nota 95).

⁹⁴ En las etapas normativas anteriores a la reforma del 98 la jornada a tiempo completo de referencia se identificó invariablemente con la “jornada habitual en la actividad”. Un amplio sector de la doctrina vino entendiendo por “jornada habitual en la actividad” la que efectivamente se practicase, de forma que se identificó con mayor o menor claridad más con la que realmente se estuviese realizando en el entorno laboral del trabajador que con la que fuese exigible normativamente; en definitiva, “la jornada general en la empresa” del art. 35 ET. En consecuencia, la jornada habitual sería, la máxima legal, si ésta fuese la rectora en la ejecución del trabajo (J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español”, cit., pág. 146), la inferior pactada –también por Convenio Colectivo de empresa (por ejemplo: F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 69 y 70; 35; MR. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 114)– e, incluso, la que se viniese realizando por debajo de éstas (F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 69; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “El contrato a tiempo parcial”, en AAVV –Coords. M.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Re-, “Reforma del mercado de trabajo”, La Ley, Madrid, 1994, pág. 93 y 94), como pueda ser la correspondiente según costumbre [J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico...”, cit., pág. 146; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 73; F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Deusto, Bilbao, 1990, pág. 57. También, con cierta ambigüedad: F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 69. No obstante, no resulta claro que todos y cada uno de estos autores se estén refiriendo a la costumbre en sentido propio, es decir, a la costumbre como fuente de derecho y con las particularidades de nuestra rama jurídica], y según alguno de estos autores, incluso derivada de pacto o acuerdo informal, decisión, práctica de empresa [A. OJEDA AVILÉS, “El nuevo contrato a tiempo parcial” Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex, n.º. 9, 1994, pág. 61; ACARL, “Las nuevas formas de

referida a la categoría o puesto que desempeñe⁹⁵. Sobre todo, porque difícilmente puede entenderse que la jornada desenvuelta por un concreto trabajador sea en todo caso la “habitual en la actividad”, o la “comparable” puesto que de ser así podrían llegar a erigirse las condiciones particulares vigentes en una relación individual –en el ámbito de la autonomía individual– en el referente del tipo contractual –ámbito colectivo– a través de esta vía indirecta. Se otorgaría de esta forma a dichas condiciones un efecto de más largo alcance que la relación individual que viene a regir, y se amordazaría, en consecuencia, la voluntad empresarial para relaciones futuras y diversas, como a efectos también distintos.

En consecuencia, la jornada practicada por el trabajador a tiempo completo, inferior a la prevista en el Convenio Colectivo aplicable, únicamente servirá de referente de comparación en cuanto ésta derive o refleje una regulación de carácter colectivo y eficacia general para el ámbito subjetivo de que se trate. Ahora bien, la exclusión del contrato individual como término de comparación del contrato a tiempo parcial podría parecer contraria, en una primera instancia, a la posición asumida por la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial. Esta aparente contradicción se supera si se observa la definición de trabajo a tiempo parcial de la Cláusula 3 de la Directiva a la luz de los objetivos de la norma que la comprende y que no alteran el valor y ámbito de lo que en puridad sea autonomía individual; más que como

contratación laboral. Comentarios al RD-L 18/93, de 3 de diciembre, y su desarrollo reglamentario”, Madrid, 1994, pág. 72. A la jornada “acostumbrada” o “usual” en ausencia de regulación o pacto se refiere: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 73. Cuestión que, no obstante, parecen negar las SS. TSJ. Madrid 12-5-1998 (AS. 1762) y 23-2-1999 (AS. 267) cuando rechazan la virtualidad de servir de referencia de la jornada parcial otra distinta de la jornada completa prevista en el convenio colectivo aplicable, tal como la derivada de las normas de organización de la empresa y de la distinción entre horas lectivas y no lectivas] o de pacto en contrato individual (L. LÓPEZ CUMBRE, “Jornada parcial”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 171 y 172).

Otro sector doctrinal, en cambio, optó decididamente por una concepción estrictamente normativa de dicha jornada “habitual”, remitiéndola a la jornada ordinaria legal o convencional colectiva (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 274. Añadiendo la costumbre laboral como posible fuente de referencia: F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 57), que dependiendo de la estructura de la negociación colectiva podrá ser el Convenio Colectivo sectorial, en el ámbito territorial de que se trate, de empresa, de centro de trabajo e, incluso, Convenio Colectivo franja (H. MERINO SENOVIÑA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 178. OJEDA AVILÉS, que señaló, bajo la legislación anterior al RD-L 18/93, al Convenio Colectivo sectorial como el señalado implícita y prevalentemente por el legislador a tales efectos. No obstante, admite dentro del concepto de jornada habitual la derivada de la costumbre como norma aplicable con carácter general (A. OJEDA AVILÉS, “Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido”, D.L., n.º. 14, 1984, pág. 35 y en “Las nuevas formas de contratación laboral”, en AAVV –F. Durán López–, “Las Relaciones Laborales y la Reorganización del Sistema Productivo”, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983, pág. 81), excluyendo, por su puesto, la contractual por tratarse de módulo necesariamente referido a un colectivo de trabajadores (H. MERINO SENOVIÑA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 178).

⁹⁵ ALARCÓN CARACUEL distingue respecto de la dimensión cuantitativa del tiempo de la prestación, la jornada como objeto del contrato de trabajo y como materia de disposición normativa. Así la jornada pactada en el contrato de trabajo se ocupa de fijar el quantum de la prestación debida por ese concreto trabajador, en tanto la jornada objeto de disposición normativa marca el límite del ámbito de la autonomía individual, admitiéndose, en respeto a dichos márgenes, multiplicidad de pactos (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 77, 80 y 83). En similar sentido: E. GHERA, “Il lavoro a tempo parziale”, en AAVV, “Flessibilità dell’organizzazione produttiva e tipologie dei rapporti di lavoro, atti del Convegno svoltosi a Firenze 18-19 marzo 1983, Cuaderno n.º 4, IRI, Roma, s.d., pág. 64, 65 y 67. La funcionalidad del contrato de trabajo se enmarca en el ámbito de la voluntad individual (al respecto, por todos: J.I. GARCÍA NINET, “Ordenación del tiempo de trabajo”, en AAVV -Dir. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los trabajadores”, Tomo I, Vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1994, pág. 16 a 21). También respecto de las relaciones entre contrato de trabajo y la duración y distribución fijadas en Convenio Colectivo, véase: M. GODINO REYES, “Autonomía colectiva y voluntad individual en la fijación de la jornada de trabajo”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, cit., pág. 105 y ss.

una definición que se impone en su literalidad a los Estados miembros⁹⁶, como la fijación de un referente genérico de comparación a efectos de la evaluación de la corrección de las condiciones que disfrute el trabajador a tiempo parcial⁹⁷, siempre desde la perspectiva de superación de las situaciones discriminatorias por injustificadas objetivamente y de contribuir a su fomento o difusión, llamémosle “normalizada”, además, por desdoblamiento, de demarcar el campo de aplicación de la norma⁹⁸.

En la línea que proponemos, conforme a la definición del contrato a tiempo parcial del 2001, el convenio colectivo extraestatutario parece que debe considerarse un instrumento válido de fijación de la jornada completa referente de la parcial⁹⁹ respecto de los trabajadores –exclusivamente– incluidos en su ámbito subjetivo, con independencia de la opción que se tome respecto de su eficacia normativa u obligacional, y con independencia de que se opte respecto de la articulación de su eficacia a través de su interiorización en el contrato de trabajo –es decir, como generador de condiciones más beneficiosas matizadas, postura predominante en la jurisprudencia y doctrina– o derivado de su fuerza vinculante ex Art. 37.1 CE.¹⁰⁰

En cuanto a la costumbre, la definición actual implícitamente admite la jornada a tiempo completo determinada por ésta, ya que su eficacia general, a consecuencia de su carácter de fuente del derecho, permitirá que la jornada a tiempo com-

⁹⁶ Los negociadores del Acuerdo marco en que tuvo su origen fueron muy conscientes, como indican en el Preámbulo del mismo, de «la diversidad de las situaciones en los Estados miembros», y subrayaron, ya en él, el carácter escasamente ambicioso del mismo. Escasez de pretensiones que permitió su conclusión y únicamente referidas a sus objetivos, por cuanto -reconocen- sólo «enuncia los principios generales y requisitos mínimos relativos al trabajo a tiempo parcial», como por lo demás corresponde a la específica naturaleza y carácter de la Directiva dentro del sistema de normas comunitario (Considerando 14). Precisamente el alto grado de armonización que persiguieron las anteriores proposiciones de Directiva supusieron, probablemente, el fracaso de las mismas (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, RL, 1998/T. II, pág. 179 y 180). No obstante, para algunos supone esta Directiva también un fracaso, por cuanto se limita a reproducir el contenido del Acuerdo, y que no entraña obligaciones directas para los Estados miembros (A. CASTRO ARGÜELLES, “La incidencia de las Directivas comunitarias...”, cit., pág. 917). Por el contrario, justifica el mantenimiento de su literalidad y su naturaleza en el carácter mismo de esta nueva técnica legislativa introducida por el referido Acuerdo de Política Social del Tratado de la Unión Europea: M^a.A. BALLESTER PASTOR, “La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial”, RL, 1998/T. II, pág. 201; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, cit., pág. 191 y 192.

⁹⁷ En este sentido parece pronunciarse: P. BOLLÉ, “El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 116, n^o 4/1997, pág. 607. Así, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO destaca que el núcleo del Acuerdo no es la definición del trabajo a tiempo parcial, sino del “trabajador a tiempo completo comparable”, organizándose toda la regulación del tiempo parcial a partir de la identificación de éste (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, RL, 1998/T. II, pág. 193).

⁹⁸ P. BOLLÉ, “El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 116, n^o 4/1997, pág. 607.

⁹⁹ No obstante, bajo la concepción del contrato a tiempo parcial del 98 sectores doctrinales han considerado que no cabe extender al convenio colectivo extraestatutario el carácter de fuente de fijación del término de comparación de la jornada parcial. Así lo indica la letra del art. 12.1 ET/98, que al utilizar la expresión de “Convenio Colectivo”, debe entenderse el regulado en su Título III J. GARCÍA BLASCO, “El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n^o. 18, 1999, pág. 51; S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n^o. 18, 1999, pág. 30. Y porque así lo exige la necesaria eficacia general de dicho referente (J. GARCÍA BLASCO, “El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 51).

¹⁰⁰ Vid.: F. BALLESTER LAGUNA, “La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales”, Comares, Granada, 2001, pág. 56 y siguientes, y conclusivamente las páginas 82 y 83.

pleto del trabajador de la misma empresa, tipo de contrato y ocupación similar que efectivamente la practique sea “comparable” a tales efectos¹⁰¹.

Mayores dudas puede suscitar la aceptación de la jornada practicada en la empresa como referente válido, en todo caso, a efectos de la delimitación del trabajo a tiempo parcial. Si bien es cierto que su dimensión colectiva¹⁰², y aún cuando en su caso pudiese apreciarse la existencia de una condición más beneficiosa de disfrute colectivo articulada a través de la pluralidad de contratos de trabajo individuales¹⁰³, impondría, en términos generales, su extensión a los trabajadores de nuevo ingreso so pena de constituir un trato discriminatorio¹⁰⁴, lo cierto es que nuestros Tribunales vienen admitiendo la exclusión de aquellos en atención a razones de índole formal, en definitiva al carácter individual de la condición más beneficiosa y a la efectividad de su disfrute, o de interpretación de la voluntad concesiva¹⁰⁵. Por otra parte, la apreciación de discriminación en el caso del trabajador a tiempo parcial con idéntica jornada al trabajador a tiempo completo consecuencia de la no extensión de la referida jornada menor, es aún más conflictiva puesto la pluralidad de calificaciones contractuales susceptibles de concurrencia en un mismo centro de trabajo la ha provocado el propio legislador con el mantenimiento de las sucesivas regulaciones legales de la modalidad contractual¹⁰⁶. Pese a las dificultades que puedan suscitarse, la nueva definición del contrato a tiempo parcial del 2001 podría generar una presunción en favor de la utilidad como referente del trabajo a tiempo parcial de la jornada completa practicada en la empresa y centro de trabajo por el colectivo de trabajadores que realicen un trabajo idéntico o similar.

¹⁰¹ Sin embargo, bajo la concepción del 98 no tiene cabida la costumbre como instrumento de determinación de la jornada completa de referencia a efectos del tiempo parcial, por cuanto, aún siendo fuente de derecho, sólo se aplicará en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, salvo remisión expresa (art. 3.4 ET). Y para el supuesto que se discute, es evidente que no hay vacío alguno, ni en lo que se respecta a la comprensión de qué sea la fuente de referencia, ni en cuanto a cuál sea ésta en última instancia; es decir, caso de vacío convencional, por imperativo legal lo será la prevista con carácter de jornada máxima general.

¹⁰² A. BEJARANO HERNÁNDEZ, “Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos”, RL n.º 14, 1999, pág. 15; F. NAVARRO NIETO y C. SÁEZ LARA, “La flexibilidad en la nueva relación de trabajo”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 40 y 41.

¹⁰³ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, “Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos”, RL, n.º. 14, 1999, pág. 14. No obstante su eficacia colectiva, que para SALA FRANCO deriva de convenios colectivos extraestatutarios tácitos, no así del contrato o la costumbre (T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, “Las condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo”, AL, 1998/T.2, pág. 413 y ss.).

¹⁰⁴ En este sentido, extiende la condición más beneficiosa general de disfrute colectivo a los trabajadores de nuevo ingreso: A. BEJARANO HERNÁNDEZ, “Principio de condición más beneficiosa y reglas de adsorción, compensación y supresión de la misma”, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 77, 98 a 108.

¹⁰⁵ A. BEJARANO HERNÁNDEZ, “Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma”, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 104 a 107. En este sentido: SS. TS. 19-10-2003 (RJ 9039), 23-9-2003 (RJ. 8378), 12-11-2002 (RJ. 2003/1026); 18-9-2000 (RJ. 7645), 10-11-1997 (8208), 10-2-1995 (1148), 9-2-1990 (RJ. 2000/1747); S. TSJ. Aragón 2-10-2003 (AS. 2004/1892); S. TSJ. Madrid 16-4-2002 (JUR 166139); SS. TSJ. Cataluña 21-9-1998 (AS. 3650), 3-9-1998 (AS. 3633); 7-2-1997 (AS. 1825). Véanse también: SS. TS. 11-3-1998 (RJ. 2562), 18-12-1997 (RJ. 9517), 15-7-1997 (RJ. 6265) y 28-3-1994 (RJ. 2646); S. TSJ. Cataluña 20-9-1999 (AS. 3828).

¹⁰⁶ Muestran similar preocupación: S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato...”, cit., pág. 30. Este es un problema de intersección entre reducción de tiempo de trabajo y trabajo a tiempo parcial que, según señalan algunos autores, queda igualmente en el aire en Francia tras la Ley Aubry (Ley n.º. 98-461 de 13 de junio de 1998 relativa a la reducción del tiempo de trabajo) (en este sentido: F. NAVARRO NIETO y A. TRICLIN, “El debate francés sobre la reducción del tiempo de trabajo”, RL, n.º. 3, 1999, pág. 104).

La jornada resultante de los acuerdos y pactos de empresa debe ser tomada como referente de la jornada parcial bajo la regulación actual, en principio en defecto de Convenio Colectivo habiéndose seguido las reglas de legitimación y procedimentales previstas para los Convenios Colectivos¹⁰⁷. No obstante, la heterogeneidad de tales acuerdos, la incertidumbre sobre su naturaleza¹⁰⁸, funcionalidad y valor de los mismos¹⁰⁹, imposibilitan dar una respuesta general al respecto. Pese a todo

¹⁰⁷ Bajo la regulación del 98, la exclusión del pacto o acuerdo colectivo de la lista cerrada del art. 12.1 ET suscitó en la doctrina fundadas dudas. En tanto que un sector de la doctrina ciñe las referidas fuentes a las expresamente recepcionadas por el legislador (detenidamente y aun cuando denuncian que la no extensión a los acuerdos y pactos colectivos supone un problema de concordancia con las fuentes de la jornada del art. 34: S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación...", cit., pág. 30; también: M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial", cit., pág. 25), otro las extiende a los acuerdos y pactos colectivos negociados en ausencia de Convenio Colectivo por sujetos colectivos con capacidad para negociar dicho Convenio (C. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 24; J. GARCÍA BLASCO, "El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 52).

¹⁰⁸ Un sector muy importante de la doctrina reconoce tal carácter normativo a los acuerdos y pactos colectivos o a cierto tipo de ellos, y, por todos, bien como norma, bien como contrato, su eficacia general y automática.

En opinión de OJEDA AVILÉS, los acuerdos colectivos son contratos de eficacia general, en tanto los pactos colectivos, de distinta naturaleza que los convenios, tienen eficacia limitada, prima facie, por las limitaciones impuestas por la propia representación que lo firma (A. OJEDA AVILÉS, "Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos", A.L., n^o 17, T.I, 1995, pág. 254, 261 a 265, 268 y 269). También afirma la eficacia personal general de los acuerdos colectivos en virtud de la legitimación de los negociadores, y, no obstante, su naturaleza contractual, salvo, esto último, que se cumplan los requisitos previstos en el Título III del ET (C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, "El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo", Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 153, 159 y 160). En otro sentido, SÁEZ LARA ubica los acuerdos de empresa prevalentemente como manifestación, no de la negociación colectiva, sino de la participación de los representantes en el ámbito de la empresa, de eficacia general y automática en atención al principio de democracia representativa de los representantes en la empresa (C. SÁEZ LARA, "Los acuerdos colectivos de empresa una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico", R.L., 1995, pág. 556 a 561).

Por el contrario, son de eficacia general y naturaleza normativa, aún siendo distinto del CC.: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral", Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo e Industria. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, pág. 253 a 255. Más lejos llega otro sector doctrinal que considera a los acuerdos de empresa, por la identidad de sus negociadores y su finalidad supletoria, equiparados a los convenios estatutarios, y por consiguiente, a sus atributos jurídicos, es decir, a su eficacia normativa y general (M. CORREA CARRASCO, "Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 154 y 155, 186 a 191; S. GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma de la negociación colectiva", en AAVV -Coord. M. Ramón Alarcón-, "La reforma laboral de 1994", Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 395; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa", AL, n^o 21, 1996, T.2, pág. 420; F. VALDÉS DAL-RE, "Notas sobre la Reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral", Junta de Andalucía. Consejería de Trabajo e Industria. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1997, pág. 232). En esta línea, respecto de los acuerdos autónomos mejorativos: A. BEJARANO HERNÁNDEZ, "Usos de empresa y pactos colectivos...", cit., pág. 23 y 24.

¹⁰⁹ En cualquier caso, y con independencia de la naturaleza que se le puedan reconocer a los pactos de duración de jornada realizados en defecto de Convenio Colectivo, el legislador no equipara unos y otros en su valor a efectos de la regulación y ordenación de la jornada. En las expresas referencias a los acuerdos colectivos en el ámbito de la jornada, los papeles que les corresponda desempeñar son diversos al del Convenio Colectivo, de modo que los acuerdos o pactos de empresa están reservados para la ordenación de la distribución irregular y para la superación del límite de las nueve horas diarias de jornada ordinaria, sin que el art. 34.1 ET se remita a los pactos de empresa en orden a la fijación de la duración de la jornada (J. GARCÍA BLASCO, "Flexibilidad del tiempo de trabajo: jornadas y descansos", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso Olea", Marcial Pons, Madrid, 1985, pág. 308; I. GARCÍA NINET, "Ordenación...", cit., pág. 18). Entonces, los acuerdos que incidiesen sobre la duración de la jornada serían acuerdos no tipificados a los que, por consiguiente, les correspondería una eficacia o naturaleza contractual y no así normativa (en opinión de: J. GORELLI HERNÁNDEZ, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", Cívitas, Madrid, 1999, pág. 70). En cualquier caso, no tendrían la consideración legal ni la eficacia jurídica propia de los acuerdos de empresa típicos (J. GARCÍA MURCIA, "Los acuerdos de empresa", CES, Madrid, 1998, pág. 139). Por otra parte, estos acuerdos colectivos previstos expresamente por el legislador en materia de tiempo de trabajo están subordinados a los Convenios Colectivos, al concebirse sólo en defecto de éstos, con lo que la valoración que de una y otra fuente en materia de tiempo de trabajo se hace es bien distinta (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Significación del tiempo de

cabría en términos abstractos la defensa o presunción de su extensión, o al menos dar unas pautas generales de interpretación. Así procedería su virtualidad atendiendo a un argumento puramente literal, al quedar en la actualidad abierto el elenco de fuentes susceptibles de fijar la jornada completa de comparación¹¹⁰ en tanto que sean portadoras de una regulación de carácter colectivo y eficacia general –o limitada en el ámbito subjetivo en que se vea integrado el trabajador a tiempo parcial–. Añadido a este argumento literal podría aportarse otro de índole más global, relativo orientación legislativa implicada en el concepto de contrato a tiempo parcial. La definición del 2001, inspirada en el principio de flexibilidad, en la ampliación de la autonomía individual y en la concepción prevalente de la jornada parcial como variable frente a su dimensión de jornada reducida¹¹¹, requiere para su justificación y evitación de su uso deformado que la jornada de comparación sea la efectivamente practicada en condiciones de igualdad en el ámbito laboral del trabajador sometido a compara-

trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, RL, nº. 4, 1999, pág. 19; M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El papel del Convenio Colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)”, A.L., nº. 6, T. I./1995, pág. 95 y 96. Por contra, otros sí le otorgan a los acuerdos subsidiarios carácter normativo: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “El impacto de la reforma del sistema de fuentes...”, cit., pág. 266. En una posición intermedia: J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral”, cit., pág. 115 y 116. En general los acuerdos de empresa tienen carácter de norma de segundo grado por cuanto, o sólo tienen cabida ante inhibición reguladora del Convenio, o para mejora de éste, o, por último, caso de ser derogatorio respecto de materias reguladas por la negociación colectiva, sólo si existe un reenvío o remisión por parte del Convenio o la Ley (art. 41.2, párr. 3º y art. 82.3, Párr. 3º ET) (M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, “Derecho del trabajo”, decimoséptima edición, Cívitas, Madrid, 1999, pág. 905; M. CORREA CARRASCO, “Convenios y Acuerdos Colectivos...”, cit., pág. 282 y 283; F. VALDÉS DAL-RE, “Notas sobre la reforma del marco legal...”, pág. 233 y 234). Finalmente, la jornada de trabajo prevista en Convenio Colectivo es intangible vía art. 41 ET, aunque sea sólo como regla general si se considera que el párr. 3º del art. 41.2 ET es disponible para el Convenio Colectivo (J. CRUZ VILLALÓN, “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la Reforma de 1994”, RL, nº. 17/17, 1994, pág. 126; F. NAVARRO NIETO y C. SÁEZ LARA, “La flexibilidad en la nueva relación del trabajo”, cit., pág. 48 y 49; C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, “El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 157 y 158). Aún de admitirse esta postura, nuevamente se observa una condición diversa a la del Convenio en lo que se refiere al ámbito temporal de aplicación del acuerdo, en la medida en que cabe que el acuerdo delimite su ámbito temporal de aplicación dentro de los márgenes establecidos por el Convenio, de manera que podrá señalarse un término propio o, incluso, condicionar su vigencia al mantenimiento de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justificaron su adopción (J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral”, cit., pág. 138 y 139; C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, “El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, cit., pág. 162 y 163). Desde esta perspectiva de posible coyunturalidad de la medida resulta inadmisibles su virtualidad como referente del contrato a tiempo parcial. El legislador parece entonces reconducir la regulación de la jornada al Convenio Colectivo como fuente paradigmática de la misma y garantía de su regulación homogénea (vid.: A. SAGARDOY BENGOCHEA, “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, cit., pág. 21 a 24; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva”, RL, nº. 4, 1999, pág. 18 y 19).

¹¹⁰ Lo que a la inversa podría suponer su exclusión bajo la regulación del 98 (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 30).

¹¹¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE y M.E. CASAS BAAMONDE, “La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, RL, nº. 7, 2001, pág. 18. En el mismo sentido: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “El principio de estabilidad en el empleo, avances y retrocesos tras la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, RDTSS, nº. 220, 2001, pág. 38.

Destacan la nueva orientación flexible del contrato, por ejemplo: AAVV -Coord. F.J. Prados de Reyes-, “Contratación laboral y condiciones de trabajo”, ponencia colectiva a las XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Jerez de la Frontera, 10-11 de octubre de 2001, pág. 10; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”, RL, nº. 10, 2001, pág. 117 a 122; C. MOLINA NAVARRETE, “El “último capítulo” de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, Comentarios y casos prácticos, nº. 221-222, 2001, pág. 109 y en C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, “Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, Comentarios y casos prácticos, nº. 217, 2001, pág. 51; M.A. PURCALLA BONILLA y M^a.P. RIVAS VALLEJO, “Los contratos formativos y a tiempo parcial al amparo del nuevo régimen jurídico introducido por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, Tribuna Social, nº. 124, 2001, pág. 9.

ción¹¹². En otras palabras, el legislador del 2001, al eliminar el mínimo de reducción de jornada requerido para la configuración del contrato a tiempo parcial remite a los términos de la reducción al nivel más cercano de dicho trabajador, impuesto por el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, en definitiva, la justificación del trato diversificado y la razonabilidad de la medida¹¹³, así como por la necesidad de evitar distorsiones en el uso del contrato a tiempo parcial y del mercado de trabajo¹¹⁴. Ello supone, a su vez, que la inaplicación del acuerdo a los efectos aquí discutidos tendrá que estar particularmente razonada, pues vendría exigida por tales principios e indirectamente por el Art. 12.4.d) ET respecto, claramente, de su adecuación salarial.

¹¹² Tanto bajo la legislación inmediatamente anterior a la del 98 como en la actual, y por exigirse únicamente una jornada reducida respecto de la completa para la conformación del contrato a tiempo parcial sí puede resultar más "interesante" referir la jornada completa a la realizada en la empresa sin más, por cuanto el marco temporal del trabajo a tiempo parcial es suficiente o, mejor, excesivamente amplio para su incentivación, provocando caso de interpretación contraria, mayores perjuicios al trabajador (A. OJEDA AVILÉS, "El nuevo contrato a tiempo parcial", en *Estudios de Jurisprudencia*, Revista Colex, nº 9, 1994, pág. 61). Por el contrario, subyace en la concepción del contrato a tiempo parcial del 98 la necesidad e intención de delimitar claramente la modalidad contractual frente a su oponente a tiempo completo, de dotarla de seguridad jurídica, y que si bien se realiza a partir de un dato relativo no homogéneo para todos los trabajadores a tiempo parcial, se limita, en los términos de la divergencia, a las fuentes expresamente señaladas, a saber: el Convenio Colectivo aplicable o, en su defecto, la jornada máxima legal. También podría haber otra razón selectiva de dichas fuentes la relacionada con el propio concepto del contrato a tiempo parcial y la retornada exigencia de un mínimo de reducción que es la valoración de la mayor amplitud posible del término de referencia a efectos de la promoción del contrato (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación...", cit., pág. 30). Si la jornada ordinaria efectiva de la Empresa distinta de la prevista en Convenio Colectivo o de la máxima legal necesariamente tiene que ser inferior a éstas, la promoción del trabajo a tiempo parcial pasa por remitir la jornada de referencia a la convencional colectiva o, en su defecto, a la legal. Así lo reconoce OJEDA AVILÉS respecto de la regulación anterior al RD-L 18/93, y que exigía un mínimo de reducción de 1/3 de la jornada habitual en la actividad (A. OJEDA AVILÉS, "El nuevo contrato a tiempo parcial", cit., pág. 61 y en "Las nuevas formas de contratación laboral", AA.VV. -F. Durán López-, "Las Relaciones Laborales y la Reorganización del Sistema Productivo", Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983, pág. 81). Igualmente reflexiona sobre la cuestión: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", Deusto, 1990, pág. 20 y 57. De lo contrario, el ámbito del trabajo a tiempo parcial se vería reducido, desincentivándose, por otra parte, mejoras o reducciones de jornada a nivel de empresa no derivadas de Convenio. En esta línea DEL REY y VALVERDE ASENCIO, consideran que la lista cerrada de fuentes del art. 12.1 ET no suponen una opción derivada del carácter normativo o no de las mismas, sino de la amplitud que implica su elección respecto de la fijación de la jornada máxima a tiempo parcial. Colateralmente, la otra cara de la moneda de esta "conveniencia" que planteamos bajo la regulación del 98 se encuentra en lo ventajoso que puede resultar a efectos del uso empresarial del contrato a tiempo parcial el hecho de que no haya Convenio Colectivo aplicable; en tal caso el marco de referencia sería el de la jornada máxima legal, y, por consiguiente, el más amplio de los posibles. En este sentido, también la exigencia de un mínimo de reducción en el trabajo a tiempo parcial puede conllevar la desincentivación de la reducción de la jornada en cualesquiera de los niveles convencionales, puesto que indirectamente reduciría las posibilidades del uso del contrato por las empresas inmersas en su ámbito de aplicación. En general, el trabajo a tiempo parcial puede constituirse en un factor entorpecedor de la reducción legal o convencional del tiempo de trabajo, aún incentivado como sucedió en Francia con la Ley quinquenal de 1993, por cuanto, entre otros posibles motivos, aquél permanece en gran medida al margen de la lógica colectiva (F. NAVARRO NIETO y A. TRICLIN, "El debate francés sobre la reducción del tiempo de trabajo", RL, nº. 3, 1999, pág. 94, 95 y 104). Véase también: A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido", cit., pág. 34.

¹¹³ A. OJEDA AVILÉS, "El nuevo contrato a tiempo parcial", cit., pág. 61.

¹¹⁴ Preocupación que señala un sector doctrinal respecto de la actual definición del contrato a tiempo parcial ante el posible solapamiento del trabajo a tiempo parcial y el completo así como de actuaciones fraudulentas: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 121. También afirma que el concepto actual de trabajo a tiempo parcial fomenta el fraude: C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo", cit., pág. 51; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "El principio de estabilidad en el empleo. Avances y retrocesos tras la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Comentarios y casos prácticos*, nº. 220, 2001, pág. 30 y 31.

3.1.1.2 Actividad, tipo de contrato y relación laboral, ámbito y fuentes supletorias

Una vez abordadas las posibles fuentes de la jornada completa de referencia, debemos continuar con el análisis de su identificación. En primer lugar, y en esto no apreciamos diferencia respecto de las etapas normativas anteriores, estará identificada por la actividad que desempeña el trabajador¹¹⁵. Así lo reconoce expresamente el actual párrafo segundo del Art. 12.1 ET/2001, cuando identifica el trabajador a tiempo completo “comparable” con aquél que realice un trabajo idéntico o similar. En consecuencia, de estar diversificada la jornada habitual o completa en razón de la categoría o grupo profesional o de criterios similares, la jornada que siempre ha debido tomarse como referencia es la que corresponda según la actividad. Sólo cabe destacar ahora que, aún cuando fácilmente podrán reconducirse los “trabajos idénticos o similares” a los conceptos de categoría o grupo profesional¹¹⁶ en cuanto ambos cumplen una función de determinación del objeto del contrato (Art. 22.5 ET)¹¹⁷, deben integrarse a través del principio de la equivalencia como última garantía de la efectiva identidad o similitud de los respectivos cometidos de ambos trabajadores¹¹⁸.

Por otra parte, resulta particularmente llamativo que los términos de comparación de la jornada parcial se cifren en la jornada a tiempo completo de un trabajador que esté vinculado con la empresa a través del «mismo tipo de contrato de trabajo». Ya nos hemos referido en el apartado anterior a las condiciones individuales de la jornada, con lo que nos ocuparemos aquí de otras posibles interpretaciones de tal inciso. Con tal designación, en una primera aproximación, se identificaría el

¹¹⁵ Bajo la regulación del 93 se expresan en tal dirección, por ejemplo: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 74; A. OJEDA AVILÉS, “El nuevo contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 61; J. YANINI BAEZA, “Trabajo a tiempo parcial: Notas sobre su régimen regulador”, *Tribuna Social*, nº. 85, 1998, pág. 14. Bajo la regulación del 80 y 84, también parece adscribirse a esta línea: L. LÓPEZ CUMBRE, “Jornada parcial”, cit., pág. 171 y 172. En contra, advierte sobre la rigidez de la opción y sobre los problemas que provocarían dicha admisión la categoría o puesto de trabajo como referente de la jornada habitual en la actividad caso, por ejemplo, de movilidad funcional del trabajador a tiempo parcial: F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 57. También en contra, considera que por jornada habitual debe entenderse la del sector de producción o la de la empresa, pero no la de la profesión u oficio (F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 70).

¹¹⁶ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 122. Por su parte, la Directiva 97/81/CE se refiere a “un trabajo o empleo idéntico o similar” a lo que se añaden otras posibles consideraciones como la antigüedad omitida por nuestro legislador- y, con más interés en el campo que ahora estudiamos, las cualificaciones o competencias. El Convenio 175 OIT (art. 1.c.ii) y la Recomendación 182 OIT (art. 2.c.ii), ambos sobre el trabajo a tiempo parcial, exige que se “efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar”, lo que, aún cuando ciertamente tales requisitos atañen al trabajador a tiempo completo comparable, en nuestra opinión tiene el valor de poner en evidencia la actualidad de la relación entre la prestación que en su caso se realice, aún de forma transitoria, y la calificación a tiempo completo o parcial de la jornada contratada que en su caso corresponda (situación que ya fue señalada por: F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 57).

¹¹⁷ F. ALEMÁN PAÉZ, “El encuadramiento profesional”, MTASS, Madrid, 1995, por ejemplo, pág. 134, 135, 145, 170 y 171; F.A. DEL VALLE MUÑOZ, “La movilidad funcional del trabajador en la empresa”, CES, Madrid, 1998, pág. 85. La negociación colectiva viene regulando jornadas especiales para grupos especiales de trabajadores por razón de su trabajo, tales como labores de portería, guarda, cámaras frigoríficas, etc. (F. ALEMÁN PAÉZ, “El encuadramiento...”, cit., pág. 139 y 140; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, “Ordenación del tiempo de trabajo”, AAVV -Dir. J. García Murcia-, “Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva”, cit., pág. 302 y 303). No en vano, la problemática de las jornadas especiales, puesta en relación con la definición del contrato de trabajo a tiempo parcial, podría reconducirse al campo funcional.

¹¹⁸ Sobre el concepto de equivalencia véase: F. ALEMÁN PAÉZ, “El encuadramiento profesional”, cit., pág. 238 a 250 y 296 y ss.; F.A. DEL VALLE MUÑOZ, “La movilidad...”, cit., pág. 90 a 106, 116 a 119.

tipo de contrato con la diversidad que de éstos admite nuestro Ordenamiento laboral. En definitiva, la modalidad contractual utilizada¹¹⁹. Sin embargo, de la amplia gama de modalidades de contrato de trabajo, tan sólo se tipifican jurídicamente en razón de especialidades de jornada o presentan características particulares respecto de aquélla el propio contrato a tiempo parcial, el fijo discontinuo y el contrato de formación o aprendizaje. Excluido este último por motivos evidentes de incompatibilidad con el trabajo a tiempo parcial, e, igualmente por razones obvias el contrato a tiempo parcial común, tan sólo tendría sentido remitir la identidad del tipo de contrato al contrato fijo discontinuo. El resto de modalidades contractuales temporales, tanto el contrato en prácticas, como el contrato de obra o servicio determinado, el contrato eventual, el de interinidad y el de inserción, así como el contrato indefinido, ordinario o de fomento del empleo, no presentan en su configuración legal particularidad alguna en materia de jornada ordinaria, como muestra el hecho mismo de la transversalidad del trabajo a tiempo parcial respecto de todos ellos. Es más, llevada la literalidad del precepto a sus últimas consecuencias, sería incomparable a los efectos de identificación del contrato a tiempo parcial la jornada de un trabajador temporal con la de otro indefinido¹²⁰, lo que carece de lógica alguna dado que, de tener algún sentido, éste se enmarcaría realmente en el ámbito de la distribución irregular de la jornada y no, propiamente dicho, en el de la modalidad contractual utilizada¹²¹. Finalmente, de admitirse que los trabajadores fijos y los temporales no son comparables por razón de jornada, se tendría que partir implícitamente de la legitimidad de la temporalidad del contrato como criterio diferenciador de las condiciones de trabajo, en concreto, de la duración de la jornada fijada por Convenio Colectivo, lo que no sólo iría contra la lógica del Art. 15.6 ET, sino que difícilmente sería aceptable desde la óptica de la prohibición de discriminación por carecer, una vez que se realice el mismo trabajo, de fundamento razonable y objetivo más allá de la duración del contrato que justifique el diverso tratamiento¹²².

En un sentido más amplio de interpretación de qué sea a los efectos discutidos “tipo de contrato de trabajo” podríamos remitirnos al trabajo en común y contrato de grupo, así como al contrato de trabajo a domicilio. Tampoco estas figuras se modalizan en razón de las particularidades de su jornada sino en función de los sujetos o del lugar de la prestación¹²³. Consecuentemente, no parece que el legislador se esté refiriendo particularmente a estas figuras al establecer los paralelismos respecto de los “tipos de contrato”.

¹¹⁹ En este sentido: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 122. También identifica “tipo de contrato” como “modalidad contractual”: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, cit., pág. 54.

¹²⁰ O la de dos trabajadores temporales vinculados con modalidades de contrato distintos entre sí, o la de un contrato indefinido común con la de otro indefinido de fomento del empleo (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 122).

¹²¹ Lo que tampoco resuelve la Letra de la ley al exigir la identidad del contrato temporal del trabajador a tiempo parcial y el trabajador a tiempo completo.

¹²² Véase: M^a.A. VICENTE PALACIO, “El contrato temporal para obra o servicio determinado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 276 a 286. No en vano, como resume MARTÍNEZ ROCAMORA, la temporalidad es una causa de discriminación creada por la jurisprudencia española (L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, “Decisiones empresariales y principio de igualdad”, CEDECS, Barcelona, 1998, pág. 189).

¹²³ B. BLASCO SEGURA, “Trabajo en común y contrato de grupo”, AAVV -Dir. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, pág. 60 a 80, 80 y ss.. De hecho la

Continuando con la exégesis del precepto, por tipo de contrato de trabajo, aparte de la implícita exclusión de todas aquéllas relaciones no laborales, se podría considerar “tipo de relación laboral”, es decir, las de carácter especial y la ordinaria. No en vano la Cláusula 3 de la Directiva 97/81/CE como el punto 2.c)i. de la Recomendación 182 OIT lo identifican alternativa o por referencia exclusiva, respectivamente, con el tipo de relación laboral. Aquí sí podría encontrar mayor sentido la referencia al tipo de contrato puesto que, aún cuando admitan su compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial, presentan particularidades destacables en relación a la jornada¹²⁴. No obstante y en cualquier caso, la diversidad de jornada que en su caso presenten respecto de otros colectivos de trabajadores de la misma empresa o centro de trabajo podría muy bien remitirse a otro término de parangón expreso en el segundo párrafo del Art. 12.1 ET, el relativo al ámbito funcional.

Así puede considerarse paradigmática la aceptación jurisprudencial del trabajo a tiempo parcial en la relación laboral especial del personal de alta dirección, negada con anterioridad por dos importantes argumentos, a saber, el carácter de las tareas y la inexistencia de una jornada normal o máxima para tales trabajadores así como la articulación de sus fuentes, dado que la aplicación del Estatuto de los Trabajadores sólo procede en caso de remisión expresa del propio reglamento o del contrato (Art. 3.2 RD)¹²⁵. Y puede justificarse la referencia a otro trabajador “compa-

doctrina viene admitiendo la transversalidad de la jornada a tiempo parcial respecto del trabajo en común, el contrato en grupo y el auxiliar asociado (F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 37; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 277). Ante la omisión de excepciones o de una regulación específica, la doctrina ha extendido las normas generales sobre jornada a los trabajadores a domicilio, aún cuando son evidentes las dificultades de control de su cumplimiento (L.E. DE LA VILLA GIL y J.I. GARCÍA NINET, “Contrato de trabajo a domicilio”, AAVV -Dir. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo III, Edersa, Madrid, pág. 487 y ss.. Con más reticencias se expresa: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 326). Aunque lo verdaderamente trascendente del trabajo a domicilio no es el lugar de la prestación sino la ausencia de vigilancia de ésta y, en lo que ahora interesa, de los diversos aspectos la jornada del trabajador (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 145 a 148). Precisamente por la inexistencia de especialidades, la doctrina viene afirmando igualmente la transversalidad del contrato a tiempo parcial y el contrato de trabajo a domicilio -entendemos, salvo abuso o fraude- pese a que, el horario y dedicación efectiva en la práctica quede en manos del trabajador (F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 43). No en vano la equiparación salarial del trabajador a domicilio del art. 13.3 ET se basa implícitamente en la relación entre éste y el tiempo necesario para la realización de la obra (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación...”, cit., pág. 146).

¹²⁴ J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, “La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 36.

¹²⁵ Precisamente el hecho de que las partes puedan remitirse por contrato al Estatuto de los Trabajadores, así como la libertad de éstas en la fijación de la jornada han sido utilizados como razones para la admisión de dicha modalidad contractual (F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 32 y 33. En el mismo sentido: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 315; C. MARTÍNEZ MORENO, “La relación de trabajo especial de alta dirección”, CES, Madrid, 1994, pág. 286). Otros argumentos colaterales se han esgrimido contra la transversalidad -o, su difícil articulación- del trabajo a tiempo parcial y la relación laboral especial del personal de alta dirección, cuales son la naturaleza de las tareas a desempeñar, que comúnmente requerirán su dedicación total -con la duda, caso contrario, de que efectivamente merezcan el calificativo de laborales-, la compleja determinación de un parámetro de referencia para dicha jornada, y la presunción de pacto de exclusividad o plena dedicación del art. 8.1 RD 1382/85 (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 315 y 316; F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 33). No obstante, la doctrina no ha visto obstáculo en su aceptación, si quiera en términos teóricos y para casos puntuales, como es el caso de empresas de actividad discontinua o de reducidas dimensiones (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 317). Con menos dudas, pero con indicación de la necesidad de que se admita una cierta flexibilidad en la jornada parcial del alto directivo: F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 33.

Por la jurisprudencia, declaran la compatibilidad del trabajo a tiempo parcial con la relación laboral especial de alta dirección a partir de la desaparición de la limitación subjetiva del contrato con la derogación de la Disposición Transitoria 3ª ET/80, por ser una modalidad normal de trabajo aplicable a todo el que preste servicios por cuenta ajena, bien sea en un

“rable” en función del tipo de contrato, por cuanto el Art. 7 RD 1382/1985, de 1 de agosto, remite al contrato para la fijación de la jornada, con el límite de que ésta exceda notoriamente de la usual en el ámbito profesional. Ahora bien, una vez admitida la posibilidad de concurrencia en la empresa y centro de trabajo de varios altos directivos por razón de la necesidad de su especialización funcional¹²⁶, queda por resolver si tales serán igualmente comparables entre sí por realizar un “trabajo idéntico o similar” lo que, en principio, parece lo más adecuado al menos como presunción. Y caso de no existir otro alto directivo a jornada completa, ni estar prevista su jornada por convenio colectivo, ambos supuestos más probables¹²⁷, si corresponderá a la “jornada usual en el ámbito profesional” del personal de alta dirección que parece acoger el Art. 7 RD 1382/85, o mas probablemente a la máxima legal del Art. 34.1 ET. Nuevamente, conforme al sistema de fuentes fijado en el Art. 3 RD 1382/85 podría pensarse que para este caso particular la jornada completa de referencia será la derivada de los usos y costumbres en el ámbito profesional, funcional y territorial de que se trate¹²⁸, sin embargo, la dificultad de su prueba, el hecho de que aquélla se formu-

puesto de operario, bien en uno de responsabilidad [S. TSJ. Aragón 17-4-1991 (AS. 2313); TSJ. Aragón 30-1-1991 (AS. 217); TSJ. Aragón 6-3-1991 (AS. 1692); TSJ. Aragón 17-4-1991 (AS. 2313); TSJ. Aragón 26-6-1991 (AS. 3764); S. TSJ. Aragón 10-7-1991 (AS. 4541)], y sin que se deduzca incompatibilidad alguna del RD 1382/85, ni, en particular, de sus art. 3, 7 y 8, sino, en todo caso, su autorización por potenciación de la autonomía individual y sin que sea tampoco incompatible su realidad social o funcional con la menor dedicación [S. TSJ. Aragón 20-2-1991 (AS. 1473); S. TSJ. Asturias 30-10-1991 (AS. 5442); S. TSJ. Murcia 27-11-1991 (AS. 6279); S. TSJ. Andalucía/Málaga 4-11-1992 (AS. 5457); S. TSJ. Asturias 30-10-1991 (AS. 5442)]. Efectivamente, si bien es cierto que el trabajo a tiempo parcial se define por tener una jornada inferior a la “habitual”, y bajo la regulación del 98 en concreto, a la fijada en Convenio Colectivo o, en su defecto, la máxima legal, también lo es que del RD 1382/1985 se infiere que en la relación laboral especial del personal de alta dirección “no se previene legalmente ni una jornada normal, ni una jornada máxima, pero ningún inconveniente existe en que a nivel convencional dicha jornada se especifique, ni tampoco es rechazable que a través de usos locales y profesionales pueda quedar fijada, cumpliéndose así la prevención de existencia de una jornada habitual en la actividad de que se trate...” [S. TSJ. Andalucía/Granada 12-6-1995 (AS. 2495)]. Es más, el propio art. 7 RD 1382/85 identificó el término de comparación necesario a efectos de la concurrencia de la jornada parcial con el usual en el ámbito profesional correspondiente [S. TSJ. Baleares 19-1-1996 (AS. 671)].

Por el contrario, niega el alta como trabajador a tiempo parcial al alto cargo la S. TSJ. Murcia 13-6-1991 (AS. 3902), si bien no en atención a su carácter de gerente, sino por ser socio mayoritario y administrador único -o miembro del consejo de administración con atribuciones de gestión, dirección y organización- de la sociedad [S. TSJ. Murcia 10-9-1991 (AS. 5097); en este sentido, véase también: S. TSJ. Baleares 8-5-1996 (AS. 1588)]. Claramente en contra de la admisibilidad del contrato a tiempo parcial: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 18-2-1992 (AS. 698); S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 27-4-1993 (AS. 2107).

Las referidas contradicciones fueron definitivamente resueltas por la S. TS. 4-2-1997 (RJ. 975), en favor de la tesis de la admisibilidad del trabajo a tiempo parcial en la relación laboral especial del alto directivo, en cuanto la amplia libertad de pacto que en materia de jornada permite el artículo 7 del RD 1382/85, y el régimen de fuentes de su art. 3, abarca, igualmente, el acuerdo de una jornada reducida por los contratantes y su consiguiente contratación a tiempo parcial. No obstante, en la sentencia se valora igualmente su razonabilidad o adecuación de la menor jornada a las responsabilidades de la trabajadora, con lo que se repara, implícitamente, en una mayor valoración de las posibilidades de fraude en las discutidas situaciones. La transversalidad del contrato a tiempo parcial y la relación laboral especial del personal de alta dirección ha sido confirmada con posterioridad por la S. TS. 18-2-2002 (RJ. 3439).

¹²⁶ Véase: C. MARTÍNEZ MORENO, “La relación de trabajo especial de alta dirección”, cit., pág. 105 a 109.

¹²⁷ Así reconoce la doctrina que por lo general no serán de aplicación las previsiones sobre jornada del convenio colectivo al personal de alta dirección puesto que es habitual la exclusión expresa del alto directivo en nuestra negociación colectiva; el sistema de fuentes del art. 3 RD 1382/85 condiciona la aplicación del convenio a la expresa remisión al mismo en el contrato; y por cuanto los altos directivos no participan en la elección de los representantes negociadores cuando del convenio colectivo de empresa se trata (C. MARTÍNEZ MORENO, “La relación de trabajo...”, cit., pág. 140 a 144).

¹²⁸ Planteada la duda de si los usos profesionales se remiten al ámbito profesional de la alta dirección del sector productivo o al de éste último (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 149), sectores doctrinales lo han identificado decididamente con el primero de ellos (C. MARTÍNEZ MORENO, “La relación...”, cit., pág. 238 y 239). En el ámbito de la delimitación del contrato de trabajo a tiempo parcial la necesaria identificación de las funciones comparables reducen la fijación de la jornada parangonable al primero de ellos.

le como un límite genérico y extremo de tutela, la conveniencia de limitar, de reducir, el marco de la jornada parcial, y el ajuste o sometimiento final al Art. 12 ET impondrán en la práctica la extensión de la jornada máxima legal a la alta dirección a tiempo parcial por estar implícita en la modalidad contractual.

En cuanto al “tipo de contrato” correspondiente a la relación laboral de carácter especial de los representantes, regida por el RD 1438/85, de 1 de agosto, la propia compatibilidad del trabajo a tiempo parcial ha suscitado graves dudas entre la doctrina, motivadas por la desvaloración del tiempo de trabajo, al configurarse el objeto contractual más cercano al concepto de deuda de resultado que al de actividad¹²⁹ y al reconocerse expresamente en el Art. 4.1 RD 1438/85 la ausencia de sometimiento de dicho trabajador a jornada u horario en el ejercicio de sus funciones. No obstante, la posibilidad de previsión de jornada y horario por los convenios colectivos y los contratos individuales de trabajo (Art. 4.1 RD 1438/85), como la explícita previsión del pluriempleo del representante en el citado Art. 1.1, han permitido que, finalmente, se acepte la transversalidad de ambos tipos de contrato cuando, efectivamente, se haya fijado convencionalmente una jornada inferior a la completa habitual¹³⁰, lo que ahora debe entenderse remitido en principio a la jornada completa de un trabajador comparable en razón del tipo de relación especial y trabajos idénticos o similares, empresa y adscripción al centro de trabajo, o, en su defecto, de la jornada que en su caso se prevea en el convenio colectivo de aplicación. Queda por resolver si, en defecto de los anteriores, será útil la jornada máxima legal a efectos de servir de parangón de la jornada parcial del representante, puesto que a ello parece oponerse el hecho de que respecto de éste el legislador no fije jornada máxima (Art. 4.1 RD 1438/85) así como que, de conformidad con el Art. 12 RD 1438/85, sólo proceda claramente la supletoriedad del Estatuto de los Trabajadores en lo que se refiere a los derechos y deberes básicos reconocidos en el mismo¹³¹. Por consiguiente, respecto de estos trabajadores, parecía más adecuada la anterior configuración de la jornada completa como la “habitual” en la actividad¹³².

¹²⁹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 144; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 317 y 318). También la prohibición de competencia del art. 9.f) RD 1438/85 resulta de difícil encaje en el contrato de trabajo a tiempo parcial, si bien el trabajador podrá prestar servicios similares para otras empresas no competidoras (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 318).

¹³⁰ En este sentido, pese a reconocer que probablemente sea artificioso y de difícil control: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 318; F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 34 y 35. Respecto de los fijos discontinuos admite la discutida transversalidad: J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 83. Admiten la jornada parcial: S. TSJ. Cataluña 30-1-2003 (JUR 55672); SS. TSJ. La Rioja 17-1-1996 (AS. 117) y TSJ. Comunidad Valenciana 1-6-1995 (AS. 2547) –respecto desempleo-.

¹³¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 83. Aún cuando en defecto de identificación de norma supletoria o especial, también se ha defendido la aplicación del Estatuto de los Trabajadores como norma laboral común: L.M. CAMPS RUIZ, “La relación laboral especial de los representantes de comercio”, en Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores”, Edersa, Madrid, 1986, págs. 259 y 260; M^a.T. IGARTUA MIRÓ, “Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial”, Laborum, Murcia, 2003, pág. 112.

¹³² En cualquier caso, estos problemas probablemente sean más teóricos que prácticos dada la confusión subjetiva entre los representantes laborales y los mercantiles -o, decididamente, su mercantilización- a partir de la Ley de 27 de mayo de 1992 reguladora del contrato de agencia (J. LÓPEZ GANDÍA, “Contrato de trabajo y figuras afines”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 40 a 43; E. ORTEGA PRIETO, “Representantes de comercio y agentes comerciales. Su situación jurídica, mercantil o laboral”, Deusto, Bilbao, 1995, pág. 28 a 32). Respecto de esta difícil delimitación puede consultarse también: M. GARCÍA PIQUERAS, “En las fronteras del derecho del trabajo. Arrendamiento de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos”, Comares, Granada, 1999, pág. 65 y ss.

Aún cuando su compatibilidad con el contrato de trabajo a tiempo parcial está expresamente reconocida en los Art. 4.1, 6.1. y 5, y 7.3, segundo párrafo RD 1424/1985, de 1 de agosto¹³³, también presenta especialidades en materia de jornada el contrato del personal al servicio del hogar familiar. Así el Art. 7.1 RD 1424/1985, de 1 de agosto, reconoce como jornada máxima semanal de carácter ordinario la de cuarenta horas de trabajo efectivo, sin perjuicio de los tiempos de presencia a disposición del empleador. Con estos pactos sobre tiempos de presencia adicionales se produce un supuesto de ampliación de la jornada¹³⁴ sin que puedan servir de referente –sumado a la máxima de cuarenta horas o, en su caso la ordinaria que corresponda– en la delimitación del contrato a tiempo parcial respecto del contrato a tiempo completo¹³⁵.

Nada impide la concertación de la jornada parcial en la relación laboral de carácter especial de los penados¹³⁶. Así parece admitirse por los Art. 28 y 33 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, al requerir que el trabajo sea compatible con el tratamiento y necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios del penado¹³⁷. Y parece implicarse de la proporcionalidad de la retribución en función del número de horas realmente trabajadas y al rendimiento del trabajador previsto en el Art. 15 RD 782/2001, de 6 de julio. También lo admite la asunción de la jornada máxima legal y la consiguiente única exigencia de que la jornada y el horario de trabajo respeten los límites legales (Art. 33.1.b) LO. 1/1979 y Art. 17.3 RD 782/2001). En tales casos, la jornada completa de referencia será la del trabajador comparable según la fije el Consejo de Dirección del Establecimiento, más concretamente, el Director del centro Penitenciario (Art. 17.1 RD 782/2001¹³⁸, o en su defecto la máxima legal, sin que pueda servir de referente la prevista en los convenios colectivos que territorial o funcionalmente abarcasen la actividad desempeñada por el trabajador, por cuanto éstos son inaplicables a la comentada relación¹³⁹.

¹³³ Indubitada transversalidad del contrato a tiempo parcial y esta relación laboral especial: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 319; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 33; T. SALA FRANCO, "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico", RL, T. I., 1986, pág. 298. No obstante, el art. 4. RD deja en libertad a las partes para la concertación del contrato como indefinido o temporal, con presunción en defecto de pacto de duración determinada de un año. En tal caso, un sector doctrinal ha defendido el derecho del trabajador al llamamiento en las actividades discontinuas que se realicen dentro del año (J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 132 y 133). Aún cuando no se califica expresamente el contrato como a tiempo parcial, véase un supuesto cercano al trabajo "a llamada" en una relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar en la S. TSJ. Baleares 16-6-1994 (AS. 2618).

¹³⁴ M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 83. Sin que pueda, no obstante, apreciarse peculiaridad alguna respecto del resto de los trabajadores en lo que se refiere a la jornada máxima legal (vid.: T. SALA FRANCO, "La relación laboral especial...", cit., pág. 203 y 204).

¹³⁵ Sobre los tiempos de presencia en el contrato a tiempo parcial nos pronunciamos en este epígrafe, más adelante.

¹³⁶ Lo admite implícitamente la S. TSJ. Cataluña 14-1-1998 (AS. 644), con independencia de la exclusión de los trabajos que no tengan naturaleza productiva [véase también la S. TSJ. Andalucía/Granada 18-3-1997 (AS. 1004)].

¹³⁷ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 320. Por similares razones, también optó por la transversalidad bajo el RD 1201/1981, reglamento penitenciario: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 33 y 34. Aún cuando no quepa la contratación indefinida, en principio por razón del carácter accidental de la permanencia del interno en el establecimiento penitenciario, nada obsta a que los penados desempeñen igualmente tareas fijas de carácter discontinuo articuladas a través de uno o sucesivos contratos de obra (J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 83. Véase: J.A. SOLER ARREBOLA, "La relación laboral especial penitenciaria", Comares, Granada, 2000, pág. 173 y 174).

¹³⁸ Sobre la limitación de la autonomía individual en la fijación de las condiciones de trabajo penitenciario y, en particular, en materia de jornada véase: J.A. SOLER ARREBOLA, "La relación laboral especial penitenciaria", Comares, Granada, 2000, pág. 164 a 170, 385 y 386.

El Art. 4.2 RD 1006/1985, de 26 de junio, reconoce expresamente la posibilidad de celebración de contratos de trabajo a tiempo parcial en la relación laboral especial del deportista profesional¹⁴⁰, excluido el contrato de relevo¹⁴¹, y su modalidad fija discontinua en atención a la imposición de la duración determinada del contrato (Art. 6 RD 1006/85)¹⁴². En cuanto a la jornada completa que deba servir de parangón, ninguna especialidad presenta respecto del régimen común previsto en el Art. 12 ET, en tanto el Art. 9.2 RD 1006/85 señala como fuentes de fijación de la misma el contrato y el convenio colectivo con respeto de los límites vigentes, en definitiva, la jornada máxima legal. Ahora bien, encontramos difícil encaje en el contrato de trabajo a tiempo parcial de los tiempos de concentración previos a la competición; en cuanto tiempo de trabajo¹⁴³ deberían integrarse en principio en la jornada contratada del trabajador a tiempo parcial¹⁴⁴. Tampoco hay especialidades en materia de fuentes de fijación de la jornada para los artistas. El Art. 8.2 RD 1435/1985, de 1 de agosto, fija, previa admisión del contrato a tiempo parcial –implícitamente– y del contrato fijo discontinuo –expresamente– en el Art. 5.2¹⁴⁵, remite la fijación de la duración y distribu-

¹³⁹ J.A. SOLER ARREBOLA, "La relación laboral especial penitenciaria", cit., pág. 384, 481 a 487.

¹⁴⁰ En cuyo caso serán de aplicación las reglas propias de dicho contrato en lo que no se opongan a la naturaleza especial de esta relación laboral (art. 4.2 y 21 RD 1006/1985), F. DURÁN LÓPEZ, "La relación laboral especial de los deportistas profesionales", RL, T. I., 1985, pág. 272. De particular interés para la resolución de situaciones anómalas de los deportistas amateurs lo considera: R. FREGA NAVIA, "Contrato de trabajo deportivo", Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pág. 97 y 98. No obstante, sectores doctrinales han negado la adecuación de esta modalidad contractual en el deporte profesional, ya que el alto rendimiento exigido irá acompañado naturalmente de una dedicación a tiempo completo (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 321; R. ROQUETA BUJ, "El trabajo de los deportistas profesionales", Valencia, 1996, pág. 144).

¹⁴¹ Por razones obvias en opinión de: F. DURÁN LÓPEZ, "La relación laboral especial de los deportistas profesionales", RL, Tomo II, 1985, pág. 272.

¹⁴² I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", pág. 320; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 82.

¹⁴³ F. DURÁN LÓPEZ, "La relación laboral...", cit., pág. 276. Sobre los tiempos que deben considerarse jornada en esta relación especial: F. RUBIO SÁNCHEZ, "El contrato de trabajo de los deportistas profesionales", Dykinson, Madrid, 2002, pág. 244 a 248.

¹⁴⁴ En este sentido, si bien expuesto en términos generales respecto de los tiempos de presencia y posibilidades de distribución irregular presentes en la regulación de determinados supuestos de ampliación en las jornadas especiales, incompatibles con la necesaria determinación cuantitativa y cualitativa de los tiempos de trabajo en el contrato a tiempo parcial, la prohibición de horas extraordinarias y la previsión de las horas complementarias como única posibilidad de incremento y flexibilidad de la jornada parcial (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido", cit., pág. 27).

¹⁴⁵ Véase: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 321; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 34; R. ROQUETA BUJ, "El trabajo de los artistas", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 59 y ss; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 82 y 83.

Respecto de la duración del contrato del artista, prevalece la libertad de elección de las partes entre el contrato fijo discontinuo y el contrato temporal (J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 133 y 134; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 322; F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, "Las relaciones laborales especiales de los deportistas y artistas en espectáculos públicos", REDT., n.º. 100, 2000, pág. 199. En este sentido: S. TSJ. Cataluña 21-5-2003 (AS. 2510); S. TSJ. Baleares 12-11-1998 (4595)). Frente a esta dirección sectores doctrinales consideran que la amplia libertad de las partes en la contratación temporal tiene una excepción en el contrato fijo discontinuo (F. DURÁN LÓPEZ, "La relación laboral especial de los artistas", RL, T. I, 1986, pág. 232). Por su parte, la S. TSJ. Castilla y León/Burgos 27-11-1993 (AS. 4704) admite la fijeza discontinua sólo en caso de que el grupo sea permanente o integrado por los mismos profesionales. También otras sentencias reconocen la fijeza discontinua en la sucesión de contratos temporales en parque temático pues evidencian una necesidad intrínseca a la actividad empresarial y constante dedicación de sus servicios: S. TSJ. Cataluña 20-10-2003 (JUR 2004/7414).

ción de la jornada del artista a lo previsto en el contrato individual o el convenio colectivo con respeto, en todo caso, de la jornada máxima legal prevista en el Estatuto de los Trabajadores. En cuanto al trabajo de los minusválidos en los centros especiales de empleo, admitida la contratación a tiempo parcial y fija discontinua ex-Art. 7.1 y 10.1 RD 1368/85, de 17 de julio¹⁴⁶, la jornada completa de referencia será la común prevista en el Art. 12.1 ET, de conformidad con el Art. 13 RD147. Por el contrario quedará descartada la contratación a tiempo parcial o fija discontinua en el marco de la relación laboral especial de residencia (Disp. adicional primera L. 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias), puesto que la formación teórica y práctica necesariamente será a tiempo completo (Art. 20), y su duración temporal.

El contrato a tiempo parcial en la relación laboral especial de los estibadores portuarios está expresamente admitido en el segundo párrafo del Art. 10 RD-L 2/86, de 23 de mayo, del servicio público de estiba y desestiba de buques, si bien respecto del supuesto en que el contrato que vincula al trabajador con la Sociedad estatal se nove en parcial¹⁴⁸ a consecuencia de la concertación de un contrato de tal modalidad con la empresa portuaria. Pese a que la expresada norma no prevea la posibilidad de contratación inicial y permanente a tiempo parcial del estibador con la Sociedad estatal, ésta parece deducirse a nivel teórico, no sólo de la expresa previsión del supuesto antes expuesto, sino también de la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores en todo lo que no haya sido regulado por su normativa específica, salvo incompatibilidad con su particular naturaleza (Art. 19 RD-L 2/86)¹⁴⁹, lo que no parece concurrir dado que se admite explícitamente para aquélla situación particular. No obstante, las cesiones inherentes de mano de obra de la Sociedad estatal a las empresas portuarias dificultaría en la práctica la previsión de la concreta jornada par-

¹⁴⁶ Más aún, dada su particular idoneidad en este ámbito subjetivo. Por todos: B. ALONSO GARCÍA, "El trabajo de los discapacitados", REDT, n.º. 100, 2000, pág. 214; E. GARRIDO PÉREZ, "El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 65 y 105; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 322 y 323; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 35; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 83; P. TUSET DEL PINO, "La contratación de trabajadores minusválidos", Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 158 y 159.

¹⁴⁷ Limitadas las especialidades en materia de jornada a la prohibición de horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios, y los permisos retribuidos previstos en el referido art. 13.b). Al respecto, véase: E. GARRIDO PÉREZ, "El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo", cit., pág. 101 y ss.; P. TUSET DEL PINO, "La contratación de trabajadores minusválidos", cit., pág. 169 y 170.

¹⁴⁸ En principio con carácter transitorio, aún cuando no se especifique, en opinión de: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 36. También deduce de la comentada previsión del art. 10 RD-L 2/86 la imposición implícita de la jornada completa en la relación laboral especial de los estibadores portuarios: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 324. Transitoriedad que niega implícitamente otro sector al requerir que la contratación común realizada por la Empresa estibadora sea indefinida (P. TERESA RODRÍGUEZ RAMOS, "La relación laboral especial de los estibadores portuarios", Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 215 a 219). En cuanto a la posibilidad de que la empresa estibadora entable relaciones laborales comunes indefinidas fijas discontinuas, lo admite bajo la consideración de las mismas como a tiempo parcial: P. TERESA RODRÍGUEZ RAMOS, "La relación laboral especial...", cit., pág. 219. También admite que la relación especial sea fija discontinua, al ser el trabajo de estiba y desestiba intermitente y estacional por naturaleza, y al exigirse que el contrato con la Sociedad Estatal sea indefinido: J. TARRAGA POVEDA, "El contrato de trabajo fijo discontinuo", Bomarzo, 2004, pág. 30. Por nuestros tribunales admite la contratación fija discontinua: S. TSJ. Galicia 4-11-1999 (AS. 3496). No obstante hay que distinguir estos casos de aquellos en los que se produce una contratación sucesiva temporal o una cesión temporal en virtud de los art. 9, 10 y 12 RD-L 2/86 y 11, 12, 16 y 17 RD 371/87 [SS. TSJ. País Vasco 10-2-1998 (AS. 5400) y TSJ. Cantabria 1-9-1994 (publicada en RL, 1995, Tomo I, pág. 812)].

¹⁴⁹ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 36. Véase nota anterior.

cial y la haría, en consecuencia, probablemente disfuncional en la mayoría de los supuestos. En cuanto a la jornada a tiempo completo que deba servir de referencia a efectos de la delimitación del trabajo a tiempo parcial será la común prevista en el Art. 12.1 ET, en virtud de los Art. 19 RD-L 2/86 y 20 RD 371/87, de 13 de marzo, que aprueba el reglamento para la ejecución del RD-L 2/86. Nuevamente, los tiempos de presencia a que se refiere el Art. 20 RD 371/87, deben estar integrados, en nuestra opinión y en principio, en la jornada contratada del trabajador a tiempo parcial y, desde luego, computado el conjunto de tiempo de trabajo para todas las Empresas en las que haya sido cedido el trabajador.

El Art. 11 RD 2205/80, de 13 de junio, admite expresamente el trabajo a tiempo parcial del personal civil en establecimientos militares¹⁵⁰. La fórmula escogida no es la de simple remisión a la regulación estatutaria sino la de reproducción de la definición legal que en su momento, el año 80, recogió el Art. 12 ET. Aún cuando se ha defendido doctrinalmente que dicho concepto debe entenderse sustituido por los posteriores asumidos en la regulación estatutaria¹⁵¹, lo cierto es que el Tribunal Supremo en diversas sentencias atinentes a los contratos temporales viene considerando que respecto de esta relación laboral de carácter especial debe prevalecer la norma especial, esto es, el RD 2205/80, y con independencia de la integración de vacíos por el ET en aquello que no lo contradiga¹⁵². Por consiguiente, parece que deba considerarse plenamente vigente tal definición reglamentaria. En cuanto a la jornada de referencia, y aún cuando el Art. 33 la fije en 42 horas semanales, dado que los convenios colectivos vienen asumiendo también un papel regulador de la misma¹⁵³, no hay en principio diferencias ostensibles en cuanto a las fuentes que daban servir de comparación para la jornada parcial.

La acepción más abierta del “tipo de contrato” podría finalmente estar recepcionando todos aquellos elementos que marcan un diverso tratamiento en materia de jornada. Así, la doctrina ha señalado como criterio diversificador integrado en la referencia al tipo de contrato la edad del trabajador, lo que podría tener su lógica caso de fijar el Convenio Colectivo jornadas ordinarias distintas en razón de la edad y en general cuando las limitaciones a la distribución irregular de la jornada y demás normas tutelares sobre descansos previstas por razón de edad incidan en la

¹⁵⁰ Resulta igualmente admisible la contratación fija discontinua, aún cuando no hay referencia expresa a esta modalidad de empleo indefinido: M^a. D. GARCÍA VALVERDE, “Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares”, Comares, Granada, 2000, pág. 132.

¹⁵¹ Por ser más acorde con la Disposición derogatoria única del Estatuto de los Trabajadores y con una interpretación integradora y sistemática de la regulación específica de esta relación laboral con la común estatutaria, sin que, por otra parte, pueda argumentarse su mantenimiento en razón de las singularidades indispensables de adaptación del Estatuto de los Trabajadores a que se refiere la exposición de motivos del RD 2205/80 y que se vinculan a la salvaguarda de la Defensa Nacional (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 325. En similar sentido: F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 35). En contra, y aún cuando respecto de otros desajustes de su régimen jurídico con el Estatuto de los Trabajadores provocados por las diversas reformas del Estatuto mantiene una postura distinta, considera vigentes los términos del art. 11 RD 2205/80: M^a.D. GARCÍA VALVERDE, “Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares”, cit., pág. 154 y 155.

¹⁵² SS. TS. 20-6-2000 (RJ. 5961), 15-9 y 29-7 ambas de 1999; S. TSJ. Castilla y León/Burgos 7-7-1993 (AS. 3363).

¹⁵³ Véase: M^a.D. GARCÍA VALVERDE, “Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares”, cit., pág. 66, 265 y ss..

duración de la jornada¹⁵⁴. Y lo mismo cabe decir respecto del trabajador nocturno y a turnos –entiéndase, que trabaje a tiempo completo–¹⁵⁵.

La fijación del parámetro de comparación en función de la jornada completa realizada por un trabajador «de la misma empresa y centro de trabajo» parece excluir de la categoría de trabajadores comparables a los de la contrata o subcontrata así como de los cedidos por la empresa de trabajo temporal (ETT) respecto de los trabajadores de la empresa principal¹⁵⁶. Si nada hay que objetar respecto de la autonomía de los primeros, probablemente no cabe mantener tal afirmación respecto de los trabajadores puestos a disposición por la ETT, en tanto la jornada de éstos será la misma que la de los trabajadores de la empresa usuaria que realicen similares funciones o tareas. Como ha indicado la doctrina, el vacío legal y reglamentario sobre las condiciones de trabajo –salvo en materia de retribución– que deban aplicarse a los trabajadores cedidos por la ETT, debe saldarse en favor de la aplicación de las mismas condiciones que disfrutaban los trabajadores de la empresa usuaria y, en concreto, aquéllas que se refieren a la jornada¹⁵⁷, lo que viene determinado, además, por la lógica de los trabajos que vienen a realizar, el lugar y el modo –bajo la dirección– en que se llevan a cabo¹⁵⁸.

¹⁵⁴ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 73. Sobre la jornada máxima ordinaria del menor, consecuencia del tope diario de las ocho horas y las previsiones tutelares sobre descansos, véase: M. APILLUELO MARTÍN, “La relación de trabajo del menor de edad”, CES, Madrid, 1999, pág. 190 a 192, 198 a 204; F. FITA ORTEGA, “Límites legales a la jornada de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 113 a 117; J.I. GARCÍA NINET, “Ordenación del tiempo de trabajo”, AAVV -Dir. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo”, Edersa, Madrid, 1994, pág. 35, 36, 41, 42 y 98; F. LOZANO LARES, “La regulación del trabajo de menores y jóvenes”, Mergablum, Sevilla, 2000, pág. 190 a 194.

¹⁵⁵ Sobre las limitaciones a la distribución irregular de la jornada del trabajador nocturno y la posibilidad de que el trabajo nocturno se compense mediante descansos ex art. 36.2 ET: F. FITA ORTEGA, “Límites legales a la jornada de trabajo”, cit., pág. 93 a 97; G. RODRÍGUEZ PASTOR, “El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 233 a 235, 242 a 244.

En cuanto a la previsión del trabajo a tiempo parcial vertical del correturnos previsto en el art. 36.3 ET no supone una autorización, ni respecto de la opción de la empresa de instaurar un sistema de turnos de actividad diaria continua, ni respecto de la utilización de aquella modalidad contractual (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 142 y 143; A. MONTOYA MELGAR, “Jornada en régimen de turnos”, en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, cit., pág. 141; G. RODRÍGUEZ PASTOR, “El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo”, cit., pág. 264). Previsto desde la redacción inicial del art. 36-4 ET/80, la desaparición de toda referencia a las normas de cotización específicas integradas en el mismo tanto en la versión del 80 como del 84, estarán lógicamente en la línea de subsumir dicha figura en el régimen común del contrato a tiempo parcial: J.I. GARCÍA NINET, “Ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 88; T. SALA FRANCO, “La reforma del Mercado de Trabajo”, CISS, Valencia, 1994, pág. 143.

¹⁵⁶ En este sentido: F. CAVAS MARTÍNEZ; M. CARDENAL CARRO y G. BARRIOS BAUDOR, “Contratación y modalidades contractuales”, en AAVV, “Análisis de la ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 46; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 122.

¹⁵⁷ En este sentido: M. LÓPEZ BALAGUER, “La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: aspectos individuales y colectivos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 105 y 106; T. SALA FRANCO, “La reforma del mercado de trabajo”, cit., pág. 53. Y como efectivamente resuelven los art. 33.2 y siguientes del IV Convenio Colectivo Estatal de las empresas de trabajo temporal respecto de la jornada y horario, descanso semanal y vacaciones anuales, aún cuando se permita una distribución y horario diferentes justificado por necesidades productivas u organizativas (vid.: L.M. CAMPS RUIZ, “Las empresas de trabajo temporal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 62, 63, 88 y 89).

¹⁵⁸ L.M. CAMPS RUIZ, “Las empresas de trabajo temporal”, cit., pág. 89; M. LÓPEZ BALAGUER, “La relación laboral de los trabajadores...”, cit., pág. 105; T. SALA FRANCO, “La reforma...”, cit., pág. 53.

Queda cuestionarse si cabe establecer los términos de comparación entre jornadas de trabajadores de la misma empresa y distinto centro de trabajo. Desde luego, los términos del Art. 12.1 ET exigen en una primera instancia acumulativamente la concurrencia de ambas condiciones¹⁵⁹ de forma similar, parece, a como hace la Cláusula 3.2 de la Directiva que se refiere únicamente al “mismo establecimiento” y, a diferencia, del Convenio y Recomendación 182 OIT. (Art. 1.c.iii y 2.c.iii, respectivamente), que prevén, en defecto de trabajador comparable en el mismo establecimiento, la correspondencia con otro trabajador de la misma empresa y, en ausencia de éste último, en la misma rama de actividad¹⁶⁰. No obstante, con fundamento en el último inciso del Art. 12.1 ET, también cabe apreciar la extensión el término de comparación a otros centros de la empresa cuando así resulte razonable por existir una comunidad de condiciones de trabajo subsiguientes a la unidad de la empresa.

Para concluir este apartado tenemos que referirnos, si quiera someramente, a las fuentes supletorias caso de ausencia de trabajador a tiempo completo comparable. En primer lugar, es de destacar que nuestro legislador en la definición de la modalidad contractual a tiempo parcial no ha establecido nunca reservas ni, expresamente ninguna preferencia respecto del Convenio Colectivo sectorial, a diferencia de lo previsto en otras modalidades contractuales. Indiferencia que se mantiene actualmente (como no podía ser menos a la vista de que hemos concluido en que el mejor referente en la actualidad es el más inmediato y cercano al trabajador), en que se admite todo nivel de negociación estatutaria que fije la jornada de trabajo en el ámbito funcional y territorial de que se trate¹⁶¹. De hecho, el Art. 12 ET –tanto en el 98 como en el 2001– especifica cuándo se remite preferentemente al Convenio Colectivo de ámbito sectorial. No cabe apreciar, por consiguiente olvidos en la elección de los niveles de negociación¹⁶².

¹⁵⁹ En este sentido: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 122. En el mismo sentido: C.L. ALFONSO MELLADO, “La primera reforma laboral del milenio. Comentarios al RD-L 5/2001, de 2 de marzo”, IVES, Valencia, 2001, pág. 26; F. CAVAS MARTÍNEZ, M. CARDENAL CARRO y G. BARRIOS BAUDOR, “Contratación y modalidades contractuales”, cit., pág.46.; J.F. ESCUDERO MORATALLA y G. POYATOS I MATAS, “Trabajadores a tiempo parcial”, Bosh, 2002, Barcelona, pág. 129; A. SUÁREZ FERNÁNDEZ, “Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo (I)”, A.L., nº. 5, 2002, pág. 89.

En contra, y fundada en la dicción literal del art. 12.1 ET, en que a renglón seguido de la exigencia de concurrencia de que el trabajador a tiempo completo comparable lo sea de la misma empresa y centro de trabajo somete la jornada de comparación a la prevista en CC aplicable o máxima legal a la ausencia de trabajador a tiempo completo comparable en la empresa: J.M^a. GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación laboral: tiempo parcial y contratos de duración determinada”, en I. ALBIOL MONTESINOS, L.M. CAMPS RUIZ y J.M^a. GOERLICH PESET, “La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 18 y 19. Entonces, el parámetro de comparación sería en primer lugar el trabajador a tiempo completo del mismo centro de trabajo y, en su defecto, los trabajadores de la misma empresa y distinto centro.

¹⁶⁰ Por el contrario, la Directiva se remite subsidiariamente al convenio colectivo aplicable, o caso de no existir éste, y de conformidad con la legislación nacional, a los convenios colectivos o prácticas nacionales. Las opciones de uno y otro instrumento internacional son distintas y plenamente conscientes.

¹⁶¹ M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 25.

¹⁶² Y hasta revisada, como se puede ver en la corrección propuesta en el Dictamen del CES al Anteproyecto de RD-L 15/98, respecto de un olvido en el párrafo 4.e) del art. 12 ET, y frente al que se llama la atención para que se haga constar expresamente la preferencia por la regulación sectorial a la vista del resto del articulado (CES, “Dictamen sobre el anteproyecto de Real Decreto-Ley de Medidas Urgentes para la mejora del Mercado de Trabajo en relación con el Trabajo a Tiempo parcial y el fomento de su estabilidad”, dictamen nº. 10, 1998, pág. 11).

Por el contrario, un sector doctrinal deja entornada la puerta a la preferencia del legislador por el Convenio Colectivo sectorial frente al de ámbito inferior también a nivel de definición del contrato, y deducida ésta del conjunto de su régimen

Finalmente, se entiende por jornada máxima legal, tanto la general del Art. 34.1 ET de 40 horas semanales de trabajo efectivo¹⁶³ de promedio en cómputo anual, como la máxima legal reducida¹⁶⁴ prevista para determinadas actividades por el RD 1561/95, sobre jornadas especiales de trabajo, y dictada en virtud de la autorización prevista en el Art. 34.7 ET.

3.1.2 La cuantía de la reducción

El cálculo de la reducción respecto de la jornada común que sirva de parámetro, y la cumplimentación, en su caso, de los umbrales de la modalidad contractual en el supuesto específico requerirán de la identificación, no ya, por supuesto, de la cantidad de jornada que determine los márgenes del contrato a tiempo parcial, sino la fijación de los módulos temporales sobre los que debe ser verificada, así como las imbricaciones que sobre dicho cálculo pueda tener otro aspecto diverso de la jornada, cual sea su distribución.

3.1.2.1 Las unidades del cómputo de la jornada parcial

3.1.2.1.a) Unidad de tiempo: la hora, su distribución y las implicaciones con la jornada general de la empresa

El primer párrafo del Art. 12.1 ET define el contrato de trabajo a tiempo parcial como aquél en que «se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable». Hoy como bajo las diversas etapas prece-

jurídico y de la orientación seguida en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación...", cit., pág. 31).

¹⁶³ Sobre qué se deba entender por trabajo efectivo, véase, por ejemplo: F. FITA ORTEGA, "Límites legales a la jornada de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 30 a 38.

¹⁶⁴ Lo que no concurre en el caso de los Trabajos en cámaras frigoríficas y de congelación, puesto que lo que se contempla no son limitaciones de la jornada propiamente dichas, sino una serie de descansos obligatorios, así como tiempos máximos de permanencia en estas cámaras en función de la temperatura, pudiendo completar la jornada con trabajos en el exterior de aquéllas según prevé el propio art. 31.2 DJE (J.M. GÓMEZ MUÑOZ, "Las jornadas especiales de trabajo", Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 265; F. FITA ORTEGA, "Límites legales a la jornada de trabajo", cit., pág. 89 y 90).

Tampoco nos referimos a la reducción de los tiempos de exposición a riesgos ambientales especialmente nocivos, cuando concurren circunstancias excepcionales de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad, y no sea posible la eliminación del riesgo. Y ello por cuanto, configurado probablemente como una medida de carácter coyuntural y extrema, ante una situación también excepcional, no parece que, en principio, la jornada que resulte sea susceptible de convertirse en referente del cálculo del trabajo a tiempo parcial. Sobre su coyunturalidad véase: J.M. GÓMEZ MUÑOZ, "Las jornadas especiales de trabajo", cit., pág. 232 a 235.

¹⁶⁵ A partir del art. 4 RD-L 18/93 y en las sucesivas etapas normativas, se ofrece una definición legal del contrato a tiempo parcial en que se utiliza la hora como única unidad de cómputo de la reducción, desapareciendo la referencia a los días. Podría pensarse que la referencia exclusiva a la hora como unidad de medición está -probablemente- motivada en la definitiva asunción por el trabajo a tiempo parcial de la tendencial anualización de la jornada (A. PEDRAJAS MORENO, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 136); por la perfecta delimitación de qué sea su cuantificación frente a lo que es su concreta distribución -que se predica en general respecto de la nueva regulación legal de la jornada de trabajo a

dentes de la regulación del trabajo a tiempo parcial, en su definición, el legislador no ha utilizado el término de “jornada” sino una descripción de la misma como número de horas o días, o bien sólo como número de horas¹⁶⁵, reducidos en una determinada cuantía respecto de la jornada completa definida, a su vez, en los términos que hemos examinado en el epígrafe precedente. Podría pensarse que esto no tiene trascendencia alguna, en la medida en que por jornada, propiamente dicha, aludiríamos igualmente a la determinación del número de horas durante las cuales puede exigirse la efectiva prestación de servicios del trabajador¹⁶⁶, en tanto que cuando se ha hecho referencia a los días se estaría aludiendo, más que a la cuantificación de la jornada, a una fórmula de su distribución, en principio, la vertical. En consecuencia, el cálculo de la reducción respecto de la jornada común, y, en definitiva, de la jornada misma acordada en el contrato a tiempo parcial, estaría fijada en última instancia en función de las horas que la compusiesen¹⁶⁷, tanto más cuando la entidad de la jornada diaria puede variar en virtud de la distribución irregular de la misma.

En cuanto al módulo temporal de referencia de la reducción que implica la jornada parcial respecto de la completa, hay que tener en cuenta que aún cuando se admita la anualización de la jornada a tiempo parcial, las partes pueden pactar la verificación de la reducción en períodos inferiores de tiempo, con lo que la compa-

partir de su reforma en el 94 (J. GARCÍA BLASCO, “Flexibilidad del tiempo de trabajo: jornadas y descansos”, cit., pág. 307)- (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “El contrato a tiempo parcial”, en AAVV -Coords. M.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, “Reforma del mercado de trabajo”, La Ley, Madrid, 1994, pág. 92); y, en definitiva, la flexibilización de la misma, asumiendo los criterios generales que en tal sentido informan la nueva regulación del tiempo de trabajo contenida en la L. 11/94 (vid: J. GARCÍA BLASCO, “Flexibilidad del tiempo de trabajo: jornadas y descansos”, en AAVV, “Reforma de la Legislación Laboral”, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 303 y 304; J.I. GARCÍA NINET, “Ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 8 y ss.). Por último, no es más que la normalización de los referentes de la jornada parcial, no ya sólo por la incorporación de la anualización de la jornada, sino también por la utilización de la misma unidad de medición que respecto de la jornada en general utiliza el art. 34 ET (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 71), y la superación de confusiones apreciables en etapas precedentes. La referencia exclusiva a las horas como unidad de cuantificación estaría dentro, sería un elemento más, de lo que es la nueva concepción que del trabajo a tiempo parcial se inicia con la reforma del 93, y que lo convierte en un instrumento nuevo de gestión y organización de la actividad que atiende las necesidades de adaptación y flexibilidad de las empresas (CES, “El trabajo a tiempo parcial”, Informe nº. 4, 1996, pág. 34 y 35; en este sentido, por todos: A. BAYLOS GRAU, “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, en AAVV -Coord. M.R. Alarcón Caracuel-, “La reforma laboral de 1994, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 139). No obstante, individualmente considerado y como novedad sólo hay que concederle una importancia relativa, por cuanto la hora era realmente la única unidad de cuantificación, admitiéndose distribuciones irregulares en los ámbitos temporales elegidos –con las precisiones hechas en el primer epígrafe del capítulo, vid. nota 42-, y, además, como señala la doctrina, ya se anticipó en el modelo de contrato que incorporó el RD 1991/84, de 31 de octubre, por el que se regulaba el contrato a tiempo parcial, contrato de relevo y jubilación parcial (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “El contrato a tiempo parcial”, en AAVV -Coords. M.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, “Reforma del mercado de trabajo”, La Ley, Madrid, 1994, pág. 91), y, en definitiva, porque formaría parte de la tendencia general a la utilización del binomio hora/año (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “El contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 91).

¹⁶⁶ Por ejemplo: MR. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 75 y ss.; F. FITA ORTEGA, “Límites legales a la jornada de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 27. Véase nota anterior.

Así, respecto de la legislación anterior, la doctrina utiliza indistintamente “número de horas” o “jornada” (por ejemplo, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 72).

¹⁶⁷ En contra, considerando el día como auténtica unidad de cuantificación bajo la legislación del 80 y no así bajo la del 84 por cuanto ésta última introduce un criterio de referencia más claro que la anterior respecto de la identificación de la jornada (antes sólo se refería a horas o días habituales en la actividad), al período de cómputo de la reducción de esa jornada (ahora más claro y limitado) y de su proyección sobre los mismos de la jornada habitual en la actividad (y que antes, sólo lacónicamente se refería al “mismo período de tiempo”): J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial...”, en AAVV -Coord. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las leyes laborales”, Edersa, Madrid, 1985, pág. 272 a 274.

ración debe hacerse manteniendo la correspondencia con la variable temporal que se haya utilizado¹⁶⁸.

Queda ahora por resolver los posibles conflictos derivados de supuestos de distribución irregular de la jornada anual pactada en Convenio Colectivo de conformidad con el Art. 34.1 ET/80¹⁶⁹. Aún más, piénsese que los trabajadores a tiempo parcial pueden estar vinculados con un contrato temporal con lo que este problema se hace particularmente importante.

En principio, la cuantificación de los márgenes del trabajo a tiempo parcial no estarían determinados en función de la distribución y horarios del tiempo de trabajo "completo"¹⁷⁰, cuestión que se hace si cabe más evidente una vez que se asume por el contrato a tiempo parcial la modalidad fija discontinua, ahora tan sólo la fija periódica. En tal caso, podría ocurrir que fijada la jornada anual por el Convenio Colectivo aplicable, y pactada su distribución irregular, concudiesen en la misma empresa y durante determinadas épocas del año, trabajadores a tiempo completo con una jornada igual o incluso inferior a la de sus compañeros contratados a tiempo parcial¹⁷¹. Por consiguiente, caso de distribución irregular de la jornada, lo más adecuado para fijar los márgenes de la jornada parcial sería el prorrateo de la cantidad de jornada del trabajador a tiempo completo comparable, la fijada por el Convenio aplicable o, en su defecto, la legal proporcionada, en su caso, a la duración del contrato¹⁷². Por

¹⁶⁸ Como se advierte en el informe del CES, tras la reforma del 93 (CES, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 35). También en este sentido: I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "El contrato a tiempo parcial", cit., pág. 92.

¹⁶⁹ Sobre la facultad de anualización y distribución irregular de la jornada prevista en el ET, en su versión inicial del año 80, véase, por todos: M. ALONSO OLEA, "El Estatuto de los Trabajadores. Texto y breve comentario", Cívitas, Madrid, 1980, pág. 114 y 115.

¹⁷⁰ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 180. En el mismo sentido: M. IGLESIAS CABERO y J.Mª MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial", cit., pág. 24 y 25.

¹⁷¹ Situación que también se ha apreciado para los trabajadores temporales contratados a tiempo completo en una empresa con jornada anual distribuida irregularmente a lo largo de dicho módulo (A. MATEOS BEATO, "La jornada máxima ordinaria y su control", en AAVV, "Estudios sobre la jornada de trabajo", cit., pág. 551).

¹⁷² P. ARAMENDI SÁNCHEZ, "Novedades de la reforma laboral en materia de contratación. Contratos de duración determinada, el contrato a tiempo parcial, el contrato de fomento del empleo", en AAVV, "La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 87 y 88; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 78.

Por el contrario, un sector doctrinal propuso a los efectos de delimitación del contrato a tiempo parcial frente al completo el requisito de que el contrato a tiempo parcial temporal no cumpliera completamente el número de horas habituales en el período temporal contratado, pensando, probablemente, en estos supuestos de distribución irregular (A. PEDRAJAS MORENO, "El trabajo a tiempo parcial", en AAVV -Coord. F. Valdés Dal-Ré-, "La reforma del Mercado Laboral", Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 141). Sin embargo, desde esta postura se interrelacionan la cuantificación y la distribución de la jornada, introduciendo un condicionamiento en el trabajo a tiempo parcial que no está previsto en su régimen jurídico. Es más, parece que lo contradice, por cuanto las fórmulas precedentes al RD-L 15/98 se remitían a la proyección sobre la jornada habitual en los períodos de tiempo electos para su cálculo y distribución, y no a la jornada real o que se practicase en dichos períodos en la empresa. El legislador del RD-L 15/98 ni se refiere a ello, como tampoco lo hace ahora la el actual art. 12.1 ET sino que se remite sencillamente a la jornada completa del trabajador comparable que es, entre otras cosas, el que tenga el mismo tipo de contrato y, en su defecto, a la fijada en el Convenio o máximo legal. Pero además, es seguro que la opción discutida contravendría la recurrente finalidad que viene a satisfacer el contrato a tiempo parcial de flexibilización de la ordenación del tiempo de trabajo en la empresa. E igualmente, bajo la versión del 98, desconocería otra de las características con que se suele presentar el trabajo fijo discontinuo, como ya sabemos admisible respecto de incrementos de la actividad normal o habitual de la empresa; la explotación intensa de la mano de obra en dichos períodos, con largas jornadas y descansos acumulados (J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo", PPU, Barcelona, pág. 69).

lo demás, este criterio de cómputo a prorrata fue el seguido por el legislador a efectos de calificación del contrato a tiempo parcial marginal y, en particular, respecto de los contratos temporales¹⁷³, así como en el Art. 35.2 ET respecto de las horas extras. Y quizá, en apoyo a esta solución, pueda utilizarse la actual referencia al “ mismo tipo de contrato de trabajo” del actual Art. 12.1, segundo párrafo, ET.

3.1.2.1.b) Los ámbitos de verificación de la reducción pactada: la proyección de la prorrata de tiempo y la decidida anualización de la jornada parcial

A partir de la reforma del año 98 en la definición del contrato a tiempo parcial desaparece toda mención a la proyección de la jornada completa sobre los diversos períodos del día, semana, mes o año según se haya pactado. Esta omisión es absolutamente novedosa en el 98 y se mantiene en la definición actual puesto que en las etapas normativas anteriores siempre se ha incluido una referencia, aún breve como la inicial del 80, a la proyección de la reducción en un determinado módulo temporal en su correspondiente –prorrataado según hemos visto– respecto de la jornada completa. Descartamos que la razón de la omisión sea lo evidente del asunto dado que se trata de una cuestión que ha sido motivo tradicional de detenimiento por la doctrina, y puesto que ha sido objeto de aclaración en el informe del CES sobre el trabajo a tiempo parcial, en el sentido tranquilizador de que, al respecto, nada había cambiado bajo la entonces reciente reforma del 93.

La razón, creemos, es otra. La verificación de la reducción de jornada en el día, la semana o el año, sencillamente se impone por los términos del pacto de las partes ex Art. 12.1 ET en el módulo libremente elegido por éstas. En este sentido hay que tener en cuenta que la anualización de la jornada parcial se permite, no se impone. La cuantificación de la jornada en razón de uno de los posibles parámetros temporales constituye el basamento de la determinación del objeto del contrato y condicionará en una primera instancia la distribución irregular de la jornada parcial ordinaria en función del módulo elegido. Pero, no parece pueda mantenerse de forma incondicionada la necesidad de la verificación de los límites del trabajo a tiempo parcial en el módulo elegido, distinto del año, una vez que se admite el pacto de horas complementarias respecto de los contratos indefinidos. De hecho, parece que la funcionalidad de las horas complementarias, descrita como medio de flexibilización de la jornada parcial, está directamente relacionada con la anualidad de su cuantía y distribución, y con la tendencial anualidad –al menos en su regulación legal–, en consecuencia, de los aspectos cuantitativos y cualitativos del contrato mismo. Esta conclusión que es igualmente predicable de la regulación del 98¹⁷⁴, se hace aún más evidente en la

¹⁷³ Véase, art. 40 L. 42/94, de 30 de diciembre, art. 12.3 ET/95, y el art. 65.4 RD 2064/98, en redacción dada por el RD 489/98.

¹⁷⁴ No es momento ahora de profundizar en el estudio del objeto del contrato, ni en particular en las cláusulas de elasticidad que éste admita, sólo fijémonos en alguno de sus aspectos, previstos en el mismo art. 12 ET/98, del conjunto de todos ellos parece desprenderse la anualidad de su cuantía. Así, de conformidad con la letra c) del párrafo 5 del referido art. 12 ET/98, la vigencia y prórroga del pacto de horas complementarias es de carácter anual, como también la cuantía de las mismas está referida en principio al año según se desprende de la regla 1ª de la letra e) del susodicho párrafo. A su vez, la distribución de las horas complementarias pactadas en esa cuantía anual, se independiza, a falta de previsión

actual, puesto que la desaparición del umbral del trabajo a tiempo parcial resta importancia a la elección de módulos de verificación de la reducción de jornada inferiores al año, y puesto que la regulación del uso y distribución de las horas complementarias se ha dejado en manos del convenio colectivo y del pacto de horas complementarias, desapareciendo la anterior regulación legal supletoria en defecto de convenio colectivo. Es entonces aún más evidente la libre disponibilidad de las mismas a lo largo del año con independencia de los módulos utilizados como referentes de verificación de la jornada ordinaria, a depender de la regulación colectiva o del pacto individual sobre distribución y límites de las horas complementarias. Es más, se podría ir más lejos y afirmar la definitiva relativización de la utilidad de los módulos temporales diversos del año a efectos de la delimitación del contrato a tiempo parcial, a la vista del conjunto de su régimen jurídico.

3.1.2.2 La cantidad de la reducción

3.1.2.2.a) El máximo de jornada parcial

Una vez identificadas las unidades temporales del cómputo de la reducción, queda por identificar el "quantum" de la misma. Las opciones son diversas. De todos es conocido que nuestra legislación en sus ya numerosas reformas, ha oscilado entre la de fijar ésta en un mínimo, identificando claramente los umbrales del trabajo a tiempo parcial y la aplicabilidad de su régimen jurídico, o bien la de no preverla en absoluto. En tanto la primera dirección ha prevalecido en nuestra tradición jurídica, como indica su mantenimiento desde el año 80 hasta fines del 93 y su recuperación con el RD-L 15/98, la segunda únicamente ha regido durante la etapa iniciada con el RD-L 18/93 hasta el ya referido RD-L 15/98, y en la actualidad a partir del RD-L 5/2001 y posterior L. 12/2001¹⁷⁵.

diversa en Convenio, de los módulos hasta ahora conocidos, estableciéndose una distribución proporcional por trimestres del año natural (en tramos de 25%), según se recoge en el Acuerdo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial origen de la norma (véase en RL, cit., pág. 83). Es más, también en defecto de regulación colectiva, es posible la transferencia limitada de las horas no consumidas en un trimestre al siguiente dentro año natural (regla 2ª del art. 12.5.e) ET/98). Lo cierto es que cuando el legislador remite a la negociación colectiva la distribución y forma de realización de las horas complementarias, lo hace prácticamente sin imponerle condiciones. En términos generales, tan sólo el último inciso de las letras c) e i) del comentado párrafo 5, advierte, al regular el número proporcional de horas complementarias, no su distribución, que, "en todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 de este artículo". Sigamos; cuando se habla del número de horas complementarias -y se hace, insistimos, con independencia de todo referente que no sea el anual- se pone en relación únicamente con el número de horas ordinarias (art. 12.5.d) ET/98); también éstas, parecen, estar anualizadas, al menos a estos efectos. Por último, también el régimen de ampliación de la jornada por consolidación de las horas complementarias parte de un porcentaje del número de éstas en media anual (art. 12.5.i) ET/98), siendo la regla de distribución de las horas consolidadas muy oscura, y remitiéndose a los criterios y forma de ordenación de la jornada original. Con ello la disposición ahora comentada se refiere exclusivamente a la distribución, y parece dirigida, más que al respeto de los límites del trabajo a tiempo parcial, a tutelar al trabajador frente a una modificación de su jornada, de forma que no vea alterados sustancialmente los términos de la actualización de su prestación. En cualquier caso, y en lo que ahora interesa, parte de una cuantificación y distribución de la misma en términos anuales. En conclusión, bajo el régimen de 1998 los márgenes de cuantificación y, consecuentemente, la distribución irregular de la jornada parcial ordinaria pactada originariamente permanecen bajo la nueva concepción respetuosos con los módulos electos por las partes inferiores al año. No así cuando se suma la jornada complementaria -o se consolida parte de ésta-, que se desvincula, a salvo de previsión convencional, en su cuantía y distribución de los módulos tradicionales módulos diario, semanal y mensual, pudiendo el conjunto de ambas superar en dichos ámbitos los umbrales de la modalidad, siempre y cuando se verifiquen en el marco del año natural.

Una cosa es cierta, la delimitación del contrato a tiempo parcial por establecimiento de un mínimo de reducción de jornada respecto de la completa, no deja de ser un ejercicio del legislador dotado de cierta arbitrariedad, que bajo el régimen del 80 y 84 vinculó, probablemente intentando atribuirle una razón o cierta coherencia, al 1/3 tradicional en nuestro Ordenamiento Laboral a otros efectos estructuralmente similares y referidos igualmente a la problemática de la jornada de trabajo, tales como el desempleo parcial¹⁷⁶. Tras el RD-L 15/98 el máximo de jornada susceptible de ser objeto de contrato a tiempo parcial es el 77% de la jornada completa fijada por Convenio Colectivo aplicable o, en su defecto, la máxima legal¹⁷⁷. El margen de la jornada parcial, si bien se reduce frente a la regulación inmediatamente anterior

¹⁷⁶ La revisión del umbral de la jornada que define el contrato a tiempo parcial conforme al art. 12.1 ET/98, estaba ya prevista en la Disposición adicional única RD-L 15/98 (derogada por la Disposición derogatoria única. b) RD-L 5/2001) en atención a los resultados que produjese en la contratación, tras la consulta o propuesta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. La razón de tal previsión pudo residir, no sólo en declarar a modo de garantía formal la participación futura de tales organizaciones sino, probablemente, en que tal reforma propiciada por dicho RD-L 15/98 se hizo con la oposición empresarial, siendo particularmente crítico este sector con la recuperación de dicho mínimo de reducción. Descartan otras posibles causas: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE y M^a.E. CASAS, "La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad", RL, n.º 7, 2001, pág. 17. Efectivamente, esta definición legal y el establecimiento de un quantum mínimo de reducción fue duramente criticada por el Grupo Segundo, entre otras razones por separarse de la dirección seguida por los ordenamientos de la mayoría de los ordenamientos europeos –salvo Francia–, así como por las normas internacionales. Un resumen sucinto de las definiciones y régimen del contrato a tiempo parcial en los países citados en: CES, "El trabajo a tiempo parcial", Informe n.º 4, cit., pág. 94 a 97. A partir de la Ley n.º. 2000-37 de janvier 2000 el artículo L. 212.4.2 elimina en la definición del trabajo a tiempo francés la exigencia de un mínimo de reducción.

¹⁷⁶ M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 128; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "El contrato a tiempo parcial", cit., pág. 91; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 68 (repara también este autor en que en sentido inverso, también el tercio de la jornada completa es el que en términos aproximados viene a adoptar el trabajo a tiempo parcial marginal).

¹⁷⁷ La redacción inicial del art. 12 ET propiciada por el RD-L 15/98 no previó ninguna especialidad respecto del fijo discontinuo en cuanto a la entidad de la reducción de jornada respecto de la completa pese a que su Exposición de Motivos se refiere a la necesidad de atender su especificidad, derivada "de las actividades estacionales" y que corresponde desarrollar "en particular" a los "Convenios Colectivos de ámbito sectorial (véase también el punto 5.g) e i) del Acuerdo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial). Consecuentemente, el fijo discontinuo, tanto en su modalidad periódica como irregular, se encontraba plenamente sometido a los márgenes legales del contrato a tiempo parcial del art. 12.1 ET (C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 63; M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo", REDT, n.º. 100, 2000, pág. 442. Cuestión que reconoce indubitadamente el punto 5.2.d. del Acuerdo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial del 98). La necesidad de adaptación al concepto legal del contrato de trabajo a tiempo parcial respecto de los fijos discontinuos irregulares del art. 12.3.b) ET/98 se hizo a través del art. 19 de la L. 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que confiere una nueva redacción a dicho apartado añadiendo un segundo párrafo a la referida letra b). Se traduce en una excepción respecto del umbral del trabajo a tiempo parcial del art. 12.1 ET/98, por medio de la autorización al convenio colectivo –exclusivamente– de ámbito sectorial –y sin establecer preferencias respecto de un ámbito territorial en particular (siéndole, aplicable, en nuestra opinión, la excepción del segundo y tercer párrafos del art. 84 ET), (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, "Modificaciones en materia laboral y de Seguridad Social en la Ley de acompañamiento para el 2000", RL, n.º 9, 2000, pág. 93). La autorización está dirigida al "establecimiento de un límite de jornada superior" –que no "eliminación"– al previsto en el apartado 1 del artículo 12 ET/98 y fundado en razones objetivas. Esta regla excepcional podría haber consistido en fijar un límite superior al señalado, bien en un porcentaje respecto al tiempo completo, bien en la concreción del número de horas máximas a contratar a tiempo parcial (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, "Modificaciones...", cit., pág. 93 y 94). No obstante, podría parecer más coherente con la submodalidad contractual fijar reglas de conversión del contrato a tiempo parcial en tiempo completo en función de la normalización de la mayor jornada por su reiteración en varias campañas sucesivas. En cualquier caso, el objetivo de la norma no está en asumir el completo bagaje del anterior fijo discontinuo, ni periódico ni irregular o inestable, sino en adaptar las oscilaciones de la prestación del fijo discontinuo irregular a dichos márgenes. Por el contrario, el Estatuto mantiene y refuerza de este modo la modificación del concepto de fijo discontinuo derivada de su sumisión a un límite, aún adaptado, de jornada anual, de manera que cabe distinguir entre los fijos discontinuos del art. 12.1 ET., y los fijos discontinuos a tiempo completo (M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo", cit., pág. 442).

a la reforma propiciada por el referido Real Decreto-Ley, se amplía respecto del precedente (del 80 al RD-L 18/93), por cuanto, como hemos visto, el ámbito de determinación de la jornada completa de referencia es más amplio que el que, según opinión mayoritaria doctrinal, correspondía al concepto de "jornada habitual en la actividad", y, como resulta palpable, por ser el mínimo de reducción del 23% de la jornada completa inferior al 1/3 anterior¹⁷⁸.

La fijación de un mínimo de reducción respecto de la jornada a tiempo completo supone, a su vez, un margen de fluctuación de la jornada completa, traspasado el cual el carácter a tiempo parcial concertado conlleva la aplicación del régimen jurídico que le es propio. De hecho, la previsión de los concretos umbrales del trabajo a tiempo parcial frente al tiempo completo, no alteran la posibilidad de ajuste entre el tiempo necesario para la prestación y el susceptible de ser contratado, en definitiva, contratar una jornada reducida respecto de la completa, aún cuando sí afectará al régimen jurídico aplicable y, concretamente entre otros, al ajuste de los costes, particularmente en materia de cotizaciones a la seguridad social, como consecuencia de la inaplicación de su específico régimen jurídico.

La problemática sobre la delimitación del contrato a tiempo parcial y a tiempo completo en la actualidad es muy similar a la que ya se planteó con el régimen instaurado en el 93 en cuanto, como ya sabemos, eliminó el mínimo de reducción que servía de frontera con el trabajo a tiempo completo. En esta misma dirección se pueden ubicar el Convenio OIT y la Directiva ambos sobre el Trabajo a Tiempo Parcial. No exigen a las legislaciones nacionales la circunscripción del ámbito del trabajo a tiempo parcial a una cuantía de reducción de la jornada completa más o menos concretada, tal y como se hacía en la definición de la OIT de 1963 que exigía la "sensibilidad" de aquella o, lo que es lo mismo, que fuese "considerable"¹⁷⁹. Se trata, por tanto de definiciones amplias que no se imponen sino que tan sólo abarcan, como se pretende, las diversas soluciones legislativas de los países miembros, lícitas todas ellas, aún cuando razones de competitividad presionen hacia una visión unívoca del contrato.

Con la definición actual del contrato de trabajo a tiempo parcial del Art. 12.1 ET no cabe sino afirmar que conforme a su interpretación literal, en principio y como se afirmó por la doctrina mayoritaria bajo el régimen del 93, será jornada par-

¹⁷⁸ Límite que resulta, como hemos visto, excesivo para el Grupo Segundo del CES, y por el contrario, insuficiente para los representantes de CIGA y ELA/STV, del Grupo Primero, por cuanto el tope máximo del 77% está por encima de los 2/3 anteriormente vigentes y por no prever un suelo mínimo de duración de jornada que evite situaciones marginales (CES, Dictamen 10, cit., págs. 9 y 20). Razonable, como es lógico, para los negociadores del Grupo Primero, UGT y CCOO, que consideran que el porcentaje del 77% permite asegurar -a parte de evitar fraudes- la protección social de estos trabajadores en términos comparables a la del resto de los trabajadores (CES, Dictamen 10, cit., págs. 9). En este sentido un sector doctrinal destaca que el tope de la jornada parcial guarda relación con el coeficiente corrector previsto a efectos de cómputo de cotizaciones para acceder a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, y que efectivamente garantizan que, a estos efectos, una jornada de trabajo del 75% equivalga al 100% (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., págs. 23).

¹⁷⁹ P. ICHINO, "Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro", II, Giuffrè, Milano, 1985, págs. 370; L. MELE, "Il contratto di lavoro a tempo parziale", Edizioni Fag, Milano, págs. 16; P. MORGERA, "Lavoro a tempo parziale", Enc. Giur. Treccani, Ist. Pol. Statu, Roma, 1990, vol. 18°, págs. 8.

cial toda aquella que sea inferior a la completa, aún en una hora¹⁸⁰. Desde luego, se han propuesto intentos de moderación de dicha consecuencia por parte de la doctrina, sobre todo respecto de las reducciones de jornada de escasa entidad, y por las que se ha pretendido más o menos directamente exigir un mínimo de reducción, si bien sometido a la valoración casuística que atienda a la finalidad de su particular regulación, para apreciar la existencia de un “verdadero” contrato de trabajo a tiempo parcial¹⁸¹. Desde esta perspectiva se integra en el concepto de trabajo a tiempo parcial, junto al requisito legal de la reducción, otro inherente a su esencia y que justifica su

¹⁸⁰ Por ejemplo: I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “El contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 92; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 69; A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial (I): Modalidades y contenido”, *Aranzadi Social*, 1998, T. V, pág. 241. Más recientemente: AAVV -Dir. F.J. Prados de Reyes-, “Contratación laboral y condiciones de trabajo”, ponencia a las XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Jerez de la Frontera, 10-11 de octubre de 2001, ejemplar policopiado, pág. 10; C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, “Contratación laboral y política de empleo...”, cit., pág. 51; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M.E. CASAS, “La reforma del mercado de trabajo...”, cit., pág. 16. Ello supondrá un solapamiento entre el contrato a tiempo parcial y el contrato a tiempo completo y la facilitación de las posibilidades de fraude a la contratación a tiempo completo (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 121). Así, un sector doctrinal, esgrime, abiertamente, las reglas de no abusividad, en la delimitación de ambas modalidades contractuales (C.L. ALFONSO MELLADO, “La primera reforma laboral del milenio”, cit., pág. 26). Sin embargo, otros autores destacan acertadamente que resultará difícil combatir la confusión entre el contrato a tiempo completo y el contrato a tiempo parcial acudiendo al fraude de ley en tanto que es el propio legislador el que provoca dicha situación (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 15, 2001, pág. 54).

Semejante afirmación lleva a no pocos autores a plantearse la posibilidad de que una pequeña reducción de jornada se ponga en ocasiones la calificación -o en su caso, transformación- de la relación como a tiempo parcial, o por el contrario, a tiempo completo afecto de una condición más beneficiosa sobre la jornada. Las soluciones oscilan entre considerar exclusivamente la reducción de jornada como criterio más seguro, con independencia de su entidad y de la concurrencia o no de proporcionalidad de la retribución y demás derechos del trabajador [por todos: L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1994, pág. 91 y 92 y actualmente: F. CAVAS MARTÍNEZ, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial común o genérico”, cit., pág. 45. En cualquier caso, de optarse por este criterio, no sería aplicable a condiciones más beneficiosas de jornada anteriores a la entrada en vigor del RD-L 18/93: A. BAYLOS GRAU, “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, cit., pág. 140 -y ahora anteriores al 4 de marzo en opinión de F. CAVAS MARTÍNEZ, “La nueva regulación...”, cit., pág. 45-], o bien integrar dicha proporcionalidad como un elemento más delimitador del contrato, junto a la calificación que lo reconozcan las partes, así como a las reglas que suministre la negociación colectiva [A. BAYLOS GRAU, “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, cit., pág. 140 y 141; J.M.º GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación laboral: tiempo parcial y contratos de duración determinada”, cit., pág. 19 -respecto de los umbrales mínimos y máximos del CTPP fijados por negociación colectiva-]. Como puntos débiles de esta opción, CAMPS destaca que la misma supone una confusión entre lo que es la calificación del contrato y su régimen jurídico, y por cuanto podría considerarse en tal caso consecuencia no ya de una jornada completa pero mejorada, sino de una jornada parcial con retribución igualmente mejorada, por lo que, en definitiva, la calificación del contrato se dejaría, desde esta perspectiva, al arbitrio de las partes (L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, cit., pág. 91 y 92). Por el contrario, ORTIZ LALLANA insiste en que en la práctica podrá -y tendrá- que distinguirse una condición más beneficiosa del contrato de trabajo a tiempo parcial (M.º C. ORTIZ LALLANA, “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”, *RL*, T. II, 1998, pág. 230). Una exposición de las diversas posturas también en: C. MARTÍNEZ MORENO, “Autonomía individual y contrato de trabajo a tiempo parcial”, en AAVV -Coord. J. Cruz Villalón-, “Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo”, *CES*, Madrid, 1995, pág. 370.

¹⁸¹ ACARL, “Las nuevas normas de contratación...”, cit., pág. 73. En sentido similar, aún cuando admite la dificultad de la delimitación por carecer de pautas objetivas y seguras, así como la posibilidad de que prevalezca la interpretación literal del precepto: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 121.

Ante reducciones de jornada de escasa entidad, OJEDA, considera que debe prevalecer su calificación como jornada completa, por cuanto, en aplicación del art. 1.288 C. Civ., la oscuridad de su naturaleza no debe favorecer al que la haya propiciado -por lo general, el empresario-, y por resultar elemento insuficiente para romper lo que sigue siendo regla general en materia de contratación laboral, es decir, la presunción de celebración a tiempo completo (A. OJEDA AVILÉS, “El nuevo contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 60). Como hemos anticipado en nota anterior, otros autores hacen valer a efectos delimitadores el valor conmutativo de la prestación o, la calificación de las partes, a lo que nos remitimos a lo que se dirá en el epígrafe correspondiente de este Capítulo.

especialidad frente al resto de las modalidades contractuales; la cualificación de la misma, ahora, la entidad, de la reducción¹⁸². Como indica MERINO SENOVILLA, el diferente régimen jurídico respecto del tiempo completo, con afección de los derechos del trabajador derivados de la relación laboral, sólo puede estar legitimado jurídicamente si la diferencia entre ellos es realmente sustancial, de forma que pase de ser puramente cuantitativa a cualificar igualmente su naturaleza. De lo contrario podría conculcarse el principio de igualdad pues trataría de forma desigual situaciones sustancialmente iguales¹⁸³.

Sin embargo, la diversidad del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial frente al tiempo completo, a partir de este momento difícilmente podría estar justificada en atención a su reducción, sino más bien en virtud de intereses patronales de reducción de costes y de flexibilización e individualización del tiempo de trabajo; el contrato a tiempo parcial, en el régimen del 93 y sobre todo en la actualidad, pasa de ser un contrato caracterizado por la duración de su jornada a ser una forma de gestión del tiempo de trabajo, es decir, de flexibilización y hasta de variabilidad de la jornada¹⁸⁴, y, cómo no, de reducción o ajuste de costes.

Otra forma más incisiva de matización de la definición legal se ha dirigido por un sector doctrinal a la intervención de la negociación colectiva en la regulación del contrato a tiempo parcial complementaria de la legal. Sin embargo, nuestro legislador no ha hecho expresamente esta invitación o llamada, ni en el 93 ni ahora, si bien, como indica la doctrina, probablemente nada impediría su intervención en materias, tales como la proporción o número de contrataciones, criterios de distribución de la jornada de trabajo,... duración de jornada y en lo que ahora interesa, establecimiento de topes mínimos o máximos para los contratos a tiempo parcial que se celebren bajo su ámbito¹⁸⁵. Parte este sector doctrinal español de la consideración de que, efectivamente, el Art. 12.1 ET no integra una definición totalmente acabada de qué sea el trabajo a tiempo parcial en tanto lo califica por su jornada “inferior” sin expresión de la cuantía de

¹⁸² De forma que las diferencias entre el tiempo completo y el parcial sean reales, como respuesta a las funciones distintas que presumiblemente tienen ambas modalidades (H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 163 y 164).

¹⁸³ H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 164 a 166.

Por razonable que sea la proporcionalidad de los costes a las horas contratadas, ésta puede resultar disfuncional respecto de pequeñas reducciones de jornada, por cuanto el régimen retributivo y de Seguridad Social del trabajo a tiempo completo no se rige por el parámetro horario sino que se encuentra estandarizado (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo”, AAVV, -Coord. L.E. de la Villa Gil-, “Reforma de la legislación laboral”, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 165 y 166; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 70). En consecuencia, o bien se unifican los regímenes sobre el mismo parámetro -la hora-, desapareciendo el concepto de trabajo a tiempo parcial o tiempo completo, o bien se mantienen éstos diversos pero con una diferencia sustancial entre los supuestos de base que vengan a regular respectivamente (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 70).

¹⁸⁴ Así lo reconoce el Grupo II del CES, que en su voto particular considera, en defensa de la eliminación del concreto umbral del trabajo a tiempo parcial, que en los países de nuestro entorno predomina la tendencia hacia un concepto flexible del mismo delimitándose como una variedad más de distribución de la jornada (CES, Dictamen 10, 1998, pág. 15). Respecto de la regulación actual y combinando la eliminación del mínimo de reducción con las modificaciones producidas respecto de la regulación de las horas complementarias, hacen tal afirmación asumida ya por el grueso de la reciente doctrina, por ejemplo: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS, M^a.E. CASAS, “La reforma del mercado de trabajo...”, cit., pág. 18. En el mismo sentido por Ej.: C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, “Contratación laboral y política de empleo...”, cit., pág. 51.

¹⁸⁵ En este sentido: ACARL, “Las nuevas normas...”, cit., pág. 72 y 73; M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo”, cit., pág. 166; J. LÓPEZ GANDÍA, “Negociación colectiva y modalidades de contratación labo-

esta. Dicho término, por consiguiente, constituye un concepto jurídico indeterminado que puede ser lícitamente complementado, concretado, por la negociación colectiva¹⁸⁶. Sin embargo, es difícil sostener esta visión “nocial”, puesto que a estas alturas parece pacífico que tal definición legal responde a una voluntad legislativa clara, sin posibilidad de alteración por la negociación colectiva –al no estar autorizada– y con afectación, por lo demás, del régimen de protección social que corresponda. A partir de la intervención del convenio colectivo, siempre posible, surge una nueva cuestión y es la de la naturaleza de tales cláusulas delimitadoras de ambas modalidades contractuales según la tradicional clasificación que distingue entre obligacionales y normativas. Esta cuestión ha dividido a la doctrina italiana entre quienes defendieron, sin hacer distinción entre las diversas intervenciones del convenio previstas en el derogado Art. 5.3 y 4 L. 863, la naturaleza obligacional de las mismas (atendiendo a argumentos vinculados a los Art. 4 y 39 de la C.I.)¹⁸⁷ y quienes, considerando los diversos sujetos sobre los que inciden unas y otras, las encuadran en una u otra categoría. Este último sector doctrinal observará, por lo común, la naturaleza obligacional de la cláusula de cuota, en tanto que serán normativas las tocantes al levantamiento de la prohibición de trabajo suplementario, las tareas admisibles como objeto del contrato y las modalidades temporales de desenvolvura de la prestación¹⁸⁸, que sería –este último– el supuesto objeto

ral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 67 a 69; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato...”, cit., pág. 69 a 71 y en “Trabajo a tiempo parcial”, en AAVV -Dir. J. García Murcia-, “Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva”, CES, Madrid, 1998, pág. 347 a 349; M^a.C. ORTIZ LALLANA, “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 230. También en esta línea: A. BAYLOS GRAU, “Trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 140 y 141; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “El contrato a tiempo parcial”, en AAVV -Coords. M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, “Reforma del mercado de trabajo”, Madrid, 1994, pág. 92 y 93. J.M^a. GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación...”, cit., pág. 19.

¹⁸⁶ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Reflexión crítica sobre la reforma...”, cit., pág. 54. O, sencillamente, que no es una cuestión de derecho necesario: J.M^a. GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación...”, cit., pág. 19.

¹⁸⁷ Como salvaguarda de su constitucionalidad frente a los art. 4 [P. ICHINO, “Il tempo della prestazione nel lavoro...”, cit., pág. 340 y 341; “Verso una nuova concezione e struttura della disciplina del tempo di lavoro: spunti critici sull’articolo 5 della legge 19 dicembre 1984 n.º 863”, Riv. It. Dir. Lavo., I, 1985, pág. 260. En el mismo sentido, G. NICOLINI, “Lavoro a tempo parziale”, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pág. 23 y 24] y 39 de la Constitución, puesto que supondría la eficacia erga omnes de unas cláusulas convencionales fuera de las previsiones del mencionado artículo, ya que no se exige que el sujeto sindical sea “más representativo” [G. NICOLINI, “Lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 23 y 24]. Por el contrario, SCARPONI considera que esas dudas de inconstitucionalidad, respecto de los art. 4 y 39 C.I., no emergen frente a la relación constituida a tiempo parcial sino ante el trabajador a tiempo completo que pueda ver clausurada, a través de una eficacia general del convenio eventualmente contradictoria con las reglas del art. 39 C.I., la vía de conversión de su relación laboral en part time (S. SCARPONI, “Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro”, Giuffrè, Milano, 1988, pág. 148 y 149).

¹⁸⁸ AMATO, en tanto considera obligacional la cláusula que establece el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial en relación a los trabajadores a tiempo completo (nuevamente con alusión al art. 4 C.I.), califica como normativa la referida a las modalidades temporales del contrato (F. AMATO, “Il lavoro a tempo parziale”, en F. Amato y M.J. Vaccaro, “Le nuove tipologie del rapporto di lavoro”, Liguori Editore, Napoli, 1991, pág. 74). De forma semejante, MARESCA cree posible –incluso frecuente– la existencia de cláusulas normativas que regulen la modalidad temporal de la prestación, según se destine o no a tutelar el interés individual del trabajador (A. MARESCA, “Il part time”, en AAVV, “Il diritto del lavoro negli anni 80”, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 1988, pág. 61). Para BROLLO las cláusulas de cuota tienen una finalidad gestora por lo que serán obligacionales. En cambio las referidas a las tareas y a la modalidad temporal son de carácter “bivalente” puesto que no sólo persiguen equilibrar los poderes entre empresario y sindicato sino que también predeterminan el contenido del contrato individual. Por fin, son normativas las cláusulas que se refieren al levantamiento de la prohibición del trabajo suplementario y a la fijación de las concretas circunstancias que lo autorizan (M. BROLLO, “Il lavoro subordinato a tempo parziale”, Jovene Editore, Napoli, 1991, pág. 237 a 252). SCARPONI considera que todas estas cuestiones, también las relativas al límite porcentual de part timers, crean posiciones de ventaja que afectan directamente a la relación individual de trabajo y que tienen, en consecuencia, carácter normativo (S. SCARPONI, “Riduzione e gestione...”, cit., pág. 147 y 148). Por el contrario, parece atribuir naturaleza normativa a las cláusulas que limitan la contratación a tiempo parcial en un determinado porcentaje de la plantilla y no sólo aquellas que imponen o prohíben una determinada jornada: J. LÓPEZ GANDÍA, “Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 68 y 69.

de estudio. El carácter complementario, integrador de la regulación estatutaria o sencillamente su funcionalidad reguladora y los sujetos a quienes va destinado confirmaría, en nuestra opinión, la naturaleza normativa de tales cláusulas delimitadoras del contrato¹⁸⁹ así como el conjunto de aquéllas que impongan o limiten la cantidad y distribución de la jornada parcial.

La calificación a la que me he referido en el párrafo precedente será determinante a la hora de fijar los efectos que del incumplimiento de las previsiones convencionales se deriven. En coherencia con la naturaleza obligacional de la cláusula, el incumplimiento empresarial de las previsiones de la norma colectiva, no afectaría al contrato individual de trabajo ni a la posición subjetiva individual del trabajador. Por el contrario, ante la opinión de que se trate de una cláusula normativa, los efectos del incumplimiento no se limitarían a los sujetos del pacto colectivo sino que también se extenderá a los trabajadores individualmente considerados. En tal caso, indica la doctrina italiana, los trabajadores podrán ver convertido su contrato de trabajo a tiempo parcial en uno a tiempo completo¹⁹⁰ o, al menos, adecuadas las condiciones de su contrato a tiempo parcial a las pactadas colectivamente¹⁹¹ y la posibilidad de negar su prestación cuando ésta no se adecue a los límites convencionales.

En nuestra opinión, los convenios colectivos aplicando la regulación del 98 o similares, podrían fijar un límite inferior al del 77% de jornada a tiempo completo, pero evidentemente nunca superior a él, salvo en el caso previsto en el Art. 12.3.b) ET. De fijarse un límite superior tal cláusula sería nula y procedería la aplicación de la prevista legalmente, además de la calificación como a tiempo completo y a jornada reducida del contrato que superase la legal bajo el pretendido amparo del convenio colectivo. En cuanto a la fijación de un límite inferior a la máxima parcial del Art. 12.1 ET/98 por el convenio colectivo, éste no tendría virtualidad para calificar el contrato como a tiempo parcial, pues su definición es legal, y sólo provocaría como cláusula normativa, aparte la sanción por incumplimiento e indemnización de los perjuicios ocasionados, la nulidad de la cláusula del contrato que la contraviniese pero dentro del respeto a los límites legales y, como regla general, su sustitución por la fijada en éste (Art. 9.1 ET). Las consecuencias pueden ser distintas bajo la regulación actual. De admitirse la virtualidad del convenio para completar el concepto legal de la modalidad a través de la fijación de los umbrales de la jornada parcial, cabría extender las anteriores consideraciones respecto de la calificación del contrato que supere aquellos como de tiempo completo sin afección, en principio, de la jornada pactada por las partes. Si por el contrario el margen previsto por el convenio colectivo no tiene fina-

¹⁸⁹ El CC, en opinión de ALARCÓN CARACUEL, contribuiría así a delimitar ambas modalidades contractuales, concretando en su ámbito, el alcance de un precepto legal que no es derecho necesario. Por consiguiente, la naturaleza de estas cláusulas sería normativa y la función de la negociación colectiva al respecto complementaria, e implícitamente parte, en nuestra opinión, de la existencia de un "verdadero" contrato a tiempo parcial cuya reducción está cualificada y pendiente de concreción por la autonomía colectiva en adaptación de la modalidad en discusión. Por el contrario, serían obligacionales las cláusulas convencionales limitadoras del uso de algún módulo de reducción -por ejemplo, el año-, sin que se pueda restringir una de sus posibilidades (M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 166. También excluye su carácter norma de derecho absoluto: ACARL, "Las nuevas normas...", cit., pág. 72 y 73).

¹⁹⁰ S. SCARPONI, "Riduzione...", cit., pág. 148. DUI vincula este resultado al procedimiento de represión de la conducta antisindical (P. DUI, "Il rapporto di lavoro a tempo parziale", Ipsoa, Milano, 1989, pág. 69).

¹⁹¹ MARESCA considera que la cláusula deforme debe sustituirse por la colectiva siempre que ésta resulte más ventajosa (A. MARESCA, "Il part time", cit., pág. 61).

lidad o potencialidad definitoria del contrato sino tutelar de sus máximos o mínimos de jornada, procederá, por el contrario y también en términos generales, la nulidad parcial del contrato suscrito vulnerador de tales preceptos, sin modificación en la calificación del mismo como parcial. Y ello salvo que el convenio colectivo prevea otra consecuencia o quepa apreciar una excesiva disponibilidad del trabajador, abuso de derecho o fraude de ley, en cuyo caso quedará abierta la vía de la calificación a tiempo completo.

Aún cuando dudo, como ya he expuesto, que sea posible fijar límites definidores de la jornada parcial en el convenio colectivo, creo que similar posibilidad se abre ahora respecto de la concreción de qué sea la "jornada completa". Como concepto jurídico indeterminado, aún integrado normalmente por la jornada máxima prevista en el convenio colectivo, puede verse concretado por el convenio colectivo al que, por lo demás, corresponde la fijación de la duración de la jornada de trabajo y hasta su distribución y, por qué no, consecuentemente, su calificación atendiendo a razones suficientes. Esta podría convertirse, entonces, en una vía de toma en consideración, de asunción y valoración, de la verdadera disponibilidad del trabajador a tiempo parcial en atención, no sólo a la cuantía de la jornada contratada o efectivamente practicada sino también de los diversos aspectos relacionados con la distribución, elasticidad y variabilidad de la jornada de trabajo. Sobre esta idea volveremos más adelante, en este mismo capítulo, al tratar el valor conmutativo de la reducción del tiempo de trabajo.

3.1.2.2.b) El mínimo de jornada: su funcionalidad

El legislador español nunca ha previsto, tampoco ahora, un suelo de jornada para la admisión del contrato de trabajo a tiempo parcial. Considerado conveniente por sectores sindicales¹⁹², la fijación del mismo podría preverse, bien como un límite para la aplicación del régimen general –o aspectos del mismo– del contrato a tiempo parcial o, de una forma más matizada, que sirva de frontera a la aplicación del principio de la proporcionalidad que informa dicho régimen jurídico; o bien como un límite infranqueable a la autonomía individual, de forma que no quepa la contratación laboral por debajo del mismo.

Las funciones de una u otra opción son absolutamente dispares. En tanto la previsión de márgenes a efectos de aplicación del régimen de protección del trabajo a tiempo parcial tiene una clara funcionalidad de fomento del trabajo a tiempo parcial y de dar salida –o evitar– al trabajo negro a través de la reducción de costes empresariales¹⁹³, aún facilitando o, incluso, incentivando implícitamente el fraude

¹⁹² Vid. el voto particular de los consejeros D. Mikel Noval (ELA) y D. Luis Burgos (CIG), del grupo primero, al Dictamen del CES sobre el anteproyecto de RD-L 15/98 (Dictamen CES, nº. 10, cit., pág. 20).

¹⁹³ Como destaca el Informe del CES sobre el trabajo a tiempo parcial, con el régimen particular del trabajo a tiempo parcial marginal se trataba de evitar la práctica frecuente de elusión del cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta en la Seguridad Social de dichos trabajadores marginales (CES, Informe nº. 4, cit., pág. 49). Por otra parte, la previsión de un régimen específico y más benévolo a efectos de cargas empresariales a través de la submodalidad "marginal" determinaría la contención de un posible efecto o dirección jurisprudencial de "huida del Derecho del Trabajo" de las prestaciones de escasa entidad, y, por descontado, de la vía prevista en el art. 7.6 LGSS.

como menor de los males; la segunda opción tiene una orientación tutelar del trabajador frente a los previsibles abusos empresariales, en definitiva, frente al fraude de ley.

En cualquier caso, y aún reconociendo que frente a índices altos de desempleo las posibilidades de contratación abusiva aumentan, la prohibición absoluta de jornadas inferiores a un límite son excesivas y contrarias a la lógica. Es más, podría contravenir, no ya sólo el derecho constitucional al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (Art. 35 CE)¹⁹⁴, sino también el del empresario a la libertad de organización de la actividad productiva (Art. 38 CE). Desde esta perspectiva, y en función de la situación de cada país, sector o empresa, consideramos más acertada la tutela normativa del trabajador a través de la moderación de los efectos de las jornadas muy reducidas o el establecimiento de los márgenes correspondientes a través de la negociación colectiva, en cualesquiera de sus niveles, como efectivamente, al menos en algunos casos, se ha venido haciendo¹⁹⁵.

La posibilidad de contratación de jornadas con escasa entidad plantea el problema de la delimitación misma del contrato de trabajo frente a otras figuras afines a él. Observada la "profesionalidad" como relativa a la prestación de la actividad de forma continua y sistemática en favor del empresario como medio de subsistencia¹⁹⁶, y destacado el factor de la "habitualidad", cabría cuestionarse la laboralidad misma de las prestaciones de escasa entidad temporal por cuanto falte la concurren-

¹⁹⁴ En similar sentido: M. BROLLO, "Il lavoro subordinato a tempo parziale", cit., pág. 110; L. MELE, "Il contratto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 16 y en "Il part-time", cit., pág. 32; P. MORGERA, "La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 265.

¹⁹⁵ Vid: J. LÓPEZ GANDÍA, "Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 67 a 69; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo ...", cit., pág. 70 y 71 y en "Trabajo a tiempo parcial", en AAVV -Dir. J. García Murcia-, "Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva", CES, Madrid, 1998, pág. 347 a 349. Hay otras vías de control (véase: F. DURÁN LÓPEZ, "Modalidades de contratación laboral", en F. DURÁN, A. MONTOYA MELGAR, T. SALA FRANCO, "El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario", cit., pág. 123; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada", RL, T.II, 1998, pág. 153). Respecto de las consecuencias de su incumplimiento véase en el epígrafe precedente.

¹⁹⁶ J. LUJÁN ALCARAZ, "La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo", MTSS, Madrid, 1994, pág. 483 y 487. Fundamentalmente en el terreno de la especialidad o no de la naturaleza del trabajo a tiempo parcial respecto del común o con jornada completa puede citarse la teoría de la no profesionalidad del trabajo a tiempo parcial de GRASSELLI y su crítica. No obstante, ambas, la tesis y su crítica, pueden servir, igualmente, de reflexión respecto de la laboralidad misma de la relación de escasa entidad horaria. GRASSELLI observó la no profesionalidad como único elemento distintivo del trabajo a tiempo parcial, que a su vez da especificidad a la subordinación de la relación al carecer ésta de la dependencia socioeconómica del tiempo pleno (S. GRASSELLI, "Il lavoro a tempo parziale", Cedam, Padova, 1968, pág. 22 a 26, 51, 61 a 63, 114, 115 y 131 a 133, y en "Contrattazione collettiva e rapporto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 289). La respuesta de la doctrina italiana fue contraria a la expuesta tesis de la no profesionalidad del trabajo a tiempo parcial, y con argumentos muy similares a los que después esgrimiría nuestra doctrina científica frente a la razón de no constituir medio fundamental de vida con que se pretendió justificar nuestro contrato a tiempo parcial marginal. Así se destacó por MORGERA el carácter eventual y no esencial de la subsidiariedad del trabajo a tiempo parcial y el hecho de que tras la L. 863 el legislador hubiese previsto la posibilidad de relaciones a tiempo parcial caracterizadas por su alta profesionalidad: médicos, profesores universitarios, directivos, etc., pueden ser contratados a tiempo parcial (P. MORGERA, "La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 236; C. FILADORO, "Il part-time", Pirola Editore, Milano, 1978, pág. 23 y 24. En España suscribe la opinión: F. LÓPEZ MORA, "El contrato ...", cit., pág. 18). Igualmente, destacó FILADORO el hecho de que la tesis partiese de una premisa "indemostrable" como es que el trabajo a tiempo parcial, o en general prestaciones de escasa cuantía horaria, no persigan satisfacer las necesidades propias y las de la familia (C. FILADORO, "Il part-time", cit., pág. 16 y 17). En el mismo sentido, GHERA afirma que la profesionalidad puede ser, a lo sumo, índice de la existencia de la "continuidad" y, por tanto, de la subordinación. Resulta, por tanto, irrelevante para la causa del contrato y, desde luego, para distinguir al trabajo a tiempo parcial del tiempo pleno (entre otros: C. FILADORO, "Il part-time", cit., pág. 17; E. GHERA, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 66; P. ICHINO, "Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro", II, cit., pág. 276).

cia de la “continuidad” propia del contrato de trabajo como contrato de ejecución continuada¹⁹⁷. Sin embargo, en términos generales, caracterizada la obligación objeto del contrato de trabajo como de actividad –de disponibilidad– el carácter continuado y duradero de la misma no exigen de una concreta prolongación de la prestación; la calificación laboral debe mantenerse aún cuando la duración sea mínima por cuanto la misma va referida a la exigencia intrínseca de que la actividad se despliegue en el tiempo, frente a las obligaciones de resultado en las que el tiempo no cualifica la relación¹⁹⁸. En resumen, lo decisivo no es la extensión del tiempo de trabajo, sino que en su realización el trabajador quede bajo los poderes del empresario, su inserción en un proceso productivo ajeno¹⁹⁹.

No obstante, lo simple de la respuesta, frente a supuestos reales de prestaciones con escasa jornada, particularmente cuando además son prestaciones de carácter temporal, las fronteras del contrato de trabajo es probable que se vean como mínimo difuminadas²⁰⁰. La integración del trabajador en el ámbito organizativo y de dirección del empresario como muestra de dicha subordinación o dependencia, al menos en supuestos extremos, pudiera quedar relativizada²⁰¹, y en particular, según destaca un sector doctrinal, en alguno de sus indicios, tales como el referido de la continuidad en la prestación y la exclusividad²⁰².

3.2 La regularidad o normalidad de la reducción y delimitación de otros supuestos de reducción de jornada

La doctrina italiana y la española, probablemente bajo la influencia de la definición de la OIT de 1963²⁰³ y de la Comisión de la CEE de 1980²⁰⁴, integró en el concepto legal

¹⁹⁷ J. LUJÁN ALCARAZ, “La contratación privada de servicios...”, cit., pág. 484.

¹⁹⁸ H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 54. Al respecto, véase: J.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 34 a 37. y 64 a 74.

¹⁹⁹ C. FILADORO, “Il part-time”, cit., pág. 19 y 20; J. LUJÁN ALCARAZ, “La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo”, cit., pág. 486 y 487.

²⁰⁰ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo...”, cit., pág. 151 y 152.

²⁰¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo...”, cit., pág. 151; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 70.

²⁰² M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo...”, cit., pág. 151. Al respecto, véase: J. LUJÁN ALCARAZ, “La contratación privada...”, cit., pág. 482 a 491, particularmente las pág. 491 y 488.

²⁰³ Según la cual debe entenderse como trabajo a tiempo parcial el trabajo efectuado regularmente durante una parte de la jornada y de la semana, sensiblemente inferior a la duración normal del trabajo, por acuerdo voluntario entre el empresario y el trabajador (L. MELE, “Il part-time”, Giuffrè, Milano, 1990, pág. 11).

Esta definición fue referencia constante de la doctrina italiana que precedió a la L. 863; unos para recibirla incondicionalmente y otros para valorar de forma crítica cada uno de los elementos que la componen: C. FILADORO, “Il part-time”, Pirola Editore, Milano, 1978, pág. 15; E. GHERA, “Il lavoro a tempo parziale”, en AAVV, “Flessibilità dell’organizzazione produttiva e tipologie dei rapporti di lavoro”, cit., pág. 59; P. MORGERA, “La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale”, *Il Diritto del Lavoro*, 1981, n.º. 3-4, pág. 236, 241 y 242). Ya en vigor la L. 863: P. ICHINO, “Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro”, *Il*, cit., pág. 369 a 373; G. LOY, “La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale”, *Riv. Giur. del Lavoro*, 1980, pág. 341.

²⁰⁴ Para la Comisión de la CEE el trabajo a tiempo parcial significa una actividad laboral, regular y voluntaria, con un número de horas de trabajo inferior al normal y una correspondiente retribución reducida (L. MELE, “Il part-time”, cit., pág. 11).

de trabajo a tiempo parcial el requisito de la “regularidad” de la prestación²⁰⁵.

En cuanto a su concepto, cabe equiparar regularidad y continuidad²⁰⁶ y concebir la “regularidad” o “continuidad” como no ocasionalidad de la prestación²⁰⁷ o, también como GHERA, más sutil, distinguir entre los términos referidos, de forma que la “regularidad” atañe a la constancia de la cadencia, del ritmo de la prestación y, en cambio, la “continuidad” refleje el mantenimiento de la disponibilidad del trabajador en los límites pactados —es una visión ideal de la misma que se corresponde con el mantenimiento del vínculo, y que, por tanto, no presenta diferencias respecto del tiempo pleno—²⁰⁸. Probablemente, esta visión diferenciada de la “regularidad” nos facilite afirmar que la mencionada constancia de la cadencia de la prestación en el trabajo a tiempo parcial requiere que la reducción sea “regular” o “constante”, en el sentido de que no sea ocasional, si bien ésta se puede prever con carácter temporal (objeto de contrato temporal, o con previsión de reversión)²⁰⁹ y, desde luego, con ritmo irregular²¹⁰.

Pese a haberse afirmado la irrelevancia de la “continuidad” a los efectos de identificar el trabajo a tiempo parcial, puesto que es un requisito común al contrato de trabajo en cuanto contrato de duración²¹¹, ha sido históricamente objeto de análisis desde el punto de vista de la admisibilidad del trabajo a tiempo parcial “vertical”²¹² —sobre todo el vertical “anual”—. En cualquier caso, parece que la existencia de intervalos, incluso amplios, entre una prestación y otra no impide la apreciación de la

²⁰⁵ Por la doctrina española, por ejemplo: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación...”, cit., pág. 113; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 83 a 85.

²⁰⁶ G. LOY, “La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 340; P. MORGERA, “La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 240.

²⁰⁷ P. ICHINO, “Il tempo nella prestazione nel rapporto di lavoro”, II, cit., pág. 370.

²⁰⁸ C. FILADORO, “Il part-time”, cit., pág. 17; E. GHERA, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 65 y 66. Parece mantener la misma distinción, G. BRANCA, “Problemi attuali e prospettive future del lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 180 y 181.

²⁰⁹ S. GRASSELLI, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 33; L. MELE, “Il contratto di lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 20.

²¹⁰ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación...”, cit., pág. 113; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 83 y 84; F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 18 y 19.

²¹¹ La “continuidad” es irrelevante para la identificación del trabajo a tiempo parcial respecto del tiempo pleno según: E. GHERA, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 65 y 66; S. GRASSELLI, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 35 y 36; P. ICHINO, “Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro”, II, cit., pág. 370 y 371; G. LOY, “La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 340 y 341.

²¹² Algunos autores italianos consideraron antes de la aparición de la L. 863 que el requisito de la “continuidad” podía faltar al ser un referente demasiado amplio: P. MORGERA, “La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 240; F. AMATO, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 61. Hay que tener en cuenta que la versión de la OIT de 1973 sólo se refería a la semana como módulo de reducción de la jornada.

Con la admisión de módulos de referencia amplios y la ausencia de límites mínimos de prestación es posible observar una depreciación de la “continuidad” como elemento calificador del trabajo subordinado. BROLLO, sin embargo, defiende un fenómeno inverso: la pérdida de valor del perfil “material” del tiempo de la prestación ha producido un aumento de importancia calificador de la “continuidad” en su acepción técnico-jurídica y que, se muestra, por ejemplo, en la licitud del part time vertical anual (M. BROLLO, “Il lavoro subordinato a tempo parziale”, cit., pág. 112).

La doctrina italiana dejó de plantearse las dudas de admisibilidad del trabajo a tiempo parcial vertical de módulo anual a partir de su reconocimiento con la L. 863 y aún con mayor claridad, en el actual art. 1.2.d Decreto Legislativo n° 61/2000.

“continuidad” del vínculo de la subordinación²¹³, lo cual se evidencia por el mantenimiento de determinados deberes en los períodos de suspensión²¹⁴. De hecho, hoy, tanto el Convenio de la OIT n° 175 y la Recomendación OIT n° 182, ambos de 1994, como la Directiva 97/81/CEE, extienden a periodos diversos y más amplios que aquélla, y según esta última, como módulo máximo al año.

En la actualidad la descripción que del trabajo a tiempo parcial del Convenio de la OIT n° 175 y la Recomendación OIT n° 182, ambos de 1994, y de la Directiva 97/81/CEE, todos ellos sobre el trabajo a tiempo parcial, no se refieren a la “regularidad” de la prestación en jornada reducida, pero, según la interpretación del término antes expuesta, mantienen la misma característica de no ocasionalidad de la inferioridad de la jornada, ahora expresada en términos de “normalidad”²¹⁵, probablemente de entendimiento menos problemático y ajustado que el anteriormente utilizado de “regular”, que podía confundirse con “periodicidad”, pero también más pobre en algún aspecto, puesto que destaca el carácter ordinario de la reducción, como condición del objeto contratado, pero relega su vertiente abstracta de mantenimiento o constancia del vínculo.

La “regularidad” o no ocasionalidad de la reducción de la jornada, es decir, la normalidad de la jornada practicada se ha utilizado por la doctrina a efectos de delimitar el contrato de trabajo a tiempo parcial respecto de otros supuestos de jornada reducida. Tal es el caso de los permisos retribuidos²¹⁶, excluidos como jornada parcial, no sólo por la ocasionalidad de los mismos, sino también por ser retribuidos, es decir, por constituir una excepción al principio de sinalgmaticidad, así como por su origen legal²¹⁷. Igualmente, la excepcionalidad de la jornada reducida excluirá la jornada parcial en los supuestos de los permisos no retribuidos, tales como los dirigidos a facilitar la concurrencia a exámenes para la obtención de títulos (Art. 23.1 ET). Asimismo el carácter extraordinario de la imposibilidad de cumplimiento del trabajador por causa imputable, o no, al empresario, excluye igualmente la concurrencia de la parcialidad de la jornada, aparte, claro está, de su carácter retribuido cuando sea imputable a este último, o, caso contrario, se recuperen las horas –por lo que ni siquiera habrá reducción de jornada–²¹⁸.

²¹³ G. BRANCA, “Problemi attuali e prospettive future del lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 179 a 181; S. GRASSELLI, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 33 y 34. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema (C. FILADORO, “Il part-time”, cit., pág. 17).

²¹⁴ S. GRASSELLI, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 33 a 34.

²¹⁵ En este sentido, también: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato a tiempo parcial...”, cit., pág. 84.

²¹⁶ Un estudio completo de los mismos en: C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Los permisos retribuidos del trabajador”, Aranzadi, Pamplona, 1998.

²¹⁷ Efectivamente, la anormalidad de la jornada practicada por el trabajador a resultas del ejercicio del derecho a permiso retribuido es evidente, por cuanto ésta es de duración breve y aparición esporádica, y por supuesto, sin responder a periodicidad. Por cuanto, en principio computan como jornada efectivamente realizada, suponiendo una exoneración excepcional del deber de trabajar (luego existe obligación que se dispensa). Y desde luego, por ser retribuidos, lo que confirma indirectamente su excepcionalidad (por todos: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 107; C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Los permisos retribuidos del trabajador”, cit., pág. 27, 28 y 34 a 36).

²¹⁸ Al respecto, véase, por ejemplo: A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 134 a 138.

No puede confundirse la “regularidad” o “normalidad” de la jornada inferior realizada con la periodicidad o, dicho de otra forma, con su mantenimiento o persistencia en el tiempo de la reducción de la misma, si bien para apreciar la primera será necesaria su periodicidad en su sentido más amplio, es decir, su reiteración²¹⁹. De esta forma, la reducción en la jornada de la trabajadora en periodo de lactancia es indudablemente periódica a lo largo de su duración (salvo modificación de su opción); diariamente la trabajadora verá rebajada su jornada efectiva en un mínimo de media hora (Art. 37.4 ET)²²⁰. Sin embargo, no cabe duda de que esa jornada no es la que “regularmente” presta, sino la que excepcionalmente adeuda. Su jornada “normal” permanece inalterada, si bien dispensada temporalmente por causa prevista legalmente.

Mayores dudas ofrece, en nuestra opinión, y por lo que se refiere a la atención de los deberes familiares del trabajador, el supuesto previsto en el Art. 37.5 ET, es decir, la reducción de jornada de trabajo por razones de guarda legal de un menor de seis años, de un disminuido físico, psíquico o sensorial o por cuidado directo de un familiar hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Rechazado por el sector mayoritario de la doctrina como supuesto de contrato de trabajo a tiempo parcial²²¹, fue abiertamente excluido por los firmantes del Acuerdo sobre el trabajo a tiempo parcial de 13-11-98, base del RD-L 15/98. Las razones que habitualmente se han esgrimido para mantener la comentada opinión, se refieren: a su origen legal y configuración como derecho del trabajador, por consiguiente, la falta de concurrencia del requisito de la voluntariedad de la jornada parcial; a su carácter temporal, que le supondría carecer igualmente del requisito de la “regularidad” o “normalidad” de la jornada; y, en cualquier caso, a la previsión de un régimen propio por el legislador²²².

²¹⁹ Por el contrario, parece identificar uno y otro concepto GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, que en los supuestos de reducción de jornada por lactancia y del crédito sindical reconoce la concurrencia del requisito de la regularidad de la reducción, centrandose fundamentalmente en la delimitación con el contrato de trabajo a tiempo parcial en su origen legal y no contractual (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 90 y 91).

²²⁰ Al respecto, véase por ejemplo: P. CHARRO BAENA y M^a.S. HERRAIZ MARTÍN, “Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas”, *Aranzadi Social*, 1998, T. V, pág. 541 a 548; N. CORTE HEREDERO, “El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal”, *Aranzadi Social*, 1998, T. V, pág. 848 y ss.; J.F. LOUSADA AROCHENA, “El permiso de lactancia”, *RL*, T. II, 1996, pág. 152 y ss.

²²¹ No obstante, un sector doctrinal ha afirmado que la reducción de jornada regulada en el art. 37.5 ET, constituye un trabajo a tiempo parcial regulado por el art. 12 ET: M^a.S. ALONSO LIGERO, “Lactancia y guarda legal”, en *AAVV –Dir. E. Borrajo Dacruz*, “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, *EDERSA*, Madrid, 1982, pág. 380 y ss.; M^a.A. BALLESTER PASTOR, “La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre el trabajo a tiempo parcial”, *RL*, T. II/1998, pág. 215; A. OJEDA AVILÉS, “Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido”, *Documentación Laboral*, n^o. 14, 1984, pág. 32. También en esta línea se muestran conformes con la comentada calificación contractual IGLESIAS CABERO y MARÍN CORREA, que destacan el acierto en la desaparición en el texto definitivo del RD-L 15/98 de las exclusiones que inicialmente se ensayaron en su borrador, y que se referían a los supuestos de guarda legal o del ejercicio de otros derechos, de decisiones unilaterales del empresario o de acuerdos o pactos colectivos. Estos autores, por lo demás, interpretan su desaparición como un abandono de la idea inicial (M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 25). Por su parte RIVAS VALLEJO, quizá estableciendo paralelismos, advierte respecto de la reducción de jornada del art. 37.5 ET que su regulación introducida por la L. 39/99, 5 noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, no se ha adoptado a los nuevos márgenes de reducción del contrato a tiempo parcial (P. RIVAS VALLEJO, “La relación entre trabajo y familia: la ley 39/1999, una reforma técnica”, *Tribuna Social*, n^o. 108, 1999, pág. 20).

²²² Por ejemplo: J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 148; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 91 y 92; J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La protección por maternidad”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1997, pág. 351; F.A. VALLE MUÑOZ, “La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares”, *Colex*, Madrid, 1999, pág. 35.

Similares razones cabría argumentar respecto de la reducción de jornada prevista en el Art. 37. 4. bis ET para el caso de nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.

Sin embargo, en nuestra opinión, no resulta claro que, aún de admitirse el requisito de la voluntariedad como esencial, éste no concurra en el supuesto de la reducción de jornada por guarda legal²²³, ni en el de la reducción de jornada del Art. 37. 4. bis ET. Y ello, porque dicha voluntariedad tutela la posición del trabajador, es decir, como veremos más tarde, se predica respecto de éste, y no frente al empresario²²⁴.

Por lo que respecta a la “anormalidad” o falta de “regularidad” de la jornada reducida, tampoco resulta en el supuesto del Art. 37.5 ET tan evidente como en los otros. Es cierto, que la doctrina habitualmente se refiere a ella como “suspensión parcial del contrato de trabajo” o, sencillamente, como reducción de jornada y no como novación del contrato²²⁵. De hecho, la Disposición Adicional Primera 4. RD 1251/2001, 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, configura el disfrute a jornada parcial del descanso por maternidad como una suspensión parcial, sin que le sean aplicables a la jornada de trabajo prestada parcialmente las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial del Art. 12 ET²²⁶. Pero, también es cier-

²²³ Excluye que dicha reducción de jornada constituya trabajo a tiempo parcial por no ser voluntaria, ni someterse a los dictados de transformación del art. 12.4 ET/84 y art. 6 RD 1991/84: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 91; F. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Jornada reducida”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, cit., pág. 213; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, en AAVV -Dir. E. Borja Dacruz-, “Comentarios...”, cit., pág. 280.

²²⁴ En este sentido: M^a.S. ALONSO LIGERO, “Lactancia y guarda legal”, cit., pág. 380. Por ejemplo, nada obsta la imposición por Convenio Colectivo de transformación a instancias del trabajador del contrato de trabajo a tiempo completo en tiempo parcial cuando concurren determinadas situaciones familiares o personales (véase el estudio de convenios colectivos de: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “Trabajo a tiempo parcial” de “Ordenación del tiempo de trabajo”, en AAVV -Dir. J. García Murcia-, “Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva”, CES, Madrid, 1998, pág. 359 y 360, también en “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 92). Frente a estos supuestos un sector doctrinal igualmente cuestiona el carácter a tiempo parcial del contrato vista la coyunturalidad de la reducción de jornada, aún cuando reconoce que probablemente se le aplique el régimen jurídico de dicho contrato -suponemos- de manera analógica (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 92).

²²⁵ Por ejemplo: C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Los permisos retribuidos del trabajador”, cit., pág. 201; A. MONTROYA MELGAR, J.M^a. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO, B. RÍOS SALMERÓN, “Comentarios al Estatuto...”, cit. pág. 189. Niega también la concurrencia de la nota de la regularidad: J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 148. También la negociación colectiva en algún caso se ha ocupado de aclarar que el supuesto de reducción de jornada del art. 37.5 ET supone una vicisitud contractual y no una novación, así como su expresa configuración como supuesto de reducción de jornada no enmarcable en el contrato a tiempo parcial (vid.: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “Trabajo a tiempo parcial”, en “Ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 361. También destaca este hecho: A.R. ARGÜELLES BLANCO, “Interrupciones y descansos”, en Ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 335). Probablemente contribuye a confirmar este carácter el art. 5.2.b) RD 2720/98, de diciembre (en redacción modificada por la Disposición final. Primera. dos RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo), que admite el contrato de interinidad a tiempo parcial para el supuesto del art. 37. 4. bis y 5 ET, o de cualquier otro de “reducción temporal de jornada” establecido legal o convencionalmente, incluidos los supuestos en que los trabajadores disfruten a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente ex art. 48.4 ET; el derecho de reserva de puesto de trabajo como presupuesto básico de tal contratación nos acercaría más a la figura de la suspensión parcial que a la de la novación.

²²⁶ El art. 5 de la Ley 39/99, 5 noviembre, introduce una trascendente modificación a efectos del disfrute de los períodos de suspensión del contrato de trabajo regulados en el art. 48.4 ET (parto, adopción y acogimiento). Indica el párrafo 6º del art. 48.4 ET que los períodos de suspensión regulados en el referido artículo “podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados en los términos que reglamentariamente se establezcan”. Inspirada esta regla en la Cláusula 2.3.a) de la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio,

to que si en términos abstractos la situación está prevista con carácter temporal o transitorio²²⁷, en la práctica la reducción de jornada del Art. 37.5 ET puede prolongarse por mucho tiempo, puesto que tan sólo podría imponer el empresario la reversión a la jornada originaria, es decir, se perdería el derecho, una vez que desapareciese la causa que la justificó²²⁸. Por otra parte, ya hemos advertido que el contrato de trabajo a tiempo parcial puede ser fruto de un acuerdo previsto con carácter temporal y vinculado a cláusula de reversibilidad²²⁹. La delimitación, por consiguiente, es bastante más sutil que en los supuestos anteriormente vistos ya que la reducción de jornada

del Consejo sobre el permiso parental (por todos: F.A. VALLE MUÑOZ, "La protección laboral de la maternidad...", cit., pág. 52), y entendido referido al periodo voluntario en caso de parto y no a las seis semanas obligatorias, como confirma la disposición adicional Primera. 3. a) RD 1251/2001, de 16 de noviembre (y anticipó, por ejemplo: P. RIVAS VALLEJO, "La relación entre trabajo y familia...", cit., pág. 24 y 25), supone la flexibilización del disfrute del descanso, tanto en el supuesto en que lo disfrute en exclusiva la mujer, como en el caso en que lo disfrute sucesiva o simultáneamente con el padre (M^a.A. BALLESTER PASTOR, "La Ley 39/99 de la conciliación de la vida familiar y laboral", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 36). Pendiente de configuración definitiva mediante reglamento, la incipiente doctrina se dividió entre los que lo consideraban una transformación temporal en contrato de trabajo a tiempo parcial [por entender que no es posible la suspensión parcial, con lo que debe considerarse producida una reducción de jornada de un contrato que transitoriamente pasa a ser a tiempo parcial (J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reciente Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", R.L, nº 24, 1999, pág. 25; confusamente, pues tras exigir que la jornada deba corresponderse a los márgenes del trabajo a tiempo parcial afirma que el permiso no se ajustará al trabajo a tiempo parcial y, particularmente, a la regla de la proporcionalidad y duración del mismo: P. RIVAS VALLEJO, "La relación entre trabajo y familia...", cit., pág. 23 y 25)], y quien lo consideró una mera reducción de jornada (M^a.A. BALLESTER PASTOR, "La Ley 39/1999 de conciliación...", cit., pág. 40 y 41). En esta línea, apuntaban a su calificación como contrato a tiempo parcial el hecho de que el legislador se refiere literalmente a "jornada completa o a tiempo parcial", y al dato de que sea voluntario para el trabajador y se someta al acuerdo de las partes. Por consiguiente, y a expensas de lo que se concretase en su desarrollo reglamentario, el disfrute a tiempo parcial de los derechos reconocidos en el art. 48.4 ET surge de un pacto con el empresario y no del ejercicio de un derecho del trabajador oponible a aquél. Por el contrario, lo limitado de su duración y el carácter en principio subsidiado de la reducción señalan la "anormalidad" de dicha jornada. Finalmente, el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, resuelve decididamente en favor de la calificación de la reducción de jornada como producto, no de una novación contractual sino de una suspensión parcial del contrato. En este sentido su Exposición de Motivos advierte que el disfrute del permiso de maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial no entraña alteración de la modalidad contractual. También la Disposición Adicional Primera .3.4 califica de suspensión de la relación laboral respecto de la jornada temporalmente perdida. Igualmente en este apartado 4, en su segundo párrafo, como es el caso de los art. 4.2, 6.1 y 2 (prestación económica y subsidio por maternidad) y de la Disposición Final Segunda, tres y cuatro sobre cotización, el Real Decreto insiste en que no le son de aplicación a este supuesto de reducción de jornada las reglas previstas para el contrato de trabajo a tiempo parcial y sus normas de desarrollo y específicas.

²²⁷ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 91.

²²⁸ M^a.S. ALONSO LIGERO, "Lactancia y guarda legal", en AAVV (Dir. E. Borrajo Dacruz), "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982, pág. 379; A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO, B. RÍOS SALMERÓN, "Comentarios al Estatuto...", cit., pág. 189.

Ya que las posibles limitaciones al ejercicio de éste derecho por parte del empresario se refieren exclusivamente al ejercicio simultáneo del derecho de reducción de jornada del art. 37.5 ET por dos o más trabajadores de la misma empresa en virtud de un mismo sujeto causante por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reciente ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", RL, nº. 24, 1999, pág. 18). Con la sola obligación por parte del trabajador de preavisar al empresario con quince días de antelación a la fecha en que se reincorporará a la jornada ordinaria (art. 37.6 ET) y la obligación del empresario de indemnización cuando haya retraso en dicha reincorporación (P. RIVAS VALLEJO, "La relación entre trabajo y familia: la L. 39/99, una reforma técnica", cit., pág. 20).

Por el contrario, las reducciones de jornada del art. 37.4. bis como las derivadas del disfrute a tiempo parcial del descanso por maternidad, adopción o acogimiento, tienen una duración previsiblemente más corta puesto que el primer supuesto termina con el alta hospitalaria del niño (C. MOLINA NAVARRETE, "El último capítulo...", cit., pág. 161) y el segundo con el agotamiento de las dieciséis semanas (o las que en su caso correspondan, ampliadas por parto múltiple) de conformidad con el art. 48.4 ET y la Disp. Adic. primera. 3.b) RD 1251/2001, de 16 de noviembre.

²²⁹ Así cabe pactar una novación modificativa de trabajo a tiempo parcial en tiempo completo y viceversa, y su reversibilidad a través de nuevo pacto novatorio (A. BLASCO PELLICER, "La individualización de las relaciones laborales", CES, Madrid, 1995, pág. 126). En este sentido, también por la doctrina italiana, por ejemplo: S. GRASSELLI, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 33; L. MELE, "Il contratto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 20.

da por guarda legal presenta una estructura muy similar, prácticamente idéntica, que puede prolongarse largamente en el tiempo²³⁰.

Entonces, ¿tienen igualmente una base fáctica concurrente el Art. 37.5 ET y el Art. 12.4.g) ET? Parece que el elemento delimitador de ambos preceptos es el de su ámbito, de manera que la negociación colectiva podrá configurar derechos de novación contractual en favor del trabajador y frente al empresario exclusivamente para los supuestos que excedan de los ya reconocidos legalmente, o bien prever libremente en favor del trabajador ampliaciones respecto de los supuestos de reducción de jornada o suspensión parcial del contrato de trabajo. En nuestra opinión, la configuración del Art. 37.5 ET como supuesto de reducción de jornada por suspensión parcial del contrato²³¹ y no como contrato a tiempo parcial sometido a cláusula de reversión, responde más a la voluntad del legislador en un contexto de promoción de la igualdad, que de las exigencias de su estructura y finalidad. La razón de la duplicidad de regímenes radicaría, finalmente, en el reconocimiento por el legislador de un mayor valor de los intereses protegidos en los supuestos fijados legalmente, que en aquellos más amplios susceptibles de configuración autónoma como contratos a tiempo parcial y no de reducción de jornada²³².

La delimitación, como ha podido comprobarse, es compleja, provocando al mantenerse como supuestos de suspensión parcial del contrato y contrato a tiempo parcial respectivamente, una duplicidad de regímenes jurídicos sobre situaciones fácticas muy similares, aún cuando comparten la proporcionalidad del salario y de las cotizaciones para el supuesto de guarda legal²³³. La situación privilegiada de los trabajadores acogidos a los derechos de reducción de jornada reconocidos legalmente gozarán de importantes ventajas frente a los trabajadores a tiempo parcial, tales como la cualificada tutela frente al despido, la oponibilidad del derecho, la facilidad para elegir el horario así como su modificación y cuantía de la reducción, donde se tiende a

²³⁰ Además, como admite la doctrina, ciertos aspectos del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial pueden completar el propio de esta figura (F. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, "Jornada reducida", cit., pág. 213). Así, la cotización en los supuestos de guarda legal está asimilada a la del trabajo a tiempo parcial de conformidad con el art. 66 RD 2064/1995, de 22 de diciembre (véase: J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 280 y 281).

²³¹ No obstante, algunos autores consideran dichas reducciones como interrupciones no periódicas de la prestación en sentido equivalente a reducciones de jornada, por entender que la suspensión no puede ser parcial, sino que debe implicar la total exoneración de la obligación de trabajar (J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reciente Ley 39/1999,...", cit., pág. 12 y ss. y 25).

²³² La responsabilidad y obligación de socorro que pese sobre el trabajador respecto de familiares o, en general, personas muy allegadas, prima sobre otro tipo de responsabilidades morales; no en vano, la protección de la familia y el reconocimiento de esos deberes frente a los hijos con independencia de su filiación goza de reconocimiento constitucional (art. 39 CE.), tendiéndose por participar de un mismo interés jurídico a su razonable extensión a otros familiares cercanos.

²³³ Hasta tiempos recientes se ha venido afirmando que el grueso de las normas de protección social del trabajo a tiempo parcial no son aplicables a este supuesto [por todos, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 91. Y así se puede apreciar, por ejemplo: S. TSJ. País Vasco 30-11-2004 (AS. 3868) –base reguladora de IT-; S. TSJ. Cataluña 4-4-2003 (AS. 1987) –cálculo de la base reguladora de prestación por incapacidad permanente absoluta-. Sin embargo esta dirección parece haberse modificado. Así el Tribunal Supremo, con las sentencias de 2 y 23-11-2004 (RJ. 7782 y 7655), ha rectificado la doctrina de su sentencia de 6-4-2004 (RJ. 5909) y sienta que a efectos de la prestación por desempleo no cabe aplicar en el caso de reducción de jornada del art. 37.5 ET otras bases que las realmente cotizadas en los últimos 180 días trabajados. En esta misma dirección asimiladora al trabajo a tiempo parcial se sigue respecto de la prestación por maternidad en su S. TS. 2-11-2004 (RJ. 2005/855). En similar sentido, asimilador: S. TSJ Madrid 6-2-2003 (JUR 186374).

dar prevalencia en la ponderación de los intereses de las partes confrontadas, a los del trabajador²³⁴, y su mantenimiento a expensas de su exclusiva voluntad en tanto siga vigente la causa que lo justificó²³⁵. Finalmente, la mayor extensión respecto de los familiares tutelados que se advierte actualmente a partir de la L. 39/99, 5-11, en la modificación de la guarda legal, y que ya fue avanzada por doctrina y jurisprudencia²³⁶, dejará, junto con los factores desincentivadores ya expuestos, un espacio aún más reducido al contrato de trabajo a tiempo parcial.

Por el contrario, y como constataremos más detenidamente en el último capítulo, las previsiones convencionales respecto de las transformaciones de tiempo completo a tiempo parcial por motivos familiares o de formación, no se configurarían necesariamente, y a diferencia de las comentadas reducciones de jornada, como un derecho oponible inmediatamente frente al empresario —así como su reversión—, sino tendencialmente como una preferencia a ocupar puestos vacantes²³⁷.

De nuevo la anormalidad de la jornada, su carácter en principio de medida transitoria, su ubicación en el Art. 37.7 ET²³⁸, su remisión al apartado 6 e indirectamente al 4 y 5, contribuyen a descalificar esta nueva causa como novación contractual constitutiva de contrato a tiempo parcial para identificarla como una suspensión parcial o, si se prefiere, una reducción de jornada como reconoce el propio precepto expresamente y el Art. 55.5.b) ET. Pese a la mayor imprecisión del reconocimiento de este derecho a favor a la trabajadora víctima de la violencia de género respecto del ya comentado del Art. 37.5 ET, la doctrina prontamente lo ha asimilado a aquél y ha afirmado, como cabe deducir de la literalidad del precepto, la prevalencia de los intere-

²³⁴ Por todos: F.A. VALLE MUÑOZ, "La protección laboral de la maternidad...", cit., pág. 39 y 40; J. GARCÍA MURCIA, "El derecho a la promoción y la formación profesional en el Trabajo", AAVV (Dir. E. Borrajo Dacruz), "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo V, Edersa, Madrid, 1985, pág. 251. Así lo confirma el art. 37.6 ET en su redacción dada por la L. 39/99 y que no hace sino seguir la línea jurisprudencial prevalente. Conforme se deduce de dicho precepto, el empresario podrá oponerse a la concreción de horario y determinación del periodo de disfrute elegidos por el trabajador, si bien tal posibilidad de oposición debe ser interpretada restrictivamente de forma que la opción del trabajador suponga un perjuicio para el empresario desproporcionado, no razonable o de imposible o difícil solución (J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reciente Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 62 y 63).

²³⁵ Sobre el contenido y condiciones del disfrute de los referidos derechos puede consultarse: P. CHARRO BAENA y M^a.S. HERRAIZ MARTÍN, "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", cit., pág. 553 a 558; N. CORTE HEREDERO, "El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal", cit., pág. 854 y ss.; F. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, "Jornada reducida", cit., pág. 208 a 218.

²³⁶ Debiendo interpretar el término "guarda legal" en un sentido amplio y equivalente a la existencia de un vínculo que engendra deberes de cuidado y socorro recíprocos, extendiéndose, así, a otros familiares que el trabajador tenga a su cargo: P. CHARRO BAENA y M^a.S. HERRAIZ MARTÍN, "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", cit., pág. 556; N. CORTE HEREDERO, "El permiso de lactancia y la reducción...", cit., pág. 856 y 857. Sobre la ampliación de sujetos causantes, véase, por ejemplo: P. RIVAS VALLEJO, "La relación entre trabajo y familia...", cit., pág. 16 a 19.

²³⁷ Lo cual es objeto de crítica puesto que denota que el régimen de transformación del contrato de trabajo a tiempo parcial no se configura de forma necesaria y por mandato estatutario como una solución para atender las necesidades personales -en concreto familiares y flexibilidad de los márgenes de reducción del art. 37.5 ET- no atendidas por el art. 37.5 ET (M^a.A. BALLESTER PASTOR, "La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral", cit., pág. 65 y 66). No obstante, esa es la dirección que toman respecto de las transformaciones del tiempo completo al parcial y viceversa, y con independencia del motivo, tanto el Convenio de la OIT como la Directiva sobre el Trabajo a Tiempo Parcial. Y esa es la orientación también que parece prevalecer del conjunto del régimen de transformación del art. 12.4.e) ET, y que se deduce, por supuesto, de su Exposición de Motivos.

²³⁸ Introducida por la Disp. Adicional séptima de la L. Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de Género.

ses de la trabajadora frente al criterio de eficiencia y necesidad empresarial²³⁹. Por tanto, y nuevamente por su transitoriedad, la abierta remisión que el Art. 37.7 ET hace a la negociación colectiva o individual no puede interpretarse como un reclamo a su articulación como conversión del contrato, lo que no haría sino contribuir a enturbiar innecesariamente su condición de derecho –no de mera expectativa, preferencia, concesión empresarial– una vez que concurra el hecho causante, la prevalencia de su tutela, la intangibilidad –en principio– del resto de sus condiciones laborales y su derecho absoluto de reversión una vez extinguida la causa.

Cabe plantearse también la delimitación del contrato a tiempo parcial respecto del derecho del trabajador a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional cuando aquella consista en reducción de la jornada²⁴⁰. También en este caso, en opinión de la doctrina es predicable del mismo su origen legal así como la “anormalidad” de la jornada resultante²⁴¹. Por otra parte no parece que tal calificación sea impropia si se acepta la opinión doctrinal según la cual, a diferencia del supuesto previsto en su letra a), los estudios que se amparan en el Art. 23.1.b) ET no se caracterizan por su «regularidad», por lo que en principio, pueden ser de carácter más puntual²⁴². Sin embargo, y ante la vaguedad del Art. 23.1.b) ET tal reducción de jornada difícilmente puede configurarse como un derecho realmente oponible al empresario sino es con la colaboración del convenio colectivo²⁴³. Por otra parte, la formación del trabajador puede exigir una importante prolongación en el tiempo. Por tales motivos parece que nada obsta a la articulación de la reducción a través de la transformación temporal del contrato en tiempo parcial, lo que no haría sino corresponder a la previsión de la letra g) del párrafo 4 del Art. 12

²³⁹ M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La dimensión laboral de la violencia de género”, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 47 a 50.

²⁴⁰ Admiten que se realice a través de reducción de jornada: J. GARCÍA MURCIA, “El derecho a la promoción...”, cit., pág. 251 y 252; V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, “Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional”, en AAVV, “Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, Tomo I, vol. 2^o, Edersa, Madrid, 1994, pág. 219; E. MARTÍN PUEBLA, “Formación profesional y contrato de trabajo”, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pág. 211; F. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Jornada reducida”, cit., pág. 214 a 218; A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, cit., pág. 108).

²⁴¹ J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 148; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 93. No obstante, OJEDA AVILÉS lo califica de contrato a tiempo parcial sometido al régimen propio de dicho contrato (A. OJEDA AVILÉS, “Los contratos a tiempo parcial...”, cit., pág. 32). Desde luego quedan fuera de la concepción del contrato a tiempo parcial la reducción subsiguiente a los permisos individuales para la formación previstos en el RD 1046/2003 y O. TAS 500/2004 (califica de interrupción el permiso subvencionado: M^a.M. MIRÓN HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 354 y 355 y como suspensión el permiso no subvencionado según recoge art. 12.3 del III Acuerdo Nacional de Formación Continua).

²⁴² J. GARCÍA MURCIA, “El derecho a la promoción y la formación profesional en el Trabajo”, AAVV (Dir. E. Borrajo Dacruz), “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985, pág. 231 y 232. En el mismo sentido: G. RODRÍGUEZ PASTOR, “La modificación del horario del trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 86. No obstante, hay quien desvincula totalmente la “regularidad” de la entidad de los estudios, identificándola, por el contrario, con un juicio de valor del comportamiento del sujeto (V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, “Clasificación...”, cit., pág. 217 y 218).

²⁴³ El sacrificio empresarial organizativo es potencialmente mayor en el art. 23.1.b) ET que en su primer apartado, pero también, aún cuando sea menos evidente, la empresa gozará de un mayor margen de discrecionalidad en la concesión de las medidas en él previstas. Así se deduce del hecho mismo de la extrema genericidad del formulado del art. 23.1.b) ET, que se refiere someramente a la “adaptación de la jornada ordinaria de trabajo” y que salvo concreción en negociación colectiva, requiere del acuerdo de ambas partes, empresario y trabajador, en la identificación de la medida adaptativa que en su caso corresponda y respecto de las que el poder de dirección empresarial se encuentra escasa o inciertamente limitado [vid.: S. TSJ. Cantabria 13-4-2004; S. TSJ. Andalucía/Málaga 15-12-2000; S. TSJ. Cantabria 30-7-1994 (AS. 2991)].

ET²⁴⁴; más que hablar necesariamente de delimitación se puede observar como instrumentalización añadida a otras medidas posibles o, sencillamente, más restringidas (cuales son los permisos individuales de formación).

3.3 La voluntariedad de la reducción

Tradicionalmente la doctrina mayoritaria ha defendido y defiende la existencia de un elemento esencial representado por el origen voluntario de la reducción de la jornada²⁴⁵. Requisito que es deducible tanto del Convenio OIT n° 175 sobre el Trabajo a Tiempo Parcial y su recomendación n° 182, como de la Directiva 97/81/CEE relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. Respecto de estos instrumentos internacionales cabe afirmar que la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial y el fomento de la misma constituyen un criterio rector de su difusión y regulación, tanto desde una perspectiva socioeconómica y de normalización del funcionamiento de trabajo a tiempo parcial como desde una visión estrictamente jurídica y constrictiva respecto de su origen y transformaciones²⁴⁶.

²⁴⁴ No en vano, GARCÍA MURCIA califica como novación objetiva de las condiciones de trabajo la adaptación de la jornada del art. 23.1.b) ET, por cuanto se modifica exclusivamente el tiempo de trabajo o su distribución con reducción proporcional del salario, a través del concurso de ambas partes en la fijación de sus términos y frente a una multiplicidad de posibilidades de adaptación, si bien impuesto en última instancia al empresario (J. GARCÍA MURCIA, "El derecho...", cit., pág. 253 y 255). La previsión colectiva de un derecho de transformación voluntaria para el trabajador del contrato a tiempo completo en tiempo parcial, conecta, además, con el papel que reconoce a la negociación colectiva el párrafo 2 del art. 23 ET respecto de estos derechos de promoción y formación profesional del trabajador. No en vano, y como indica la doctrina, cumple la ley la función de darle al derecho un contenido mínimo, correspondiendo a la negociación colectiva un importante papel en su regulación, que en ningún caso podrá limitar dicho contenido mínimo y esencial del derecho o que prácticamente haga imposible su ejercicio (J. GARCÍA MURCIA, "El derecho a la promoción y la formación en el trabajo", cit., pág. 228, 235, 236 y 256 y ss.; E. MARTÍN PUEBLA, "Formación profesional y contrato de trabajo", cit., pág. 160, 161, 212 y 213). Para otros, la regulación convencional es decisiva, por cuanto el derecho del art. 23.1.b) ET requiere para su aplicación de regulación convencional que complete la estatutaria (V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, "Clasificación profesional...", cit., pág. 220).

²⁴⁵ F. AMATO, "Il lavoro a tempo parziale", en F. AMATO y M.J. VACCARO, "Le nuove tipologie del rapporto di lavoro", Liguori Editore, Napoli, 1991, pág. 61; M. BROLLO, "Il lavoro subordinato a tempo parziale", cit., pág. 64 y ss.; P. DUI, "Il rapporto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 12; L. MELE, "Il contratto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 14 a 20, y en "Il part-time", cit., pág. 26; P. MORGERA, "Lavoro a tempo parziale", Enc. Giur. Treccani, Ist. Pol. Stato, Roma, 1990, Vol. 18º, pág. 7; G. NICOLINI, "Lavoro a tempo parziale", Giuffrè, Milano, 1988, pág. 8 y 9. Con anterioridad a la L. 863, por ejemplo: E. GHERA, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 66; S. GRASSELLI, "Contrattazione collettiva e rapporto di lavoro a tempo parziale", Mass. di Giur. del Lavoro, 1983, pág. 289. En contra, P. ICHINO, "Verso una nuova concezione...", cit., pág. 247 y "Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro, II, cit., pág. 369, 370 y 375; G. LOY, "La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 341. Como ya hemos advertido en otras ocasiones, sin duda estuvieron influidos por la definición que del contrato a tiempo parcial elaboró la OIT en 1963, así como por el Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo (1978) y la Comisión de la CEE en 1980. También, por supuesto, la doctrina española ha hecho continuas referencias a dicha definición, por ejemplo: M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo...", cit., pág. 112. Véase también: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario", RL, T. II, 1998, pág. 176 a 178.

²⁴⁶ En nuestra opinión, en la citada Directiva imponen claramente la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial como principio rector de su regulación por los países miembros: la Cláusula 1.b) –desarrollo sobre una base voluntaria– y la Cláusula 5.2 –protección frente al despido– y promocionalmente el apartado 3 de esta última –promoción de transformaciones en interés del trabajador y a todos los niveles de la empresa–. En cuanto al Convenio y Recomendación OIT referidos, también se asumen similares reglas: art. 9 –medidas de facilitación y acceso al trabajo a tiempo parcial libremente elegido– y 10 –adopción de medidas para que la transformación sea voluntaria– del Convenio; art. 12 –jornada, horario y modificaciones objeto de restricción en función de los intereses del trabajador–, art. 17, 18 y 20 –promoción de transformaciones voluntarias y acceso al trabajo a tiempo parcial en todos los niveles– y art. 19 –protección frente al despido– de la Recomendación. De todos estos preceptos, la regla más concreta de garantía de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial es la referida al despido. Sin embargo, precisamente respecto del despido, y a la vista de la atención particular que

Ya a nivel de legislación estatal, la exigencia de la voluntariedad en la reducción se ha predicado históricamente como derivada de la formulación legal del concepto, y de requisitos de formalización del contrato. En definitiva, de su carácter de contrato donde, además debe dejarse constancia de la jornada pactada, se desprende necesariamente el origen voluntario del mismo²⁴⁷. Sin embargo, ya resulta evidente la dificultad que conlleva el propio término de la voluntariedad de la jornada reducida; la referencia a este elemento puede acarrear confusiones como se evidencia en las numerosas ocasiones en que los autores se han visto obligados a distinguir la mencionada “voluntariedad” del origen voluntario de todo contrato de trabajo, por lo común, a través de clarificaciones que refieren esa disposición a ser parte de una relación de trabajo a horario inferior al “normal”²⁴⁸. En definitiva, la configuración del contrato a tiempo parcial como una modalidad contractual caracterizada por la especialidad de su jornada supone necesariamente un acuerdo libre de voluntades de las partes sobre todos y cada una de sus obligaciones, y en particular, sobre su jornada-objeto del contrato²⁴⁹.

Lo ambiguo del término mismo de la “voluntariedad” y los esfuerzos doctrinales por identificar su sentido o significado respecto de la calificación del contrato de trabajo a tiempo parcial como modalidad específica, también ha provocado que las aclaraciones se hayan tenido que efectuar frente a la voluntariedad del mismo desde la valoración sociológica del trabajo a tiempo parcial²⁵⁰. Esta perspectiva, es patente en

ha merecido para el legislador las necesidades de funcionamiento de la empresa, podría incitar a considerar implícita la admisión de la imposición de la transformación a consecuencia de la referida causa al menos como alternativa al despido (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El trabajo a tiempo parcial en el Derecho comunitario ...”, cit., pág. 588). En contra, la Directiva impide la transformación del contrato a través de la vía del art. 41 ET (M^a.A. BALLESTER PASTOR, “La adecuación de la normativa española ...”, cit., pág. 214 y 217).

²⁴⁷ De esta manera en España –como en Italia– se ha utilizado el argumento literal, junto al de su colocación sistemática entre las modalidades contractuales para afirmar el carácter esencial de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial, y derivado de la formulación de su definición, según la cual “se entenderá contratado a tiempo parcial...” (F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 90). Por el contrario, esa misma expresión se ha interpretado como muestra de la indiferencia del origen unilateral o paccionado del contrato a tiempo parcial, presumiendo la existencia de contrato de tal naturaleza cuando la jornada practicada sea reducida (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 154). El carácter esencial de la voluntariedad también se ha extraído de la expresión utilizada en el párrafo 4º del art. 12 ET en su redacción del 84, y por el que se llamaba a la negociación colectiva a establecer las condiciones que posibiliten “la transformación voluntaria de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial” (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 280), y, en general, del conjunto del RD 1991/84, que partía de un contrato a tiempo parcial siempre fruto del acuerdo de las partes, bien desde el comienzo de la relación, bien producto de transformación (por ejemplo: J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 280. En el mismo sentido: F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 90).

²⁴⁸ L. MELE, “Il part-time”, cit., pág. 29. Ya antes de la aparición del texto legal: E. GHERA, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 66. MORGERA, en una posición un tanto confusa y contradictoria, niega a la voluntariedad el carácter de elemento cualitativo del trabajo a tiempo parcial, en cuanto ésta es común a todo contrato de trabajo, pero le reconoce una “relevancia negativa” que distingue a la figura contractual de las reducciones derivadas de situaciones patológicas de las empresas y ajenas al consentimiento del trabajador (P. MORGERA, “La nozione...”, cit., pág. 239).

²⁴⁹ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 81.

²⁵⁰ Por todos, vid.: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo...”, cit., pág. 113; L. MELE, “Il part-time”, cit., pág. 27 y 28.

la “voluntariedad” del trabajo parcial tal y como la orientan las normas internacionales que lo regulan²⁵¹.

En atención al requisito de la voluntariedad cabría distinguir al contrato a tiempo parcial de los supuestos de reducción de jornada ex Art. 47 ET²⁵² como de cualesquiera otros en que la reducción de la jornada a tiempo completo es propiciada por la decisión unilateral del empresario, en definitiva, a través del procedimiento previsto en el Art. 41 ET²⁵³. En estos términos generales, la doctrina ha podido distinguir el

²⁵¹ En concreto, este sentido de la voluntariedad se deduce de numerosos puntos de la Directiva 97/81 sobre el Trabajo a Tiempo Parcial. Ya en el Preámbulo del Acuerdo Anexo identifica al referido Acuerdo como una contribución a la estrategia europea general en favor del empleo. Potenciación del Trabajo a Tiempo Parcial que requerirá del lado del trabajador, la normalización de su mercado de trabajo, y en definitiva, que tiene como presupuesto la opción voluntaria respecto del mismo. Normalización y voluntariedad que necesariamente se asienta sobre los cimientos del otro gran objetivo de la norma, el de la eliminación de las discriminaciones y de la lucha contra el desempleo. Esta primera declaración vertida en su Preámbulo se traduce en la identificación en su Cláusula 1ª de lo que en realidad -desde el lado del trabajador- es un sólo objetivo, escindiendo en dos de sus aspectos, o si se prefiere, dos objetivos implicados; el desarrollo del trabajo a tiempo parcial también es apreciable en el régimen de transformación previsto en la Cláusula 5ª, y que confirma el apartado 5º del Preámbulo; en ambos se destacan las preferencias y tutela del trabajador conforme a sus intereses de formación, conciliación de la vida familiar, jubilación, etc., variables previsiblemente a lo largo de su vida. Afirmación predicable también del art. 10 del Convenio de la OIT nº. 182, particularmente interpretado conjuntamente con los apartados 17 a 20 de la Recomendación 182 de la OIT.

En esta dirección concluye BOLLE que únicamente el fomento de un trabajo a tiempo parcial libremente elegido y amparado por garantías jurídicas, y que a su vez facilite a los empleadores un medio de ganar flexibilidad en el ajuste del tiempo de trabajo a las necesidades de las empresas, puede garantizar resultados óptimos en el empleo, sin peligro de consecuencias nefastas en el terreno social, así como en el económico, pues el fomento del subempleo sería perjudicial para la demanda, el crecimiento y, en definitiva, el empleo (P. BOLLE, “El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?”, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 116, 1997, nº. 4, pág. 605 y ss.). Desde esta perspectiva sociológica-económica el trabajo a tiempo parcial se distingue del subempleo visible, es decir, aquél que afecta a las personas que trabajan involuntariamente menos de la duración normal del trabajo para la actividad correspondiente, y que buscan o están disponibles para un trabajo adicional durante un período de referencia y que engloba a los trabajadores en desempleo parcial (al respecto, véase: P. BOLLE, “El trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 611 y 612; CES, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 12).

²⁵² Distinguen el contrato a tiempo parcial del desempleo parcial, por ejemplo: P. MORGERA, “La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 256 y 257). En similar sentido: F. AMATO, “Il lavoro a tempo parziale”, en F. AMATO y M.J. VACCARO, “Le nuove tipologie del rapporto di lavoro”, cit., 1991, pág. 61; C. FILADORO, “Il part-time”, cit., pág. 15; L. MELE, “Il contratto di lavoro...”, cit., pág. 15, y en “Il part-time”, cit., pág. 29. En este sentido también se expresa LÓPEZ MORA, que destaca como argumentos accesorios al principal de la ausencia de voluntariedad, la compensación económica de la pérdida de salario con la prestación de desempleo, así como el mantenimiento prácticamente íntegro de las cotizaciones (F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 90).

²⁵³ Hay que tener en cuenta que sólo darán lugar a desempleo parcial las producidas ex art. 47 ET, pues según se deduce del art. 203.3 LGSS dicha prestación se limita: a los supuestos autorizados en expediente de regulación de empleo (vid. art. 1.4 RD 625/1985); la reducción de la jornada ordinaria de trabajo -y salario- del trabajador afectado sea al menos de una tercera parte de la suya originaria; y, además, la reducción sea temporal o coyuntural. Sobre la interpretación jurisprudencial del adverbio “temporalmente” del art. 203 LGSS y art. 1.4 RD 625/85, debate que se generó entre nuestros Tribunales Superiores de Justicia, resuelto en favor de la extensión a las reducciones de jornada definitivas por el Tribunal Supremo (véase por ejemplo: S. TS. Ud. 24-2-1997, RJ. 1579 (véase: M.A. ODRIOZOLA LANDERAS, “Desempleo parcial y reducción de jornada”, Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº. 181, 1998, pág. 40 a 45. La referida sentencia puede consultarse en A.L. nº 28, 1997, pág. 2095 a 2097, con nota de J.Mª. MARÍN CORREA). También la doctrina mayoritaria extendió la protección a las reducciones definitivas, justificando la utilización del término “temporalmente” del art. 203 LGSS y art. 1.4 RD 625/85, por entenderlo referido al tiempo de trabajo, enfatizando así el concepto de disminución de jornada (J. CABEZA PEREIRO, “Reducción legal de la jornada y situación legal de desempleo”, Aranzadi Social, 1996, Tomo I, pág. 2686; A. DESDENTADO BONETE, “El desempleo como situación protegida (Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)”, Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 101; R. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, “Algunas cuestiones sobre la reducción de la jornada y situación legal de desempleo en el nuevo régimen jurídico laboral”, Aranzadi Social, nº. 18, 1998, pág. 24 y ss.; F. LÓPEZ-TARRUELLA y C. VIQUEIRA, “La protección por desempleo”, en AAVV, “Derecho de la Seguridad Social”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, pág. 497. Una exposición de las diversas posturas doctrinales en: S. ROMERO DE BUSTILLO,

contrato a tiempo parcial de las reducciones involuntarias de jornada temporales en la apreciación de una diferente naturaleza de la contracción: una se integra en el ámbito del cumplimiento o ejecución y es de carácter coyuntural²⁵⁴ y la otra, prevista con carácter definitivo, se sitúa en el espacio obligacional (trabajo a tiempo parcial)²⁵⁵. Decir que la reducción es pactada u obligacional es tanto como decir que constituye el objeto “natural” del contrato –fundamento, por lo demás, de su especificidad como modalidad contractual y consiguiente régimen jurídico²⁵⁶– por lo que, ese segundo elemento, más que ser un requisito esencial distinto del primero, es condición o naturaleza de este último.

Desde esta explicación de qué sea voluntariedad de la contracción, centrada en gran medida en la valoración de su temporalidad, es claro que se interrelaciona con el requisito de la normalidad de la jornada reducida. Por tanto las reducciones de jornada ex Art. 47 ET, también podrían excluirse en virtud de la exigencia de ese requisito de “regularidad” o “normalidad” de la jornada²⁵⁷. También en esta línea el Art. 1.d) del Convenio de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial excluye como trabajador a tiempo parcial el que se encuentre en desempleo parcial. No obstante, repárese en que identificar la voluntariedad con la contractualidad de la jornada reducida, y equiparada a su normalidad, es decir, centrarse en la estructura de la relación, es tanto como –aparte, negar autonomía al requisito que ahora comentamos–, negar la esencialidad de la voluntariedad, por cuanto existen –o mejor, han existido– vías para la modificación con carácter definitivo, no coyuntural, de estas condiciones de trabajo afectadas²⁵⁸.

“Desempleo. Nivel contributivo”, en AAVV, “El desempleo. Especial consideración de las prestaciones del nivel de asistencia”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 155 a 158. Extensamente: M.A. LUELMO MILLÁN, “La prestación de desempleo: algunos aspectos de su problemática jurisdiccional”, Documentación Laboral, nº. 50, 1996, pág. 94 a 98, en virtud de argumentos de orden sistemático, histórico y teológico). Por el contrario, VIQUEIRA PÉREZ propugnó la interpretación literal del término “temporalmente” y la consiguiente transitoriedad de la reducción de la jornada. La exclusión del desempleo parcial en tal circunstancia queda confirmada, además, por el carácter extintivo de la novación y, por consiguiente, necesariamente acordada por las partes, es decir, necesariamente voluntaria (C. VIQUEIRA PÉREZ, “La prestación por desempleo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 69 y 70).

Con el art. 40 L. 66/97, 30-12 de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, se añade un nuevo párrafo al apartado 3 del art. 203 LGSS, en los que se define qué deba entenderse por “reducción temporal de la jornada”, de manera que será aquella que se autorice por un período de regulación de empleo sin que estén comprendidas las reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el período que reste de vigencia del contrato. No obstante, con ello no se cierra del todo el debate doctrinal al respecto, por considerarse que se produce una desprotección del desempleo definitivo no acorde con la normativa constitucional, así como por la vaguedad de sus términos (M.A. ODRIOZOLA LANDE-RAS, “Desempleo parcial y reducción de jornada”, cit., pág. 45 y 46). Igualmente, como indica un sector doctrinal, no deja de ser paradójico que en caso de desempleo total, éste se pueda compatibilizar con un trabajo a tiempo parcial posterior, y carezca de protección si la reducción de la jornada deriva de la voluntad del empresario (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 51 y 52; J.A. PANIZO ROBLES, “El trabajo a tiempo parcial y la protección social”, cit., pág. 152). Tras la referida reforma del art. 203.3 LGSS nuestros Tribunales Superiores de Justicia vienen aplicando en su literalidad tanto la exigencia de temporalidad en la disminución de la jornada como la exigencia de autorización administrativa (J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, “Protección por desempleo”, cit., pág. 1264 a 1265).

²⁵⁴ L. MELE, “Il contratto di lavoro...”, cit., pág. 19 y 20, y en “Il part-time”, cit., pág. 36 a 38.

²⁵⁵ L. MELE, “Il part-time”, cit., pág. 37; G. NICOLINI, “Lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 9.

²⁵⁶ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 81.

²⁵⁷ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 147.

²⁵⁸ Efectivamente, vista la interrelación entre la voluntariedad y la normalidad/transitoriedad de la reducción a efectos de su configuración obligacional, caso de tratarse de un trabajo a tiempo parcial, o bien como derivada de la ejecución de

En la actualidad, el origen paccionado de la jornada parcial ha sido elevado a requisito de primer orden por el legislador. El reconocimiento legal de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial derivado se recoge abiertamente y sin género de dudas en el Art. 12.4.e) ET. Los términos son tajantes: “la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa será siempre de 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 la letra a) del apartado 1 del artículo 41...”. Considerado en la Exposición de Motivos del RD-L 15/98 como garantía del principio de voluntariedad en el acceso al tiempo parcial de conformidad con la Directiva comunitaria sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, y en la medida en que, efectivamente recoge el derecho del trabajador a no ser despedido precedentemente por negarse a ser transferido desde el tiempo completo al tiempo parcial o viceversa. Pero el principio de voluntariedad del trabajo a tiempo parcial no se constriñe a las modificaciones de jornada que conlleven a su vez una alteración de la calificación del contrato. Por el contrario se extienden, en mi opinión, a toda modificación cuantitativa de la jornada pactada. Así se deduce de la exigencia de pacto para la realización de las horas complementarias (art. 12.5 ET) y del requerimiento de acuerdo para las alteraciones de la jornada del jubilado parcial –que puede ser desde su origen a tiempo parcial– y del relevista (art. 12.6 ET y arts. 10 y 12.2 y Disp. Adic. segunda RD. 1131/2002). Y se impone además, como insistiremos en el capítulo IV, en una concepción del trabajo a tiempo parcial como la actual, sin límite o frontera definida respecto del tiempo completo, en la que las modificaciones de la jornada internas a la modalidad contractual pueden suponer una mayor entidad y afección de los intereses del trabajador que el propio tránsito entre los tipos contractuales. Esta exigencia de voluntariedad en el origen del contrato a tiempo parcial y sus transformaciones debe oponerse igualmente respecto de la inter-

la prestación, caso de derivar de la suspensión temporal de las relaciones o bien de la reducción transitoria de la jornada ex art. 47 y 51 ET, las dudas resultaban mayores respecto de la admisibilidad del art. 41 ET en la génesis del contrato a tiempo parcial, puesto que no tendríamos por qué encontrarnos frente a una medida transitoria, sino, presumiblemente definitiva, y constitutiva, por consiguiente, de una verdadera novación contractual (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación...”, cit., pág. 128 y 129; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 82 y 83), dividiéndose la doctrina entre su aceptación (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 128 a 132; P. ARAMENDI SÁNCHEZ, “Novedades de la reforma laboral en materia de contratación. Contratos de duración determinada, el contrato a tiempo parcial, el contrato de fomento del empleo”, en AAVV, “La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995/VII, pág. 95 y 98; F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 75; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 82, 83, 145 a 147 y ss) y su rechazo (J. GARCÍA MURCIA, “El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el Ordenamiento laboral Español”, cit., pág. 148; L. LÓPEZ CUMBRE, “Jornada parcial”, cit., pág. 196 y 197; F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 91; H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 351; A. PEDRAJAS MORENO, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 147; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 280 y 281). Los factores de oposición, no se centraban exclusivamente en la consideración del origen paccionado como elemento esencial del contrato a tiempo parcial (no obstante lo rechaza por esta razón: F. LÓPEZ MORA, “El contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 90 y 91; H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 351; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 280 y 281), sino también en razones atinentes a la naturaleza de la novación, extintiva o modificativa (C. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, “Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial”, R.L.L. T. I/1995, pág. 1385 y ss.; J. LÓPEZ GANDÍA, “Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (Trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)”, A.L., nº. 14, T.1, 1996, pág. 328), o por cuanto la modificación del contrato no es objeto del art. 41 ET. Véase una exposición de las diversas corrientes doctrinales en: CES, “El trabajo a tiempo parcial”, Informe nº. 4, cit., pág. 43 a 45. Más ampliamente en: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 148 y ss. De ello nos volveremos a ocupar en el capítulo IV, cuando se alcance el estudio de la transformación del trabajo a tiempo parcial en tiempo completo y viceversa.

vención de los sujetos y negociación colectiva, lo que constituiría, por lo demás, una ilícita intromisión en el campo de la autonomía individual.

En cualquier caso, el requisito de la voluntariedad se ha predicado siempre respecto de la asunción voluntaria por parte del trabajador de la jornada reducida, bien originaria (lo que es intrínseco a la celebración del contrato) y con más motivo, derivada, pero nunca frente al empresario, al que en principio puede imponérsele vía, por ejemplo, Convenio Colectivo, la transformación a tiempo completo o parcial de las jornadas que disfruten los trabajadores²⁵⁹. Es por consiguiente, un elemento de finalidad tutelar para el trabajador, y ello, lógicamente en consideración del carácter precario de la modalidad contractual, pero no sólo a éste sino, en general, en atención a sus intereses, que pueden verse perjudicados no sólo en el supuesto de transformación forzosa desde el tiempo completo al parcial, sino también cuando ésta se haga en sentido contrario; sólo desde esta posición tutelar de doble sentido se puede ser coherente con la tutela del tiempo libre y compatibilización de la vida familiar, o en general, cualesquiera otras necesidades personales, formativas y profesionales a que viene a dar respuesta el trabajo a tiempo parcial, y, en concreto, su regulación. En correspondencia, la voluntariedad también subyace en la compatibilidad de la transformación del contrato a tiempo completo en tiempo parcial con el principio de indisponibilidad de los derechos del trabajador del Art. 3.5 ET; la valoración de la posible concurrencia de intereses de ambas partes en la transformación del contrato a tiempo pleno en tiempo parcial, a diferencia de lo que ocurre en la transformación de un contrato indefinido en otro temporal, descarta genéricamente la apreciación de renuncia de derechos²⁶⁰.

3.4 El valor conmutativo de la reducción del tiempo de trabajo

La reducción proporcional de la retribución se puede erigir como elemento esencial modulador del contenido de los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Su virtualidad, en cambio, a efectos de dibujar con nitidez la línea divisoria entre el trabajo a tiempo parcial y el trabajo a tiempo pleno, desde una perspectiva relacional es ambigua.

Es cierto que el trabajo a tiempo parcial no se enmarca en la tradicional reivindicación de reducción de jornada sin afección de salario, sino como instrumento de fomento-reparto del empleo y de flexibilidad que presume o “reaviva” el equilibrio sinalagmático de las prestaciones de ambas partes²⁶¹. Es más, algunos autores han hecho descansar los límites de configuración del trabajo a tiempo parcial más que en

²⁵⁹ Por ejemplo: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 152; C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales”, cit., pág. 99.

²⁶⁰ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 121 y 122.

²⁶¹ H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 158 a 163.

la cantidad de tiempo reducido, en el hecho de que la retribución reducida sea inferior o proporcionada al salario calificado de "suficiente"²⁶².

En España, y a diferencia de lo que sucedió inicialmente en Italia²⁶³, la aplicabilidad del principio de suficiencia del salario recogido en el Art. 35 CE. nunca ha sido cuestionado en profundidad ni por nuestros Tribunales²⁶⁴, ni por la doctrina²⁶⁵. No en vano, las primeras normas que se ocuparon en España de la jornada parcial fueron los Decretos sobre Salarios Mínimos, proporcionándolos a las jornadas contratadas²⁶⁶. No obstante, algún sector doctrinal ha cuestionado el carácter proporcionable del SMIG, por cuanto, caso de aplicarse dicho criterio general, el derecho del trabajador a una remuneración adecuada para satisfacer las necesidades propias y las de la familia resultaría cercenado²⁶⁷.

Entonces, el valor conmutativo de la reducción del tiempo de trabajo puede observarse desde dos perspectivas fundamentales: una, como posible criterio delimitador del tiempo parcial y esencial a su definición; otra, como fijación de mínimos tutelares de los derechos del trabajador a tiempo parcial.

No es momento de ocuparnos ahora de la proporcionalidad del salario en el trabajo a tiempo parcial como criterio tutelar o, si se prefiere, exigido por el principio de igualdad y no discriminación. En este aspecto la proporcionalidad de la retribución, en el trabajo a tiempo parcial nunca se ha supuesto graves dudas a nivel teó-

²⁶² F. AMATO, "Il lavoro a tempo parziale", en F. AMATO y M.J. VACCARO, "Le nuove tipologie del rapporto di lavoro", Liguori Editore, Napoli, 1991, pág. 61; S. GRASSELLI, "Il lavoro a tempo parziale", Cedam, Padova, 1968, págs. 26, 61 y 62; G. LOY, "La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale", Riv. Giur. del Lavoro, 1980, I, pág. 338 a 340; A. MARESCA, "Il part time", en AAVV, "Il diritto del lavoro negli anni 80", Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 1988, pág. 36 y 37.

²⁶³ En un primer momento la jurisprudencia italiana optó por la no aplicación al trabajo a tiempo parcial del principio de suficiencia de la retribución, recogido en el art. 36 CI, esgrimiendo que aquella sólo podía garantizarse respecto de actividades que supusieran una dedicación laboral completa [S. Trib. Milano, 7 nov. - 5 diciembre 1979 (C. FILADORO, "Il part-time", Lavoro e Previdenza Oggi, mayo-septiembre, 1991, pág. 1546 a 1547). Por la doctrina, S. GRASSELLI, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 229. Así lo exponen, por ejemplo: L. CARBONE, "Tutela del lavoratore part-time", Informazione Previdenziale, 1986, pág. 806; C. FILADORO, "Il part-time", Pirola, Milano, 1978, pág. 67]. Con posterioridad, a mediados de los 60, se modificaron los términos radicalmente; la Casación, en varias de sus sentencias, entendió que el mencionado criterio estaba declarado para toda actividad laboral, con independencia de que para el contrato de trabajo a tiempo parcial se definiese en una coherente medida proporcional a la fijada para el tiempo completo [valga como ejemplo la S. Cass. 17 marzo 1992, n.º 3240 (comentada por V.A. POSO) en RIDL, 1993/n.º.1, pág. 190 y 191].

²⁶⁴ Así, la reducción proporcional del salario en el contrato a tiempo parcial no vulnera los mínimos interprofesionales [S. TCT. 5-7-1988 (4992)].

²⁶⁵ Por todos: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 75.

²⁶⁶ Por todos: E. BORRAJO DACRUZ, "Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social", cit., págs. 16, 17, 32 y 33; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 271.

²⁶⁷ M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 118; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 83 y 84. Rechaza con contundencia las dudas planteadas por los citados autores, puesto que, como ya advirtió ALARCÓN, podría dar lugar a situaciones absurdas fuera de la finalidad del art. 35 CI.: J. LÓPEZ CUMBRE, "Jornada parcial", cit., pág. 176.

Respecto de la diferenciación entre el salario suficiente del art. 35 CE. y el salario mínimo interprofesional garantizado del art. 27.1 ET, véase, por ejemplo: H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 274 a 278.

rico²⁶⁸. En lo que ahora nos interesa, cabría preguntarse si la proporcionalidad de la retribución en el trabajo a tiempo parcial viene exigida en términos absolutos o de mínimos tutelares. Es decir, si la reducción proporcional de la retribución del trabajador nos puede servir como criterio delimitador unido inescindiblemente a la reducción del tiempo de trabajo.

Parece que la mayor parte de la doctrina italiana se decide por considerarlo un mínimo de carácter tutelar, admitiéndose, por consiguiente, mejoras retributivas respecto de lo que correspondería con la estricta aplicación del aludido principio²⁶⁹. También ha sostenido esta opinión el común de la doctrina española, admitiéndose la concurrencia de mejoras voluntarias retributivas respecto del trabajo a tiempo parcial como también, en contrapartida, reducciones de jornada producto de mejoras voluntarias que incidan sobre la duración de la misma, o de la mera tolerancia empresarial²⁷⁰. En consecuencia, no parece que la reducción proporcional en la retribución del trabajador sea de por sí criterio seguro de delimitación entre el trabajo a tiempo parcial y el tiempo completo, sino instituto de garantía de no discriminación del trabajador a tiempo parcial. No en vano, las partes son libres de fijar el salario, una vez respetados los mínimos legales o convencionales²⁷¹. Como también podría justificarse en atención a una verdadera “proporcionalidad” del salario, sólo alcanzada realmente una vez que se valoren los aspectos cualitativos y no exclusiva-

²⁶⁸ Lo que hace aún más sorprendente para un jurista que como resultado de la investigación sobre el uso del contrato a tiempo parcial en España, se admita que la ganancia media de la hora de trabajo es inferior al de la hora en el tiempo completo aún cuando no pueda aseverarse que el motivo sea la discriminación de dicho tipo de trabajo. Así se concluye a partir del informe sobre el trabajo a tiempo parcial en España realizado por la Fundación Centro de Iniciativas e Investigaciones Europeas en el Mediterráneo (CIEM), por encargo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. De tales resultados se extrae que en España el salario bruto/hora en el trabajo a tiempo parcial es inferior al correspondiente al tiempo completo en las ocupaciones menos cualificadas y en la mayor parte del empleo femenino (J. BLANCO, M. CAPRILE, C. ELVIRA y D. MORENO, “Balance histórico de la contratación a tiempo parcial en España”, MTSS, Madrid, 2001, pág. 191 y 427). Conclusiones que en cierto modo contrastan con las del informe sobre el trabajo a tiempo parcial realizado por el CES en 1996, y que concluye que el salario neto medio por hora en el trabajo a tiempo parcial presenta una tendencia ascendente respecto del trabajo a tiempo completo en el caso de las mujeres hasta las 35 horas, decreciendo sensiblemente a partir de dicha jornada (CES, “El trabajo a tiempo parcial”, Madrid, 1996, pág. 70 y 71).

²⁶⁹ M. BROLLO, “Il lavoro subordinato a tempo parziale”, cit., pág. 181; M^a.L. DE CRISTOFARO, “Il part time”, cit., pág. 437; P. ICHINO, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 129 y 130; G. LOY, “Alcune qualificazioni giuridiche dell’orario di lavoro e del tempo eccedente tale orario nel part-time en el contratto di formazione e lavoro”, en AAVV, “Il tempo di lavoro”, Giuffrè, Milano, 1987, pág. 102; G. NICOLINI, “Lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 43.

²⁷⁰ Por ejemplo: A. BAYLOS GRAU, “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, cit., pág. 140 y 141; F. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Jornada reducida”, cit., pág. 222 a 224; A. PEDRAJAS MORENO, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 138; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 296 y 297.

CAMPS RUIZ, ofreció como criterio delimitador bien la calificación del contrato por las partes, bien, exclusivamente y atendiendo al tenor de su definición legal, el objetivo de la menor duración, inclinándose finalmente por este último (L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, cit., pág. 91 y 92). En el mismo sentido, mostrando también su preferencia por el criterio objetivo o positivista: T. SALA FRANCO, “La reforma del mercado de trabajo”, cit., pág. 98).

Un caso de reducción de jornada como condición más beneficiosa, aún cuando no plantea su delimitación respecto del trabajo a tiempo parcial en: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 15-7-1993 (AS. 2802); S. TSJ. Canarias/Las Palmas 24-3-1998 (AS. 1666). Sobre condición más beneficiosa y jornada puede consultarse, por ejemplo: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 20-4-1998 (AS. 1900); S. TSJ. Galicia 6-4-1999 (AS. 847).

²⁷¹ A. BLASCO PELLICER, “La individualización de las relaciones laborales”, CES, Madrid, 1995, pág. 261.

mente los cuantitativos del tiempo de trabajo en conexión con el principio constitucional de suficiencia del salario²⁷².

Ahora bien, la negación del carácter de derecho necesario absoluto de la reducción salarial "proporcional" en función de la correlativa reducción del tiempo de trabajo frente a la jornada completa, no niega de por sí que la reducción salarial tenga efectivamente dicho valor delimitador respecto del tiempo completo. Me refiero a la posible exigencia de que el horario reducido se corresponda necesariamente con una disminución, a su vez, de la retribución del trabajador, es decir, que el horario contractual esté reclamado en su función conmutativa²⁷³. Desde luego, no se puede negar

²⁷² Puesto que el salario suficiente se reduce proporcionalmente al trabajo a tiempo parcial, a contrario sensu, se podría observar que cuando se impida al trabajador la realización de otra actividad bien a través de un pacto o, bien materialmente al concordarse un horario excesivamente elástico, el trabajador tendrá derecho a recibir una retribución plena, aplicándose el principio de suficiencia de forma absoluta. Referencia y aceptación de la tesis jurisprudencial en: F. AMATO, "La disciplina legale del lavoro a tempo parziale: l'art. 5 della legge 19/12/1984, n.º 863", *Lavoro* 80, 1985, pág. 733 y 734; F. AMATO y M.J. VACCARO, "Le nuove tipologie...", cit., pág. 75 y 76; M^a.L. DE CRISTOFARO, "Il part time", cit., pág. 436 y 439; P. DULI, "Il rapporto di lavoro a tempo parziale", *Ipsoa*, Milano, 1989, pág. 49 y 50; C. VENTURO-LI, "Problemi retributivi connessi ad alcune forme di lavoro a part-time", en AAVV, "Il tempo di lavoro" (atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova, 4-5 abril 1986), Giuffrè, Milano, 1987, pág. 98.

LOY, que al igual que GRASSELLI formuló su teoría sobre qué fuese el trabajo a tiempo parcial antes de su regulación normativa específica en Italia, mantiene también su tesis sobre el presupuesto del valor conmutativo del tiempo de trabajo. De tal forma, la reducción horaria, como elemento "cuantitativo", no lo consideró suficiente para delimitar el trabajo a tiempo parcial. Junto a aquél, otro "cualitativo", derivado de la "suficiencia" proporcionada de la retribución, lo caracteriza en aplicación de los principios establecidos por el art. 36 Constitución italiana. El trabajo a tiempo parcial, en consecuencia, será aquel que no excluye la posibilidad de realización de otras tareas que permitan al trabajador, en su conjunto, disfrutar de unos ingresos "suficientes"; en caso contrario el art. 36 CI, determinará el derecho del trabajador a la percepción de una retribución "suficiente" en su versión "íntegra" (G. LOY, "La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale", *Riv. Giur. del Lavoro*, 1980, I, pág. 338 a 340). A pesar de la escasa aceptación que ha merecido esta tesis en la doctrina italiana, es de destacar que similares argumentos han sido utilizados por doctrina, Jurisprudencia y hasta por la Corte Constitucional italiana en la interpretación de las exigencias de fijación cuantitativa y distributiva del objeto del contrato. En la línea defendida por LOY y por los Tribunales italianos se ha negado la exclusividad del trabajo a tiempo parcial en apoyo de la tesis de LOY (G. NICOLINI, "Lavoro a tempo parziale", Giuffrè Editore, Milano, 1988, pág. 6, 10 y 11). En una posición intermedia ICHINO -entre otros autores-, a pesar de negar el carácter delimitador al factor de la exclusividad, reconoce que, pactada la misma en una relación a tiempo parcial, puede provocar la asimilación a efectos de la aplicación de la disciplina constitucional de la retribución respecto del trabajo a tiempo pleno (P. ICHINO, "Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro", II, Giuffrè, Milano, pág. 375). En una línea crítica a las tesis de LOY, puesto que sus postulados no se deducían en ningún momento del texto del -ahora derogado- art. 5 de la L. 863 ni, en general, de otra norma vigente tanto antes como después aquella (L. MELE, "Il contratto di lavoro a tempo parziale", Edizioni Fag, Milano, 1995, pág. 20 y en "Il part-time", Giuffrè Editore, Milano, 1990, pág. 24 a 26; P. MORGERA, "La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale", *Il Diritto del Lavoro*, 1981, n.º 3-4, pág. 237, 245 a 259). Además, en opinión de MORGERA, es criticable la utilización que realiza del art. 36 CI y de la jurisprudencia sobre su aplicación, que tan sólo afirma el principio de la proporcionalidad respecto del trabajo prestado para el cálculo de la retribución "suficiente" y que no supone, desde luego, el "negativo" de que la exclusividad implica la prestación "suficiente" íntegra. Por otra parte, el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo no tiene que ser necesariamente interpretado como garantía de tratamiento económico "suficiente" más allá de lo que proporcionalmente corresponda (P. MORGERA, "La nozione...", cit., pág. 237 y 238).

²⁷³ Por ejemplo, MORGERA valoró positivamente la inclusión en la definición de la Comisión de la CEE, la referencia a la reducción del tratamiento económico correspondiente a la reducción horaria (P. MORGERA, "La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 236). En la misma línea, el trabajo a tiempo parcial se caracteriza por la prestación y la retribución cuantitativamente reducidas respecto de la prestación y retribución a tiempo completo o de horario "normal", es más, el único elemento distintivo del trabajo a tiempo parcial es la reducción de la relación conmutativa (E. GHERA, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 64 a 67. En el mismo sentido, M. D'ANTONA, "Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro", en AAVV, "Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1986, pág. 22. MARESCA va aún más lejos; no sólo reclama la reducción efectiva de la retribución sino también, dado el carácter tutelar de la norma, que ésta sea inferior a la prevista con carácter "suficiente" según el art. 36 CI. De esta forma, y a través de lo que él considera una interpretación teológica de la norma, quedarán excluidos del régimen específico del part time reducciones ínfimas del tiempo de trabajo (A. MARESCA, "Il part time", cit., pág. 36 y 37. En el mismo sentido, F. AMATO, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 61).

que la referida función es propia de todo contrato de trabajo y no exclusivamente del parcial²⁷⁴, pero cabría darle una dimensión distintiva, al menos en negativo, si, al igual que sucede en la reducción del tiempo de trabajo, se observa desde una perspectiva relacional; el contrato de trabajo a tiempo parcial carece de autonomía conceptual, éste se define en función de criterios de relación respecto del trabajo a tiempo completo. Y desde luego, a partir de su función socio-económica en tanto que carece de sentido su configuración ausente la misma.

En esta línea y bajo el régimen del 93 se suscitaron por la doctrina española la propuestas delimitadoras del trabajo a tiempo parcial frente al contrato a tiempo completo que serían ahora plenamente válidas a partir de la definición del contrato a tiempo parcial del RD-L 5/2001. Tales hacían depender la calificación a tiempo parcial de la concurrencia de la reducción proporcionada de la retribución, o, en última instancia, con criterio que en nuestra opinión necesita de la matización que haremos seguidamente, de la calificación que le diesen las partes²⁷⁵. Son posturas defensivas, probablemente, frente a un macrocontrato a tiempo parcial, desprovisto de márgenes precisos, y, como hemos visto, potencialmente generador de diferencias desproporcionadas entre trabajadores; tienen en gran medida su lógica respecto de las etapas legislativas en que la regulación del contrato a tiempo parcial omite la fijación de un umbral de parcialidad. Y son, en nuestra opinión, plenamente aceptables, aunque insuficientes en cuanto únicamente resuelven en la práctica supuestos extremos y casi indubitados de delimitación.

Desde esta perspectiva de la esencialidad de la reducción retributiva se ha afirmado, como hemos anticipado, que el valor conmutativo de la retribución se actualiza y recupera para la autonomía individual, a diferencia de las jornadas que aún reducidas no traspasan los límites de la jornada parcial²⁷⁶. Sin embargo, la pretendida intangibilidad del salario en el trabajo a tiempo completo de jornada reducida no es pacífica. Una vez que se admita, sobre todo bajo regulaciones similares a las del 98 en que se exige un mínimo de reducción, o a aquéllas precedentes en que el ámbito subjetivo del contrato ha negado la calificación como contrato a tiempo parcial de aquellos que no se ajusten a tales requisitos (Ej. Disposición Transitoria 3ª ET/80), que el trabajo a tiempo completo con jornada pactada reducida puede ir acompañado de una reducción proporcional de la retribución, nuevamente se evidencia el carácter

²⁷⁴ G. LOY, "La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 338 (respecto de la proclama constitucional del principio de proporcionalidad).

²⁷⁵ En esta línea MERINO SENOVIÑA, que considera el mantenimiento del salario a tiempo completo ante una jornada a tiempo parcial una renuncia por parte empresarial al régimen jurídico específico de la modalidad empresarial (H. MERINO SENOVIÑA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 161). También BAYLOS GRAU propone a efectos de la delimitación del contrato a tiempo parcial respecto de las reducciones de jornada el referido criterio de la "proporcionalidad" de los derechos del trabajador, o, incluso -siguiendo una de las opciones ofrecidas por CAMPS-, la calificación que le den las partes (A. BAYLOS GRAU, "Trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 141).

²⁷⁶ Sobre la intangibilidad del salario "a tiempo completo", es decir, previsto con ese carácter por la norma aplicable, respecto de las jornadas inferiores pactadas ubicadas, como califica OJEDA, en la "tierra de nadie" entre el trabajo a tiempo parcial y la jornada legal o fijada por el Convenio aplicable, entre otros: C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 30; J. GARCÍA MURCIA, "El trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 145 y 146; H. MERINO SENOVIÑA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 161 a 165; A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido", cit., pág. 37.

relativo de dicho elemento a los efectos de la delimitación del contrato a tiempo parcial frente al tiempo completo y la comunidad del valor conmutativo de la jornada contractual²⁷⁷.

Lógicamente, la dificultad estriba ahora en si la definición actual del contrato a tiempo parcial del Art. 12.1 ET, admite la existencia de un contrato a tiempo completo de jornada y retribución reducidas de origen voluntario, puesto que, aún relativizado el valor calificador de la reducción retributiva en términos generales, tal postura puede no ser asumible por esta concreta regulación en que desaparece el margen de parcialidad.

Y es ahora, en nuestra opinión, cuando pueden tomar plena relevancia las construcciones doctrinales que han destacado la vinculación entre el principio de suficiencia y la verdadera o práctica disponibilidad del trabajador a tiempo completo con jornada reducida. Estas reflexiones que inciden en la valoración de los aspectos cualitativos de la jornada, la cualidad de las tareas, la dimensión real del tiempo no comprometido laboralmente por el trabajador, y, en su caso, la posibilidad de compaginar dicha actividad con otra en condiciones normales²⁷⁸, tienen la virtualidad, de cuestionar la equidad incondicionada del principio de proporcionalidad. Pero no exclusiva-

²⁷⁷ Así, se ha considerado que la inaplicación de las ventajas concernientes al trabajo a tiempo parcial -entre otras, pensamos se refieren al régimen de Seguridad Social-, no impedirá que la retribución se calcule en función de la jornada realmente trabajada: M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial", cit., pág. 23. Lo que deriva del carácter bilateral y sinalagmático del contrato de trabajo y confirman los sucesivos decretos de salarios mínimos (M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del Real Decreto Ley 15/98", A.L., n.º. 39, 1999, pág. 753). La proporcionalidad del salario también procede en los supuestos de reducción de jornada como se ve claramente, por ejemplo, en los art. 37.4 bis, 5 y 7 ET.

Una postura intermedia, desde nuestro punto de vista aceptable en principio, es la que defienden DEL REY y VALVERDE ASENCIO, que inaplica el régimen específico de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial al contrato a tiempo completo de jornada reducida. De lo contrario se replantearía la posible discriminación de estos trabajadores a tiempo completo frente a los trabajadores a tiempo parcial; supondría la pervivencia de una forma de entender este tipo contractual ya superada; y porque, en definitiva, se requiere para ello una mención legal específica. Y admite, en cambio, la reducción proporcional del salario cuando así esté previsto en Convenio Colectivo, ya que de lo contrario no tendría sentido la aceptación de dicha forma de trabajo a tiempo completo (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...", cit., pág. 25 y 26).

Admite la reducción de salario correlativa a la de la jornada en el contrato con jornada reducida: S. TSJ. Murcia 30-7-92 (AS. 3624); S. TSJ. Madrid 27-5-1996 (AS. 1573); S. TSJ. Cantabria 18-10-1996 (AS. 3026). En esta línea la S. TSJ. Madrid 11-3-1994 (AS. 1154) admite la reducción salarial respecto de un contrato con jornada superior a los 2/3 de la habitual en tanto que "no puede ignorarse el carácter oneroso bilateral y sinalagmático del contrato de trabajo y la correlación de la prestación del trabajador y su retribución salarial, ignorándose si la jornada parcial pactada se hizo a propuesta del empresario o del trabajador y por tanto quién resulta beneficiado, sin que exista precepto alguno que ampare la pretensión del trabajador que con ello percibiría un lucro indebido". Véase también: S. TSJ. Castilla-La Mancha 5-3-1997 (AS. 1026). Con independencia, claro está y según se expone arriba, de que a dichos contratos a tiempo completo de jornada reducida no les sean de aplicación las reducciones proporcionales que se prevean a los límites máximos y mínimos de la prestación de desempleo respecto del contrato a tiempo parcial [S. TSJ. País Vasco 5-12-1990 (AS. 583) en aplicación del art. 9.3 L. 31/84, de 2 de agosto, de protección por desempleo]. O de que no se apliquen sus normas específicas sobre cotización [S. TSJ. Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 27-7-1992 (AS. 3768); S. TSJ. Madrid 11-3-1994 (AS. 1154)].

²⁷⁸ Aspectos que en ocasiones han sido valorados por nuestros Tribunales, si bien prevalentemente respecto de los tiempos pactados de horas de disponibilidad. Es evidente que nosotros pretendemos ir más lejos. Es el caso de la S. TSJ. Galicia 20-11-1990 (AS. 1991/230) que niega el carácter de trabajo a tiempo parcial a los servicios diocesanos que presta un cura párroco durante un tiempo no inferior a tres horas diarias, permaneciendo localizado en caso de que los feligreses soliciten sus servicios. También se excluye el carácter a tiempo parcial de la prestación del médico y ATS en atención al tiempo de asistencia fuera del ambulatorio cuando haya requerimiento para ello [S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 11-5-1992 (AS. 2603); S. TSJ. Andalucía/Málaga 11-1-1993 (AS. 113). En contra: S. TSJ. Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 19-6-1991 (AS. 3921)].

mente. Tales reflexiones nos llevan en un sentido distinto, más avanzado, de la mera compensación económica a conferir una nueva dimensión definitiva a los aspectos de la jornada no estrictamente cuantitativos respecto de la delimitación entre trabajo a tiempo parcial y trabajo a tiempo completo.

Desde la primera de las perspectivas, cabría preguntarse con ALESSE si reconducir el problema de la admisión de las cláusulas flexibles a una mera cuestión de equilibrio contractual es posible desde una perspectiva pragmática. Parece que en la práctica, probablemente, se producirían situaciones de amplia disponibilidad del trabajador que resultarían difícilmente compensables, por no mencionar el problema de la fijación de esa retribución “adecuada” a que se refiere la doctrina y la consiguiente búsqueda de criterios para su valoración²⁷⁹.

En cuanto a la virtualidad del tiempo de no trabajo a los efectos de la delimitación del contrato a tiempo parcial respecto al tiempo completo a que nos llevan las anteriores reflexiones, podemos traer a colación, entonces, la posibilidad que en su momento defendimos²⁸⁰ de definición por convenio colectivo de qué sea el trabajo a tiempo completo con las repercusiones salariales que en su caso correspondan conforme a la estructura salarial prevista en el mismo (Art. 26.3 ET).

Desde esta perspectiva, nos parece plenamente asumible bajo la regulación actual la concurrencia del contrato a tiempo completo u ordinario de jornada y salario reducidos con el contrato a tiempo parcial, en atención a que la actividad-disponibilidad del trabajador se traduzca en una ocupación valorable como a tiempo completo y definida como tal en el convenio colectivo.

A modo de conclusión, la reducción proporcional del salario es, y de eso no cabe duda, un elemento característico del contrato de trabajo a tiempo parcial, no, en cambio, esencial –en tal configuración proporcional– ni exclusivo del mismo. A partir de este dato de la reducción salarial, no obstante, se delimita en gran medida y conforme a presunciones el contrato a tiempo parcial del contrato a tiempo completo con reducción de jornada y pacto de no reducción proporcional de salario. Fuera de estas situaciones extremas, su valor calificador pasa a ser únicamente un indicio.

Sin especificar a qué se refiere, la S. TSJ. Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 27-7-1992 (AS. 3768) en la delimitación del trabajo a tiempo parcial respecto del contrato ordinario de jornada reducida afirma que el contrato a tiempo parcial -no excluye la posibilidad de que existan contratos con jornada superior (o incluso inferior) a los dos tercios, sin llegar a la jornada máxima legal o convencional, pues el contrato a tiempo parcial es sólo una de las formas -, por tanto, no la única de reducción de jornada por contrato-. Este último inciso parece descartar que se esté refiriendo al desempleo parcial o a la reducción de jornada derivada de precepto legal, como es la del art. 37.5 ET.

²⁷⁹ A. ALESSE, “Il lavoro a tempo parziale: considerazione critico-esegetiche sull’art. 5 della legge 19 dicembre 1984, n° 863”, RIDL, n° 2, 1988, pág. 242. Como ejemplo de la dificultad reseñada, LOY reconoce una diferencia cualitativa entre el pacto de dedicación exclusiva y el part time “a llamada”. Mientras en el primer caso la retribución será suficiente, en la medida en que se debe compensar la imposibilidad de realizar cualquier otra actividad, en el segundo supuesto la compensación económica no tiene que alcanzar la suficiencia de la retribución en la medida en que lo que viene a retribuir es tan sólo la limitación que sufre el trabajador en la utilización de su tiempo, sin que el impedimento para asumir otro vínculo laboral sea absoluto [G. LOY, “Alcune qualificazioni giuridiche dell’orario di lavoro e del tempo exedente tale orario nel part-time e nel contratto di formazione e lavoro”, en AAVV, “Il tempo di lavoro” (atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova, 4-5 abril 1986), Giuffrè, Milano, 1987, pág. 103 y 104].

²⁸⁰ Al final del epígrafe dedicado al máximo de jornada parcial.

Modalidades de trabajo a tiempo parcial

Modalidades de trabajo a tiempo parcial

1. El contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido o temporal. La transversalidad de la jornada parcial y la discontinua

El art. 12.2 ET declara la compatibilidad del trabajo a tiempo parcial con el contrato de duración indefinida o determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de la modalidad de contratación temporal, excepto en el contrato para la formación. Habría que añadir a esta excepción el contrato de relevo en la modalidad de anticipación de la edad de jubilación a los 64 años como medida de fomento del empleo, según se establece en el art. 3.1 RD 1194/85, de 17 de julio, si bien interpretada en los términos que veremos en este mismo epígrafe.

Realmente la posibilidad de concertación del contrato de trabajo a tiempo parcial temporal ha planteado escasos problemas por parte de la doctrina; en tanto el contrato de trabajo a tiempo parcial se caracteriza por su jornada reducida, nada parece impedir la "transversalidad" de la figura respecto de la mayoría de las fórmulas contractuales¹. En consecuencia, las aisladas dudas de compatibilidad del contrato con otras modalidades servidas por el Ordenamiento laboral no se han centrado en la admisibilidad genérica de fijación de un término o condición resolutoria lícitas, sino en el examen de la adecuación de la jornada parcial a las finalidades y regímenes específicos de concretas modalidades temporales no admitidas expresamente respecto del contrato a tiempo parcial².

En este sentido, la excepcional pero también histórica³ exclusión de la jornada parcial en el contrato de formación, se debe a diversas razones señaladas por la

¹ A. BAYLOS GRAU, "Trabajo a tiempo parcial, fijo discontinuo y contrato de relevo", en AAVV -Coord. M.R. Alarcón Caracul-, "La reforma laboral de 1994", Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 142 y 143.

² Véase en la nota siguiente.

³ Habitualmente el contrato de aprendizaje o formación se ha visto excepcionado del trabajo a tiempo parcial. El artículo noveno. Dos. del RD 1361/81, de 3 de julio, declaraba la incompatibilidad del contrato de trabajo en prácticas y para la formación con el contrato a tiempo parcial (véase I. FLÓREZ SABORIDO, "La contratación laboral como medida de política de empleo en España", CES, Madrid, 1994, pág. 71). El artículo diecinueve del RD 1445/82 recogía la excepción en idénticos términos (sobre el debate respecto de la admisibilidad o no en esta época del contrato en prácticas a tiem-

doctrina antes incluso de su reconocimiento expreso y que están vinculadas no sólo al régimen jurídico del contrato de aprendizaje o formación que parte de la existencia de una jornada completa⁴, sino también a la efectividad de sus finalidades formativa y de inserción. Concretamente se excluye la jornada parcial porque la formación probablemente se vería impedida o dificultada por la reducción de una jornada ya de por sí limitada al componerse de tiempo de trabajo efectivo y tiempo destinado a la for-

po parcial véanse las posturas contrarias de: J. GARCÍA MURCIA, "El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español", cit., pág. 148 y A. OJEDA AVILÉS, "Las nuevas formas de contratación laboral", cit., pág. 78).

La posibilidad de concertación de un contrato formativo o bien uno temporal de fomento del empleo con jornada parcial fue puesta en duda en su momento por la doctrina a raíz de la literalidad del art. 4.2, primer párrafo del RD-L 18/93, posteriormente mantenida por la L. 10/94, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación que derogó a aquélla. Atendiendo a la letra del precepto sólo se admitía expresamente la posibilidad de duración determinada del contrato a tiempo parcial en los supuestos previstos en el artículo 15 del ET. Se utilizan por el art. 4.2 RD-L. 18/93 términos similares a los del art. 3.2 del RD1991/84, si bien es cierto que el art. 15.2 ET/84 recogía, igualmente, la posibilidad de celebración de contratos temporales de fomento del empleo en atención a las circunstancias del art. 17.3 ET y de la autorización al Gobierno prevista en el mismo. La extensión de la contratación a tiempo parcial a los contratos en prácticas y de formación se hizo por vía indirecta e implícita en los arts. 5 y 11 del RD 1992/84, de 31 de octubre (I. FLÓREZ SABORIDO, "La contratación laboral como medida de política de empleo en España", CES, Madrid, 1994, págs. 109 a 112; A. OJEDA AVILÉS, "El nuevo contrato a tiempo parcial", cit., pág. 62). Posteriormente se confirma la licitud del contrato a tiempo parcial en prácticas como en el de formación por los arts. 1.2 y 2.2 L. 22/92, de 30 de julio, de MUFEPD (A. BAYLOS GRAU, "Trabajo a tiempo parcial, fijo discontinuo y contrato de relevo", cit., pág. 142).

La reflexión y toma de postura al respecto en el 93 se hizo aún más necesaria al verse reforzada la dicción del art. 4.2 RD-L por el art. 18 del RD 2317/93, 29 diciembre, que exigía formalización escrita y en modelo oficial del contrato de trabajo a tiempo parcial, así como la constancia, caso de ser de duración determinada, del "supuesto previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores que justifica tal duración". En contrapartida, la contratación temporal ajena al art. 15 ET parecía admitirse desde la propia norma, al incorporar el contrato de relevo, así como a partir de las disposiciones adicionales 6ª.2 y 2ª.1 -actualmente del ET- de la L. 10/94, 19 de mayo, que admitían por vía indirecta las contrataciones temporales a tiempo parcial de fomento del empleo y los contratos en prácticas de trabajadores minusválidos (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 163). Posteriormente, además, a través del art. 4 del RD 2317/93 se admite la jornada parcial para los trabajadores en prácticas, lo que fue considerado por Ojeda Avilés como ultra vires y pendiente de subsanación por la posterior Ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores (A. OJEDA AVILÉS, "El nuevo contrato a tiempo parcial", cit., pág. 62). Por el contrario, sectores doctrinales han interpretado a la referencia al art. 15 ET como una mera reafirmación de la presunción de fijeza de los contratos: J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Regulación del trabajo a tiempo parcial: balance y perspectivas", A.L., Tomo I, 1994, págs. 170 y 171. También en M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo", cit., pág. 160.

Las dudas de compatibilidad con otras modalidades de duración limitada en el tiempo son resueltas definitivamente por el art. 12.2 ET, en su redacción dada por el art. 40 de la Ley 42/94, de 30 de diciembre, de MFAOS y por el RD. Legislativo 1/95, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que como se hace hoy asume la posibilidad de jornada parcial en las modalidades contractuales de duración determinada respecto de los supuestos en que legalmente se permitan, excluyéndose únicamente de forma expresa el contrato de aprendizaje o de formación (por todos: A. MARTÍNEZ DE VIÉRGOL LANZAGORTA, "La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial", RTSS, nº. 20, 1995, pág. 57).

⁴ De tal manera, la doctrina ya había negado tal posibilidad atendiendo al régimen del salario del aprendiz previsto por el art. 11 del RD 2317/93, y que presuponia una jornada completa entre tiempo de formación y tiempo de trabajo efectivo, sólo reducible en su tiempo de trabajo efectivo si en paralelo se aumenta el tiempo de formación (A. BAYLOS GRAU, "Trabajo a tiempo parcial, fijo discontinuo y contrato de relevo", cit., pág. 143; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Regulación del trabajo a tiempo parcial: balance y perspectivas", cit., pág. 170. En el mismo sentido: A. PEDRAJAS MORENO, "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 417 y en "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 141). Incluso en la posibilidad prevista en el actual art. 11.2.e) ET, la desaparición del tiempo dedicado a la formación teórica se vincula al incremento proporcional del tiempo no dedicado a ella. O bien, en atención a la dificultad de aplicar el principio de proporcionalidad, ya que habría de reducirse el tiempo dedicado a la formación teórica que tiene un límite mínimo del 15% de la jornada máxima prevista en el convenio y que depende, en todo caso, de las características del puesto de trabajo u oficio (arts. 11.2.e) ET y art. 10.2 RD 488/98, de 27 de marzo) (A. PEDRAJAS MORENO, "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial...", cit., págs. 417 y en "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 141). Así como por su régimen de cotización de tarifa reducida, no proporcionable a la reducción del tiempo de trabajo (A. BAYLOS GRAU, "Trabajo a tiempo parcial, fijo discontinuo y contrato de relevo", cit., págs. 142 y 143).

El contrato de aprendizaje o de formación no es una forma especial de trabajo a tiempo parcial sino un contrato de trabajo con causa compleja (trabajo-salario, trabajo-formación), lo cual se corroboraría por su régimen jurídico, particularmente en lo que se refiere a las faltas de puntualidad, de asistencia o de aprovechamiento en las enseñanzas teóricas, enfermedades o accidentes de trabajo y, desde luego, al mantenimiento de los deberes complementarios o accesorios durante el periodo lectivo (A. OJEDA AVILÉS, "Las nuevas formas de contratación laboral", cit., pág. 72).

mación⁵, y lo que es más probable, con la intención de evitar contrataciones en extremo precarias⁶, de fraude difícilmente controlable y dirigidas ambas en gran medida a una misma facción social del mercado de trabajo⁷.

Es claro que el contrato para la formación es incompatible con el contrato fijo discontinuo, habida cuenta de la temporalidad de aquél. Otra cuestión es la de si las tareas o actividades fijas periódicas pueden ser objeto de contratación a través de esta particular contratación temporal⁸. Desde luego, el contrato para la formación podría cubrir aquéllas cuando la duración de los períodos de actividad, o la suma de éstos y los tiempos de formación teórica concentrados en los períodos de inactividad ex art. 10.2 RD. 488/1998⁹, abarcasen la duración mínima legal o la que en su caso previese el convenio colectivo sectorial (art. 11.2.c) ET). Tampoco en tales casos habría problema en aceptar la repetición de la contratación para la formación en las sucesivas temporadas hasta alcanzar el máximo legal o convencional¹⁰, aún cuando probablemente se trataría de prórrogas del contrato y por tanto limitadas en su número, dado que la interrupción intertemporadas no podría considerarse una solución de continuidad entre los contratos¹¹.

⁵ Razón de incompatibilidad que observada aisladamente decae en el supuesto previsto en el art. 11.2.e) ET cuando se entienda cumplido el requisito de formación teórica (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo...", cit., pág. 189). Por otra parte, también sectores doctrinales han expuesto reticencias a la admisión del contrato en prácticas a tiempo parcial de jornada muy reducida en atención a similares razones de finalidad formativa (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", Comares, Granada, 1999, págs. 30 y 31; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 187 a 189).

⁶ A. MONTOYA MELGAR, J. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO, B. RÍOS SALMERÓN, "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores", Aranzadi Editorial, Pamplona, 1995, pág. 68.

⁷ También desde una perspectiva funcional de mercado de trabajo, la yuxtaposición de dos modalidades contractuales dirigidas a la contratación de jóvenes, podría ser menos eficaz que la separación de ambas medidas (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág.186; F.J. PRADOS DE REYES, "El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación", en AAVV -Coord. M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer-, "Comentarios a la nueva legislación laboral", Madrid, 1985, pág. 54).

⁸ El contrato en prácticas no tendría ningún problema en tener como objeto actividades fijas periódicas puesto que no está excluida la jornada parcial. Admite el contrato de prácticas en el fijo discontinuo, por ejemplo: S. TSJ. Andalucía/Málaga 15-12-1992 (6292).

⁹ Sólo el convenio colectivo puede acumular los tiempos de formación teórica en los períodos de inactividad (art. 10.2 RD 488/98) (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 187). No obstante esto supone una disfunción económico-social, pues en tales períodos no habría salario, por lo que algunos autores proponen que se compense con alguna forma de retribución (E. LILLO PÉREZ, "El fraude de ley en los contratos formativos", en AAVV -Coords. J. Cabeza Pereiro, J.F. Lousada Arochena y M. Movilla García-, "La contratación laboral atípica. 20 Jornadas de Otoño de Derecho Social", Comares, Granada, 1999, págs. 130 y 131). Además podría contradecir la lógica de una programación formativa coherente que normalmente exigirá una alternancia entre trabajo efectivo y formación teórica (E. MARTÍN PUEBLA, "Formación profesional ...", cit., pág. 261).

¹⁰ Art. 11.2.d), párr. primero ET y art. 23 RD. 488/99, de 27 de marzo, que, con una finalidad de inserción más que de una programada y consciente finalidad formativa, no impide la concertación de varios contratos de formación, siempre que no se supere la duración máxima en el conjunto de ellos [vid. S. TSJ. País Vasco 11-6-2000 (AS. 2579)]. En este sentido: I. ALBIOL MONTESINOS, "Contratos formativos: prácticas y aprendizaje", TB, Valencia, 1994, págs. 61 y 62].

¹¹ También, caso de ser los contratos en prácticas varios con la misma empresa en temporadas sucesivas, y fundados en el mismo título habilitante, no parece, en consecuencia, que debieran computarse exclusivamente la duración de aquéllos a efectos de los referidos máximos si se aprecia la existencia de una sola línea contractual; de lo contrario, se estaría eludiendo la regla de duración máxima pactando formalmente diversos contratos de prácticas para actividades de ciclo discontinuo y se soslayaría el particular carácter que debe otorgar la fijeza discontinua a lo que deba considerarse como "solución de continuidad" entre contratos (en contra: I. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo...", cit., pág. 189). No obstante, y precisamente por esto último surge un nuevo problema, y es el de identificar cuándo se trata verdaderamente de un nuevo contrato o de una prórroga de aquél y, en este caso, si es inexorable la necesidad de pacto antes del vencimiento del término inicialmente establecido (véase: C. MORADILLO LARIOS, "Los contratos de trabajo", CISS, Valencia, 1996, pág. 215).

El problema está entonces, en si es posible la suspensión del contrato en los períodos de inactividad de manera que se comporte como un fijo discontinuo, bien para poder satisfacer los mínimos de duración computados únicamente los tiempos de actividad, bien para abarcar sencillamente diversas temporadas. Siguiendo una interpretación rigorista del art. 12.2 ET no sería posible, pues con tales suspensiones –que no lo son, pues son estructurales y no responden a una situación anormal o extraordinaria- no se haría sino permitir una modalidad de contrato a tiempo parcial para la formación. Sin embargo, y como razón de orden práctico, caso de negarse la posibilidad de concertación del contrato de formación en trabajos fijos discontinuos incardinables en el art. 12 ET se estaría excluyendo esta modalidad contractual para amplios sectores de actividad y profesiones¹², para los que, no obstante, estuvo permitida en tanto el fijo discontinuo constituyó una modalidad contractual autónoma¹³. Es más, carecería de toda lógica, negar el contrato de aprendizaje o formación cuyo objeto sea la realización de tareas fijas periódicas y admitirlo por razones de índole formal cuando aquéllas sean fijas discontinuas inestables, por cuanto el primero de los subtipos es menos precario y sus tiempos de actividad se conocen previamente con lo que permiten una mejor programación de la formación y trabajo. Por otra parte, en los trabajos discontinuos periódicos no concurren por sistema las razones que han justificado la incompatibilidad del contrato de formación y el trabajo a tiempo parcial; durante los períodos de actividad su jornada sería a tiempo completo, con lo que se asemeja más al trabajador temporal que al trabajador con jornada parcial. Y tampoco puede prescindirse del hecho de que los períodos de actividad en numerosas ocasiones pueden superar la duración mínima de seis meses prevista en el art. 11.2.c) ET. Por consiguiente, parece más coherente aceptar la transversalidad del contrato de formación respecto de actividades o tareas fijas discontinuas periódicas, al menos, seguro, cuando los períodos de actividad alcancen la duración mínima de los seis meses a jornada completa, así como cuando se deduzca de la regulación particular y adaptativa prevista en el Convenio Colectivo, siempre conforme a las posibilidades y márgenes previstos en el referido art. 11.2.c) ET. No obstante, y dada la importante diversidad apreciable en los trabajos fijos discontinuos, la compatibilidad que defendemos del contrato en prácticas y para la formación sólo puede entenderse como una afirmación general que no ampara supuestos en que no se satisfagan suficientemente las finalidades formativas de ambos contratos (caso, por ejemplo, de períodos de actividad muy escasos y separados por espacios muy dilatados de tiempo). En este ámbito, consecuentemente, el Convenio Colectivo puede cumplir una trascendental labor a efectos de especificar la adaptación de tales contratos y su adecuación a la actividad.

Caso de admitirse tales, llamémosle nuevamente, suspensiones ¿qué efectos tendrían sobre el cómputo de la duración mínima y máxima del contrato? Nada impediría, es más, podría considerarse estrictamente necesario, que en virtud de pacto o por disposición del convenio colectivo no computasen dichos períodos suspensivos

¹² J. CRUZ VILLALÓN, "Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos", *Tribuna Social*, nº. 85, 1998, págs. 36 y 37; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág.186.

¹³ En este sentido: J. CRUZ VILLALÓN, "El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la ley 32/84", *R.L.*, nº. 6, 1985, pág. 1044; B. RÍOS SALMERÓN, "La contratación de trabajadores fijos discontinuos", cit., pág. 22.

cuando de una garantía de duración mínima del contrato se tratase y por la entidad de los mismos se vieses perjudicados sus objetivos formativos (art. 19.2 RD. 488/98)¹⁴. Sin embargo esta posibilidad no puede aceptarse cuando de cómputo de duración máxima se trata, por razón de la diversa finalidad que en gran medida persiguen garantizar uno y otro límites¹⁵. Entonces conforme a las particularidades, matices y excepciones que pueda prever el Convenio podrán computarse exclusivamente los tiempos de actividad cuando así esté justificado por la finalidad formativa del contrato, sin que puedan superarse en ningún caso con dicha práctica los máximos que correspondan conforme al art. 11 en sus apartados 1.b) y 2.c) ET¹⁶. Por otra parte, parece que las reglas de cómputo global de la duración del contrato tienen más sentido cuando se trata de límites a la contratación por la misma empresa a modo de factor corrector en su dimensión de contrato de fomento-inserción. Sin embargo, la extensión de tal criterio general a la contratación con otras empresas no parece que siempre sea lo más adecuado ni desde una perspectiva formativa —el nivel de formación puede ser inferior cuando de prestaciones a tiempo parcial se trata—, ni desde una visión de su dimensión de instrumento de inserción, pues los efectos se pueden sufrir fundamentalmente por el trabajador al limitar las posibilidades de su contratación por haber sido previamente contratado con jornada reducida o, lo que es lo mismo, suspensiones acordadas¹⁷. Nuevamente en estos aspectos, el convenio colectivo sectorial, dentro de los límites máximos, podrá articular reglas de adaptación a las actividades cíclicas.

Respecto de la admisibilidad de la contratación temporal de fomento del empleo con jornada a tiempo parcial tampoco se ha opuesto por la doctrina ningún inconveniente. Normalmente se ha venido admitiendo aquélla sin dificultad aún sin

¹⁴ En este sentido, el convenio colectivo puede prever la suspensión -no cómputo- de los períodos de inactividad de tales períodos mínimos cuando éstos sean muy amplios y concentrados, tal y como se admite en los supuestos suspensivos del art. 45 ET (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 187 a 189). En términos más generales, cuando la duración de la suspensión afecte a la finalidad formativa del contrato, las partes deberán acordar la ampliación de la duración del mismo (E. MARTÍN PUEBLA, “Formación profesional y contrato de trabajo”, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pág. 243).

¹⁵ Diversidad que reconoce: F. DURÁN LÓPEZ, “El contrato de trabajo en prácticas: formación, inserción laboral y fomento del empleo”, en AAVV, “Reforma de la legislación laboral”, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 152).

¹⁶ En esta dirección advierte GONZÁLEZ DEL REY que el cómputo exclusivo de los períodos de actividad no puede dar lugar a un engrosamiento artificial o fraudulento de la duración del contrato o sus prórrogas con la sola finalidad de cumplir formalmente tales requisitos (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 174, 175 y 190). También en este sentido, respecto de los dos primeros años de vigencia del permiso de trabajo en los que puede concertarse el contrato de formación: J.M^a. GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación laboral...”, cit., pág. 38.

¹⁷ El criterio de cómputo global que debe seguirse en principio en la limitación prevista en el art. 11.1.c) ET, dada la indiferencia del carácter parcial -o fija discontinua- de la jornada puesto que está permitida para el contrato en prácticas sin presunción de afección, desde la perspectiva del legislador, de su finalidad formativa (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 190 y 191). Sin embargo en mi opinión resulta más dudoso respecto de los límites a la contratación en prácticas y formación por otras empresas. También, respecto del contrato de formación del art. 11.2.d) ET, segundo párrafo, conforme al que no se podrán celebrar contratos para la formación que tengan por objeto la cualificación del trabajador para un puesto de trabajo «desempeñado con anterioridad» por éste en la misma empresa «por tiempo superior a doce meses». La aparente razón de inexistencia en tal caso de causa formativa, unido a la referencia a los «meses» y al hecho de que en el contrato de formación no se permita la jornada a tiempo parcial, parecen apuntar al cómputo exclusivo de los períodos de trabajo efectivo (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato...”, cit., págs. 190 y 191), y se sumará a los efectos de alcanzar la duración máxima del contrato [S. TSJ. Castilla-La Mancha 5-4-1993 (AS. 2034)]. Aún cuando a la vista de su tenor literal, ha sido cuestionada tal finalidad pues permitiría la experiencia del trabajador superior a los doce meses en otra empresa (M.A. BALLESTER PASTOR, “El contrato de formación y otras formas de contratación laboral en alternancia”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 67).

existir reconocimiento expreso de tal posibilidad por las normas de referencia¹⁸. Mayores inconvenientes se han apreciado en la transversalidad del contrato temporal de fomento del empleo y las actividades fijas discontinuas por razones fundamentalmente vinculadas al respeto de los tiempos mínimos de duración-cotización, relacionados normalmente éstos con la carencia exigida a efectos de prestación por desempleo¹⁹. Siendo éste un inconveniente indudable, puede verse soslayado en cierta medida, como hemos propuesto respecto de los contratos de formación, a partir del entendimiento de que tales mínimos –sólo éstos– deben satisfacerse por el cómputo exclusivo de los tiempos de actividad²⁰.

Pese a todo, en determinadas ocasiones y en relación con diversos mecanismos del fomento del empleo, ha recibido un trato peyorativo, desincentivador o, sencilla y directamente, ha sido excluido en su uso por parte del legislador. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la exclusión del trabajo a tiempo parcial de las contrataciones susceptibles de utilización respecto de la jubilación anticipada como medida de fomento del empleo del RD 1184/85, de 17 de julio. No obstante, tal excepción respecto de la viabilidad del contrato a trabajo a tiempo parcial sólo puede interpretarse en la actualidad en el sentido finalista de prohibición de pérdida de jornada con la sustitución del trabajador, lo que se impone no sólo por la lógica de la específica medida de fomento del empleo y de facilitación del acceso voluntario y anticipado a

¹⁸ Relegado el contrato temporal de fomento del empleo a la contratación de trabajadores minusválidos a partir del RD-L 8/97, posteriormente, L. 63/97, y prorrogada todos los años por las Leyes de acompañamiento la medida recogida en la disposición adicional sexta de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y de orden social, en relación al art. 44 L. 42/94, no ha supuesto ningún cambio al respecto la disposición adicional tercera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Vid. También la Disp. Adici. Sexta L. 24/2001, 27-12, MFAOS. Sobre la contratación temporal de fomento de trabajadores minusválidos, véase, por ejemplo: I. ALZAGA RUIZ, "Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial", Edersa, Madrid, 2000, págs. 109 y ss.

¹⁹ No cabe duda de la compatibilidad de los contratos coyunturales y la fiexa periódica de las tareas. Y ello por cuanto éstos, al no tener una causa objetiva de temporalidad, pueden tener por objeto trabajos o tareas fijas en la empresa (V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, "El contrato de trabajo fijo...", cit., págs. 608 a 610; B. RÍOS SALMERÓN, "La contratación de trabajadores fijos discontinuos", cit., págs. 21 y 22). Por el contrario, TARRAGA POVEDA mostró sus dudas respecto de la cobertura de las necesidades fijas discontinuas a través de contratos coyunturales y parece tender al rechazo de la misma en función de diversas razones, tales como que el legislador no reconocía expresamente tal posibilidad a diferencia del trabajo a tiempo parcial; la disfuncionalidad del establecimiento de tiempos mínimos de trabajo-cotización, difícilmente garantizables en el fijo discontinuo; la fortaleza del reconocimiento del deber de llamamiento y la dirección del legislador tendente a la protección de la estabilidad en el empleo de el trabajador fijo discontinuo (J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., págs. 73 a 78). Sin embargo, en nuestra opinión, el no reconocimiento expreso de tal posibilidad, a semejanza de la manera en que se hacía respecto del trabajo a tiempo parcial, así como la rotundidad del reconocimiento del deber de llamamiento, no es justificación suficiente para rechazar la posibilidad de contratación temporal de fomento del empleo, puesto que la norma lo que perseguía era proclamar y garantizar el carácter indefinido del contrato. A partir de ahí, las excepciones coyunturales a la estabilidad en el empleo en orden al fomento del mismo no deberían conocer más especialidad que la expresamente se previese, lo cual, evidentemente, no se hizo ni se ha hecho [argumento que utiliza la S. TSJ. Baleares 22-10-1991 (5799) respecto de la compatibilidad del contrato de lanzamiento de nueva actividad y la prestación fija discontinua]. También admiten el contrato temporal de fomento del empleo en actividades fijas discontinuas, por todas: S. TSJ. Andalucía/Granada 21-9-1989 (305); S. TSJ. Andalucía/Málaga 18-5-1993 (2289). Parece negar el contrato temporal de fomento del empleo para trabajos fijos discontinuos en un contexto de petición de subsidio de desempleo la S. TSJ. Andalucía/Granada 30-6-1993 (2851).

²⁰ J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral ..." , cit., pág. 127; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos..." , cit., págs. 75 y 76. El cómputo de los máximos se hará desde el principio de la relación para evitar la eternización de la temporalidad coyuntural del vínculo en correspondencia con las intenciones del legislador al fijar aquéllos (J. CRUZ VILLALÓN, "El contrato de trabajadores fijos discontinuos ..." , cit., pág. 1042; B. RÍOS SALMERÓN, "La contratación de trabajadores fijos discontinuos" , cit., págs. 22 y 23). Por otra parte, la cobertura de esos mínimos de duración-cotización pueden plantear disfunciones respecto del fijo discontinuo irregular en la medida en que no se garantice tal cobertura de tiempo de trabajo efectivo (J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos..." , cit., pág. 76).

la jubilación, sino también en atención al principio de equiparación y de normalización de dicho contrato; de lo contrario, los trabajadores a tiempo parcial estarían excluidos de esta posibilidad de jubilación. Esta posición, sostenida por la S. TS. 18-3-2002²¹ y que compartimos plenamente, es coherente y hasta se reafirma desde la perspectiva que impone la calificación del fijo periódico como contrato a tiempo parcial; de mantenerse una posición restrictiva en la interpretación del precepto necesariamente conllevaría la expulsión de esta medida para importantes sectores de actividad, y en cambio para mayor desconcierto, la admisibilidad del fijo discontinuo irregular en la sustitución, tal y como se admitió en etapas precedentes en que mantuvo su autonomía contractual²².

El grueso de los contratos temporales no presentan problemas de compatibilidad con el contrato de trabajo a tiempo parcial. Así, el art. 5 del RD 2720/98, de 18 de diciembre, reconoce que tanto el contrato para obra o servicio determinado, como el contrato eventual por circunstancias de la producción podrán celebrarse indistintamente a jornada completa o a tiempo parcial²³. No obstante, el Tribunal Supremo ha rechazado la transversalidad del contrato eventual respecto de los incrementos de actividad cíclica irregular en sus sentencias de 17-12-2001²⁴. Este designado “eventual a llamada”, en mi opinión, no constituía sino una respuesta adaptativa de la negociación colectiva a las particularidades del sector de actividad, enmarcada en un contexto de potenciación de la estabilidad del empleo, y con un objeto contractual relativamente indeterminado que será abordado sucintamente en el Capítulo III²⁵. Por otra parte, también respecto del contrato de obra cabe afirmar ocasionalmen-

²¹ RJ. 5211, que confirma la S. TSJ. Navarra de 30-12-2000 (AS. 2001/264) y descarta la posición contraria sostenida por la S. TSJ. Asturias 20-3-1998 (AS. 539). Consiguientemente, el trabajador a tiempo parcial puede acceder a esta jubilación especial siendo útil a los efectos de sustitución un contrato de tales características –o a tiempo completo-. E igualmente, como refleja el supuesto resuelto por la referida sentencia del Tribunal Supremo, cabe sustituir al trabajador con una pluralidad de contratos a tiempo parcial cuya suma alcance el total de la jornada cedida.

²² Muestra de ello es la S. TSJ la S. TSJ. Baleares 7 de julio 1992 (3913), discutidos con tres argumentos fundamentales: la no exclusión expresa por parte del art. 3 del RD 1194/83, 17 de julio, de los contratos que tuviesen por objeto la realización de trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa; los efectos negativos de marginación de estos beneficios a un importante sector laboral de servicios de temporada, que contribuyen a corroborar la exigencia de exclusión expresa; y el cumplimiento del requisito de que la duración de la relación se prolongue a lo largo de un año por ser una modalidad indefinida. Más recientemente, mantiene esta doctrina la S. TSJ. Baleares 9-6-2003 (AS. 3972).

²³ Tampoco ha habido problema en la concertación de un contrato de lanzamiento de nueva actividad a tiempo parcial: por ejemplo en la S. TSJ. La Rioja 11-4-2000 (2326).

²⁴ RJ. 2002/2028 y 2116.

²⁵ Por el contrario, también en dicho capítulo rechazaremos la licitud del contrato fijo discontinuo «a llamada» en las ETTs y con el que se pretenda ceder al trabajador a las empresas usuarias que contraten con aquéllas, lo que es distinto del supuesto del art. 10.3 L. 14/94, en que están plenamente determinados los contratos de puesta a disposición sucesivos en el momento de la firma del contrato de trabajo. Respecto de las ETTs no es posible la concertación del contrato de relevo para sustituir a trabajador de la empresa usuaria, por no estar incluido expresamente en el art. 15 ET, al que se remite el art. 6.2 L. 14/1994, y por no satisfacer la finalidad de relevo generacional que implica este contrato de reparto-fomento del empleo (F.J. CALVO GALLEGOS, “El contrato de puesta a disposición”, en AAVV –dirs. M^ªF. Fernández y M.C. Rodríguez-Piñero-, “Diez años desde la regulación de las empresas de trabajo temporal. Balances y Perspectivas”, Mercabulum, CARL, Sevilla, 2004, pág. 126). Igualmente, resulta inadmisibles la cobertura de tareas fijas discontinuas a través de contratos de puesta a disposición: SS. TSJ. Baleares 14-1-2005 (AS. 103) y 24-10-2000 (AS. 4306); S. TSJ. Comunidad Valenciana 25-4-2002 (AS. 2003/1123). Cabe, no obstante, la contratación interina para sustituir a un fijo discontinuo en la empresa usuaria. También la S. TSJ. Madrid 29-4-2003 (AS. 3268) ha admitido la contratación fija discontinua por la ETT para satisfacer necesidades fijas discontinuas de la empresa usuaria en virtud de contrato de puesta a disposición justificado en reorganización interna de carácter transitorio. Se basa la sentencia en la posibilidad de concertación de contrato indefinido del art. 10.1 L. 14/1994, art. 15.8 ET, y en el pacto con la representación de los trabajadores dirigido a la potenciación de la estabilidad del personal.

te su transversalidad con las tareas “fijas” discontinuas. Una vez aceptado que el contrato de obra o servicio determinado tenga por objeto la realización de una contrata, lo razonable es que la duración del contrato se vincule a aquélla y no a las unidades discontinuas que contenga y que carecen de autonomía y sustantividad propias dentro de la misma. La solución puede ser idéntica caso de prórroga de la contrata²⁶.

Sí se imponen límites a la jornada parcial en el contrato de interinidad²⁷, de manera que sólo podrá celebrarse con dicha jornada reducida cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar con tal jornada; bien cuando el contrato se realice para completar la jornada vacante de aquél que la reduce temporalmente en virtud del art. 37, apartados 4 bis y 5 ET, o de cualesquiera otras previsiones legales o convencionales. De esta manera se causaliza la jornada del trabajador interino, extendiéndose a dicho ámbito la razón estructural de la modalidad contractual²⁸. La razón del límite a la jornada a tiempo parcial del interino es relativamente difícil de identificar, puesto que, como ya se indicó por un sector doctrinal, dicho contrato no se impone en absoluto al empresario caso de concurrencia de las causas que legitiman tal contratación temporal²⁹. Entendemos que su justificación se

²⁶ La solución que proponemos no es del todo desconocida por nuestros Tribunales [vid: S. TS. 23-6-1998 (RJ. 5483). También la S. TSJ. Cataluña 17-1-2000 (AS. 79) respecto de utilización del contrato de obra para tareas fijas discontinuas en una cobertura de vacante. Asimismo parece que lo aplica la S. TSJ. Andalucía/Málaga 25-6-1999 (AS. 1856), en un supuesto de contrato de interinidad para labores de extinción respecto de las que niega la fijeza discontinua y las califica, en cambio, como labores propias del contrato de obra o servicio determinado. Sin embargo, en virtud de dicho contrato de interinidad, se llama al trabajador en las sucesivas temporadas. No obstante, otras sentencias niegan el derecho a ser nuevamente contratadas en la siguiente concesión [S. TSJ. Aragón 9-3-1994 (AS. 1320)].

²⁷ En contra, considera que para la sustitución de trabajadora a tiempo completo puede contratarse a la suplente a tiempo parcial, pues no se deriva tal límite del art. 12.2 ET ni tiene sentido pues no se impone la contratación de la interina en ningún caso: S. TSJ. Castilla-La Mancha 16-12-2002 (JUR 2003/62309).

Respecto de las tareas fijas discontinuas véase nota anterior. Nuestros Tribunales han asumido e incluso acertadamente impuesto, el contrato de interinidad de prestación discontinua para cubrir un supuesto de vacante o con derecho de reserva en puesto de trabajo fijo discontinuo, con aplicación del régimen jurídico de la relación que viene a sustituir (derecho de ocupación cíclica y, eventualmente, del régimen de llamadas, despido, caducidad, etc): S. TSJ. Andalucía/Sevilla 10-1-1992 (AS. 1046); S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 16-11-1993 (AS. 5091); S. TSJ. La Rioja 12-12-1994 (AS. 4712); S. TSJ. Castilla y León/Burgos 27-7-1994 (AS. 2944); S. TSJ. Andalucía/Granada 22-5-1996 (AS. 1546); S. TSJ. Comunidad Valenciana 7-2-1997 (AS. 1100); S. TSJ. Cataluña 17-1-2000 (AS. 626); SS. TSJ. Galicia 29-2-2000 (AS. 486) y 31-10-2000 (AS. 3545). Aún cuando las irregularidades en la contratación no lo conviertan en fijo discontinuo de plantilla sino que den lugar a una interinidad indefinida que se actualiza periódicamente, por cuanto no puede pretenderse la fijeza en la plantilla fuera del cauce regular del art. 103 CE: S. TSJ. Murcia 3-4-2000 (AS. 1034) y S. TSJ. País Vasco 15-2-2000 (AS. 3266).

Sí puede resultar en ocasiones problemática la interinidad para sustituir a un trabajador fijo discontinuo no estable pues en tal supuesto el sustituto será el siguiente conforme a los criterios de orden que se determinen en los convenios colectivos, normalmente antigüedad en la especialidad, en cuyo caso, la contratación interina o, en general temporal, sólo se podrá realizar una vez agotada la lista de trabajadores fijos discontinuos de la especialidad [S. TS. 27-9-1998 (RJ. 7129); véase también: S. TS. 23-10-1995 y S.TSJ. Navarra 22-6-1998 (AS. 2533)]. Aún cuando ello sea así, no es motivo de rechazo, pues sigue correspondiéndose realmente con la cobertura legal del contrato sin que pueda apreciarse un objeto indeterminado en el contrato, como tampoco se aprecia respecto de los fijos discontinuos que sustituye. No obstante, en opinión de un sector doctrinal, si no se admite el contrato eventual “a llamada”, tampoco puede admitirse el interino discontinuo irregular: J. TARRAGA POVEDA, “El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial”, Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 31.

²⁸ S. DEL REY GUANTER Y A. VALVERDE ASENSIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 18, 1999, pág. 3.

²⁹ Al desconocerse la comentada limitación bajo el precedente RD 2546/94, de 29 de diciembre, fue negado por sectores doctrinales en cuanto el empresario no está obligado a contratar al interino, por lo que no tiene sentido limitar la contratación a tiempo parcial de éste (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 182).

encuentra en una noción purista del contrato de sustitución³⁰, en el hecho de que se encuentren fuertemente bonificados algunos de ellos vinculados a la tutela de la igualdad y conciliación de la vida familiar³¹, así como en constituirse en garantía individual y colectiva que impida que el contrato de trabajo se convierta en una vía de precarización de un puesto de trabajo, más esencialmente, de pérdida o amortización temporal de jornada, y por supuesto, de facilitación del fraude a la contratación a tiempo completo. De esta manera, en nuestra opinión, la jornada parcial del interino tendrá que ser en principio la misma que la del trabajador sustituido, plaza vacante o jornada excedente tras la reducción, puesto que de lo contrario podría dejarse vacío de contenido dicho precepto, sin que sea tampoco admisible a sensu contrario la contratación en interinidad de una jornada superior a aquélla³²; de lo contrario, en tales supuestos la lógica de la causa del contrato de interinidad quedaría en entredicho –por no decir la de su bonificación– respecto de ese exceso de jornada. El problema que se genera no es tal, puesto que, en su caso, siempre se podrán celebrar por la empresa y trabajador dos contratos a tiempo parcial simultáneos e independientes. Por otra parte, y aún cuando el precepto se refiere a la jornada del trabajador sustituido o plaza vacante, nada impide, en nuestra opinión, que motivado por razones de reorganización de la plantilla, o de promoción de trabajadores a tiempo parcial a jornada completa de modo temporal, la jornada vacante o la sustitución del trabajador se cubra en todo o en parte por otros de la plantilla (art. 4.2.a) RD 2720/98)³³. De hecho esta opción puede tener su fundamento, incluso, en un desarrollo convencional de las previsiones del art. 12.4.e) ET. En tales supuestos el contrato de interinidad que se celebre podrá tener, en nuestra opinión, como límite referente la jornada del trabajador suplente, siempre y cuando tales movimientos no supongan amortización temporal de la jornada a que se refiere al art. 5.2 RD 2720/98, o más claramente, de ambos trabajadores o puestos de trabajo. Caso de vulneración de la regla

³⁰ Así un sector doctrinal consideró tal limitación razonable pero sin apoyo legal en (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, Comares, Granada, 1999, pág. 30). Por el contrario, la S. TS. (sala de lo contencioso-administrativo) 25-6-2001 (véase en Revista de Trabajo y Seguridad Social, Legislación y jurisprudencia, n.º. 224, 2001, págs. 170 a 173) afirma que la prohibición contenida en el art. 5.2 RD 2720/98 de realizar un contrato a tiempo parcial para sustituir a un trabajador a jornada completa no constituye un exceso reglamentario del art. 15 ET, sino la forma más directa de desarrollo de un contrato legalmente previsto como de sustitución, sin perjuicio de otras distintas y posibles opciones reglamentarias, igualmente legítimas.

³¹ Es el caso de la sustitución del trabajador en excedencia del art. 46.3 ET (Disp. Adic. Décimocuarta ET); las sustituciones de trabajadoras en suspensión por riesgo durante el embarazo, disfrute del permiso de maternidad, adopción y acogimiento (art. 1 RD-L. 11/98, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. Véase en relación con la cotización de los trabajadores sustituidos la Disp. Adicional segunda L. 12/2001). También, respecto de las bonificaciones de los contratos de interinidad celebrados para sustituir a minusválidos con el contrato suspendido por Incapacidad Temporal (L. 45/2002, de 12 de diciembre, de Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad).

³² Por el contrario, en defecto de previsión expresa admite plena libertad en la determinación de la cantidad de jornada parcial: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 42 y 43.

³³ En opinión de un sector doctrinal, no parece, en cambio, dada la comentada causalización de la jornada parcial del interino que el puesto de trabajo a cubrir se pueda dividir fácilmente en dos contratos interinos a tiempo parcial (véase: S. DEL REY GUANTER Y A. VALVERDE ASENSIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º. 18, pág. 32). Una crítica al art. 4.2.a) RD 2720/98 en: I. ALZAGA RUIZ, “Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial”, Edersa, Madrid, 2000, págs. 99 a 101.

el trabajador podrá reclamar su declaración como trabajador a tiempo completo o, en su caso, a tiempo parcial con una jornada distinta, con efectos desde el comienzo de dicha relación³⁴.

El artículo ocho del RD-L 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad ha introducido lo que al menos a nivel legal se podría considerar una nueva modalidad de contratación temporal³⁵. Según se deduce tanto en el art. 15.1.d) ET. en la versión del referido RD-L 5/2001, como su reformada redacción por el art. nueve de la L. 12/2001, el contrato a tiempo parcial también es compatible con el contrato de inserción³⁶. Así no supone ningún obstáculo su finalidad de

³⁴ C. L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales", cit., pág. 42.

³⁵ La novedad, no obstante es relativa, puesto que, ubicado el contrato de inserción en la nueva letra d) del apartado 1 del art. 15 ET., se ha identificado por la doctrina desde su aparición como una probable normalización del «empleo comunitario» realizado al amparo de los convenios de colaboración (I. BALLESTER PASTOR y A. VICENTE PALACIO, "La contratación temporal estructural. Modificaciones operadas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", *Tribuna Social*, nº 124, 2001, pág. 21; D. BENEYTO CALABUIG, "La reforma laboral de 2001", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 217, 2001, pág. 66; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", *R.L.*, nº 1 10, 2001, pág.110; C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo...", cit., págs. 25 y 26; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, "La reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»", *R.L.*, nº. 7, 2001, pág. 13. Sobre sus diferencias subjetivas y objetivas con los contratos de colaboración social del art. 213 LGSS. y RD 1445/92, de 25 de junio, consúltese: I. BALLESTER PASTOR y A. VICENTE PALACIO, "La contratación temporal...", cit., págs. 21 y 22; J.M^a. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación laboral...", cit., págs. 42 y 43). Tal carácter ha sido confirmado por la L. 12/2001 (Disposición Adicional quinta, por la que se incluye una nueva disposición adicional decimosexta del ET). Por consiguiente, insiste la doctrina, la novedad se centra en gran medida en el reconocimiento a nivel legal de una práctica que ya se venía posibilitando a nivel reglamentario (C. MOLINA NAVARRETE, "El «último» capítulo de la primera fase de reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*", nº. 221-222, 2001, pág. 98. Un estudio del contrato de inserción también en: M. CARDENAL CARRO, "Cuestiones relativas a la contratación temporal estructural", en AAVV, "Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001", cit., págs. 89 y ss.).

³⁶ Desde luego, el contrato de inserción es incompatible por razón de definición con el contrato fijo-discontinuo, ya periódico ya sea irregular; no sólo porque se configure normativamente como temporal, sino porque su finalidad es de carácter solidario, de inserción, y no la de constituirse en sí en un empleo definitivo. Otra cuestión es si las actividades permanentes y, en su caso concretamente las fijas periódicas, pueden ser objeto de esta contratación aún sometida a límites temporales. En definitiva, de si el contrato de inserción funciona a tales efectos de manera similar al contrato de fomento del empleo, o dicho de otro modo, de si la temporalidad del contrato se configura de manera interna o externa a su objeto. Sectores doctrinales han admitido que las obras y servicios de interés general o social sean de carácter permanente, a depender de su exacta configuración reglamentaria: J.M^a GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación laboral ...", cit., págs. 44 y 45; R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, "El contrato de inserción [art. 15.1.d) ET]", *RMTAS*, nº 33, 2001, págs. 204, 207 y 208; N. SIRVENT HERNÁNDEZ, "El contrato de inserción ...", cit., pág. 140; J. TOROLLO GONZÁLEZ, "El contrato de inserción", *AS*, nº 7, 2001, págs 89 y 90. Otros, aún cuando admiten que los trabajos no tienen que tener carácter extraordinario, denuncian las consecuencias que conllevan de descausalización de la contratación temporal en las Administraciones Públicas y el peligro de sustitución del empleo estable por el de inserción (C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo ...", cit., págs. 29 a 31). En contra, aún dependiendo de su desarrollo reglamentario, por considerarse una subespecie del contrato de obra: I. BALLESTER PASTOR y A. VICENTE PALACIO, "La contratación temporal estructural. Modificaciones ...", cit., págs. 21 y 22. También muestran sus dudas sobre su consideración como subespecie de contrato de obras o si se está reconociendo otra causa de temporalidad: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos ...", cit., págs. 110 y 111; A.V. SEMPERE NAVARRO, "Una «Reforma» vigésimosecular (A propósito del Real Decreto-Ley 5/2001)", *Aranzadi Social*, nº 1, 2001, pág. 20. Aún cuando en la actualidad parece rechazar la posibilidad de asunción de tareas permanentes la configuración intrínseca de los programas como temporales (anuales) y la exigencia de que las obras o servicios se ejecuten o presten dentro del año natural de la subvención (por Ejemplo: art. 5.1.d) O. 19-12-1997 y art. 4.e) O. 26-10-1998), lo cierto es que ello va dirigido a una limitación temporal presupuestaria y no tanto a la realización de la obra (J. A. SOLER ARREBOLA, "El contrato de inserción laboral en el contexto de las políticas activas de empleo", *Laborum*, Murcia, 2004, págs. 146 y 147).

adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad³⁷ ni su régimen jurídico³⁸. De hecho admiten la contratación a tiempo parcial tanto la Orden de 26 de octubre de 1998 (que no excluye en absoluto dicha modalidad de contratación, es más, parece asumirla cuando en su art. 9.2 recomienda a las entidades beneficiarias o empresas adjudicatarias la utilización preferente de «modalidades de contratación que permitan un mayor volumen de contratos y de trabajadores») como expresamente el art. 4.2, segundo párrafo de la O. 19-12-1997, cuando prevé que la cuantía máxima de la subvención se reducirá proporcionalmente en función de la jornada realizada cuando los contratos se concierten a tiempo parcial. En cualquier caso, y vista la amplia remisión reglamentaria, la transversalidad efectiva del contrato a tiempo parcial dependerá de los términos previstos en cada programa, si bien en defecto de previsión explícita o implícita todo haría indicar tal posibilidad en virtud del principio general, no excepcionado, de compatibilidad con la contratación temporal del art. 12.2 ET³⁹.

No hay especificidades destacables en el trabajo a tiempo parcial temporal: en lo que corresponda a los aspectos propios de la modalidad temporal se regi-

³⁷ Desde otra perspectiva, hay que reconocer, en cambio, que podrían apreciarse razones contrarias -ya esgrimidas frente al contrato de aprendizaje o formación- de utilidad de este mecanismo de inserción, en el sentido de evitación de su mayor precariedad, sobre todo a la vista de que la retribución se deja al arbitrio de las partes, y de que se prevé la existencia de un "salario de inserción" fijado por Convenio con el único límite deducible indirectamente de la cuantía de la subvención, es decir, la base mínima del grupo de cotización (véase: C. MOLINA NAVARRETE, "El «último» capítulo de la primera fase de reforma...", cit., págs.100, 102 y 103). Igualmente puede argüirse la inconveniencia de la combinación de dos medidas de finalidad similar, así como la garantía de cumplimiento de servir de «medio de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado». Por ello, de incluirse un período de formación no retribuido en la jornada, debe excluirse la contratación a tiempo parcial como se hace en el contrato de formación (vid: J.A. SOLER ARREBOLA, "El contrato ...", cit., págs. 166 y 167). Cabría cuestionarse, no obstante, la incidencia del trabajo a tiempo parcial respecto del contrato de inserción desde otras perspectivas, cuales son la de entender como desempleado al trabajador a tiempo parcial a los efectos de ser contratado a través de un contrato de inserción simultáneo y los efectos que puedan ocasionar más ampliamente el pluriempleo a tiempo parcial sobre el contrato de inserción previamente concertado; la finalidad del contrato de servir de adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad y el conjunto de su régimen jurídico parece rechazar en principio ambas posibilidades, salvo que otra cosa se deduzca de las prioridades del Estado en el Plan de Empleo anual (N. SIRVENT HERNÁNDEZ, "El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 122 a 127 y 135).

³⁸ No es óbice a la jornada parcial en el contrato de inserción la cuantía de la subvención que corresponda a los servicios públicos de empleo, fijada en la equivalente a la base mínima del grupo de cotización para los costes salariales, y en las cuotas derivadas de dichos salarios para los de Seguridad Social; dicha base mínima podrá estar referida bien a la propia del tiempo completo o la del parcial, según se trate (N. SIRVENT HERNÁNDEZ, "El contrato de inserción ...", cit., págs. 185 y 186). Tampoco lo impiden las garantías de mínimos salariales. Las modificaciones introducidas por la L.12/2001 aclaran respecto del RD-L 5/2001, que la cantidad a subvencionar no supone un límite a la retribución ni una excepción a la baja del salario que corresponda para tales contratos de inserción conforme a la prevista en el convenio colectivo o acuerdo de las partes (C. MOLINA NAVARRETE, "El «último»...", cit., pág. Interpretación que barajaba la doctrina ante la redacción del artículo prevista en el RD-L 5/2001 (vid.: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., págs. 111 y 112; D. BENEYTO CALBUIG, "La reforma laboral de 2001", Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº. 217, 2001, pág. 66). Pero dicha fijación salarial, por acuerdo individual y con el referido límite a lo previsto en el Convenio Colectivo, en ningún momento excluye la aplicación del principio de proporcionalidad respecto del trabajo a tiempo parcial. Finalmente, caso de contratarse al trabajador con un contrato de inserción a tiempo parcial, la duración de su jornada no influirá en el cómputo de su duración como del límite de los nueve meses de empleo en los últimos tres años (art. 15.1.d), primer párrafo ET) (N. SIRVENT HERNÁNDEZ, "El contrato de inserción ...", cit., págs. 134 y 135).

³⁹ La jornada de trabajo y demás condiciones laborales se registrarán por la normativa común al no preverse nada (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, "La reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»", cit., págs. 13 y 14).

rá por lo previsto en la disciplina contractual de que se trate⁴⁰. Como tampoco la parcialidad de la jornada conllevará, en ausencia de previsión en contrario, una diversa forma de cómputo del tiempo previsto para cada contrato temporal⁴¹ en la medida en que ambas cuestiones responden a diversos conceptos: el primero al tiempo de la prestación, el segundo al tiempo como duración del vínculo⁴².

Tras la restitución de la autonomía del fijo-discontinuo como modalidad contractual distinta de la parcial a partir del RD-L 5/2001 es necesario el replanteamiento de la transversalidad de ambas figuras. Más en concreto, ésta debe centrarse en la compatibilidad de la jornada a tiempo parcial en el contrato fijo-discontinuo irregular o inestable del art. 15.8 ET, por las razones que a continuación se exponen y porque el fijo-discontinuo periódico sigue inmerso en la regulación del contrato a tiempo parcial y ya de por sí ostenta una jornada de tales características (arts. 12.3 y 15.8, primer párrafo ET.). Realmente el tercer párrafo del art. 15.8 ET. no persigue atribuir a los convenios colectivos de ámbito sectorial la delimitación del contrato a tiempo parcial fijo periódico respecto del contrato fijo-discontinuo. Y por descontado, no supone la libertad en su calificación como uno u otro; además de que la definición de ambas modalidades contractuales la hace la norma estatutaria y es indisponible por convenio, el susodicho párrafo tercero se refiere a «la utilización en los contratos de fijos-discontinuos de la modalidad a tiempo parcial», con lo que reduce su ámbito al de la transversalidad de la jornada parcial en el fijo-discontinuo. Las razones que puedan haber motivado la introducción de este nuevo párrafo tercero entendemos que son varias, y basculan sobre el nuevo concepto de trabajo a tiempo parcial y las dificultades de articulación de dicha jornada en el contrato fijo-discontinuo irregular.

⁴⁰ Siendo indiferente el hecho de que no se recogiese respecto de etapas anteriores, una regla similar a la del art. 3.2, inciso segundo, del RD 1991/84 que reconocía para los contratos de trabajo a tiempo parcial de duración determinada la aplicación de lo establecido en la normativa específica según cada modalidad (A. PEDRAJAS MORENO, "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 415). Es evidente que la mera referencia al art. 15 ET por el art. 4.2 [RD-L 18/93] implicaba el régimen jurídico de estos contratos y, por supuesto, la aplicación de su reglamento de desarrollo. Más claro aún, en la redacción del art. 12.2 TRET que afirma la posibilidad de contratación temporal en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de las modalidades de contratación temporal, con lo que se hace mayor hincapié en la necesaria acomodación a su régimen jurídico. Postura que está confirmada por nuestra jurisprudencia, como puede observarse en sentencias como las del Tribunal Supremo de 21-12-1995 (9320), 11-10-1988 (7796), 16-11-1989 (8066), 21-7-1992 (7365), 6-4-1998 (4576) y 27-10-1998 (9047). Por nuestros Tribunales inferiores y sin ánimo exhaustivo: S. TCT. 30-4-1985 (2812); S. TSJ. Madrid 30-1-1990 (453); S. TSJ. País Vasco 29-6-1990 (452); S. TSJ. Madrid 7-3-1991 (1840); S. TSJ. Madrid 15-11-1991 (6181); S. TSJ. Madrid 4-2-1992 (951); S. TSJ. Madrid 7-7-1992 (3668); S. TSJ. Murcia 7-9-1992 (4634); S. TSJ. Navarra 22-1-1993 (364); S. TSJ. Madrid 29-4-1993 (2011); S. TSJ. Castilla-La Mancha 10-11-1995 (4405); S. TSJ. Cataluña 13-2-1996 (422). Véase también: M^a. C. ORTIZ LALLANA, "Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial", R.L., T.II, 1998, págs. 231 a 233.

⁴¹ Así lo afirma respecto del contrato eventual a tiempo parcial, por ejemplo: L. CAMPS RUIZ, "La reforma del mercado de trabajo", cit., pág. 107 y en "La nueva regulación del mercado de trabajo", cit., págs. 158 y 159. Y, por supuesto, nuestros Tribunales, por ejemplo: SS. TSJ. Madrid 3-4-1990 (1570) y 8-5-1990 (1819).

En el caso de tareas fijas periódicas me remito a lo expuesto al hilo del estudio de la transversalidad de los contratos de formación y fomento del empleo.

⁴² Y los defectos o irregularidades de uno u otro aspecto no se afectarán recíprocamente. En este sentido, nuestros Tribunales indubitadamente han reconocido que la vulneración de la jornada parcial no afecta al carácter indefinido o temporal del vínculo y viceversa. A título de ejemplo: SS. TCT. 30-4-1985 (2812), S. TSJ. La Rioja 11-4-2000 (2326); S. TSJ. Canarias/Santa Cruz de Tenerife 27-7-1992 (3768), S. TSJ. Andalucía/Granada 5-10-1993 (46); S. TSJ. Cataluña 8-10-1993 (4520); S. TSJ. Castilla y León 11-7-1995 (2952); S. TSJ. Extremadura 20-12-1995 (4720); S. TSJ. Comunidad Valenciana 6-2-1996 (1061); S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 16-1-1996 (52); S. TSJ. Andalucía/Granada 14-2-1996 (1026); S. TSJ. La Rioja 11-4-2000 (2326); S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 2-5-2000 (2607).

La actual definición del contrato a tiempo parcial trae a colación similares dificultades, incluso agravadas, a las que se plantearon bajo la regulación del año 80, y a las que se dio respuesta con la reforma del 84, respecto del deslinde entre el contrato a tiempo parcial y el fijo-discontinuo. Con consenso doctrinal, la delimitación entre el contrato fijo-discontinuo y el contrato a tiempo parcial se situaba en varios elementos: la distinta distribución de la jornada, de forma expresa a partir de la reforma propiciada por la L. 32/84⁴³; la reducción de la jornada que implicaba la jornada parcial frente a la normalidad de la jornada del fijo-discontinuo⁴⁴; y la voluntariedad en la contratación de la jornada parcial frente a la objetividad de los tiempos de prestación del fijo discontinuo⁴⁵, en definitiva, la configuración de la primera como determinada y la segunda como determinable en función de la naturaleza de los propios trabajos⁴⁶. Todos estos criterios, unos en mayor medida que otros, se distorsionan a partir de la nueva definición del contrato a tiempo parcial.

En primer lugar, el criterio de la distinta forma de distribución de la jornada, se relativiza al extremo en cuanto en ambos contratos se mantiene el año como ámbito de distribución⁴⁷. Consiguientemente, se reavivan las dificultades de deslinde entre ambos contratos suscitadas bajo la regulación del año 80, y a las que vino a dar respuesta la reforma del 84 en que se limitó el ámbito de distribución del trabajo a tiempo parcial al mes. Pero con el mantenimiento de la modalidad fija-periódica en el contrato a tiempo parcial, se rompe cualquier intento de racionalidad dogmática en cuanto se aprecia la concurrencia de ambas modalidades sobre un mismo ámbito de distribución cíclica y con similar funcionalidad.

En segundo lugar, el criterio delimitador de la jornada reducida en el trabajo a tiempo parcial frente a la jornada completa en el fijo-discontinuo, también pierde claridad. Y ello aún cuando el art. 15.8 ET., no defina al fijo discontinuo ni directa ni indirectamente por alusión a “no trabajar todos los días” como una reducción de jornada; aunque será, como es lógico, el supuesto habitual. Decimos el criterio de la menor jornada se diluye. Por una parte, dado que ha desaparecido la frontera entre la jornada a tiempo parcial y la completa, lo que de por sí dificulta qué deba conside-

⁴³ Por todos: J. GARCÍA ORTEGA, *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, cit., págs. 78 a 80; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 276; B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 25; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 68; J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 30.

⁴⁴ J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 80 y en “Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo discontinuo y propuestas para su reforma”, RDS., n.º. 6, 1999, págs. 239 y 240; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 276; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 69.

⁴⁵ B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 31; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., págs. 68 y 69.

⁴⁶ B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., págs. 26 a 32; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 70. Integrado, en nuestra opinión, otro elemento utilizado como frontera de ambas modalidades; el carácter periódico o discontinuo de la actividad fija discontinua frente a la del trabajo a tiempo parcial (J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., págs. 80 y 81).

⁴⁷ El fijo discontinuo irregular, aún cuando el art. 15.8 ET silencia toda referencia, sigue teniendo como módulo de referencia el año (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”, R.L., n.º. 10, 2001, pág. 128).

rarse como “jornada normal” o jornada inferior a aquélla. Las dificultades de deslindarse se hacen aún mayores respecto del fijo-discontinuo irregular porque como tipo contractual, el trabajador verá actualizados sus tiempos de prestación en función de un orden de llamamiento y de unas necesidades irregulares que implican o permiten la prestación “incompleta” dentro de la campaña. Por otra, los términos comparativos utilizados por el art. 12.1 ET para establecer el carácter reducido de la jornada parcial necesitan de matizaciones a efectos de la delimitación respecto del fijo discontinuo, precisamente por la comentada forma de actualización de la prestación del trabajador. Así, los términos de comparación entre trabajadores tendrían que eludir la menor jornada globalmente realizada por el trabajador derivados de la irregularidad de la prestación. Y, además, por las dificultades de conocimiento previo de la entidad de la jornada de la temporada, necesaria para la apreciación de la reducción comparativa de aquélla. Finalmente, hay que recordar que dada la heterogeneidad de posibilidades de trabajos fijos discontinuos, y su posible concurrencia en empresas de actividad continuada, cuya jornada general además podrá estar distribuida irregularmente a lo largo del año, tendrá que concretarse aún con más motivo cuál será la jornada de la temporada que deba servir de referencia para la apreciación de la reducción no cuantificada legalmente que implica el trabajo a tiempo parcial.

En tercer lugar, la llamada a la intervención del convenio colectivo en el uso de la jornada parcial en el contrato fijo-discontinuo parece responder también a la necesidad de adecuación del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial en tales actividades irregulares. Tal es el caso, como se verá en su momento, del difícil cumplimiento de los requisitos formales del contrato de trabajo a tiempo parcial en el fijo discontinuo irregular⁴⁸. Aún cuando se haya simplificado la formulación del precepto sobre los requisitos formales del art. 12.4.a) ET por el RD-L 5/2001, la incertidumbre sobre los tiempos de ocupación del fijo discontinuo irregular impone, seguramente, la articulación de la reducción de jornada sobre los módulos inferiores de la jornada, es decir, la diaria o, a lo sumo, semanal a tiempo completo. Por otra parte, sólo estos podrán otorgar probablemente certeza o garantía del carácter efectivamente reducido de la jornada, y del uso no desviado o excesivo de las horas complementarias y su cálculo.

Creemos que todas estas razones están en el origen del párrafo tercero del art. 15.8 ET, y recomiendan la regulación por los convenios colectivos de ámbito sectorial⁴⁹, cuando así lo requieran las peculiaridades del sector⁵⁰, del ajuste del trabajo a

⁴⁸ Dificultad que llevó a un sector doctrinal bajo la regulación del 84, con un art. 5 RD 1991/84, de 31 de octubre, muy similar al actual art. 12.4.a) ET, a negar la posibilidad de concertación de la jornada parcial en el fijo discontinuo irregular: J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 125. También bajo la regulación del art. 18.1 RD 2317/93, igualmente similar a la actual en lo que atañe a las formalidades del contrato a tiempo parcial se advirtió por la doctrina la imposibilidad de cumplimiento de dichos requisitos por el contrato fijo-discontinuo irregular: J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 79.

⁴⁹ Sin que tenga lógica alguna, en opinión de un sector doctrinal, la exclusión de los convenios colectivos de ámbitos inferiores, precisamente los más adecuados para valorar y conocer sus específicas necesidades (F. CAVAS MARTÍNEZ, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial común o genérico”, AAVV, “Análisis...”, cit., págs. 57 y 58; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., págs. 129 y 130).

⁵⁰ La inconcreción estatutaria de tales peculiaridades posibilitan, en opinión de algunos, abusos puntuales (C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, “Contratación laboral y política del empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, n.º. 217, 2001, págs. 45 y 46).

tiempo parcial a dichas especialidades y, con intención subsidiaria o directa, la delimitación de aquél respecto del tiempo completo en la temporada o campaña. Ahora bien, el párrafo tercero del art. 15.8 ET no atribuye al convenio colectivo una capacidad de autorización del contrato a tiempo parcial⁵¹. En primer lugar, porque una prohibición de utilización de la modalidad contractual tendría que expresarse de forma clara y directa, lo que indudablemente no se hace. En segundo lugar, porque de la interpretación del texto se deduce más bien todo lo contrario. Así, en interpretación sistemática con el segundo inciso, es decir, con la “posibilidad” de que los convenios colectivos “acuerden” los requisitos y especialidades para la conversión de los contratos temporales en fijos discontinuos, es clara que la abstención de la regulación colectiva al respecto no impedirá en ningún caso tales conversiones. Tan sólo parece una especificación por su particular problemática y un recordatorio de las reglas generales previstas en los apartados 1, 5 y 7 del art. 15 ET. Y porque con la “posibilidad” de “acordar” la “utilización” de la modalidad a tiempo parcial, cuando así lo requieran o justifiquen las peculiaridades del sector, se relaciona más bien con la previsión de adaptaciones y en su caso, con la legítima prohibición convencional de su uso. Por consiguiente, el precepto no añade nada nuevo; tan sólo es una llamada de atención a la negociación colectiva sobre los particulares problemas que pueden suscitar la combinación de ambas modalidades y una invitación a su resolución.

2. El contrato de relevo

Las formas contractuales de empleo compartido conocidas en el derecho comparado tienen una única expresión en nuestro Ordenamiento laboral, a través de lo que inicialmente se podría considerar una específica modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial: la designada genéricamente como contrato de relevo⁵².

Combina esta modalidad contractual de reparto del empleo la reducción de jornada de trabajo y salario y la jubilación parcial de un trabajador, con la contratación de otro desempleado o de un trabajador temporal de la empresa, que “susti-

⁵¹ En contra, parecen pronunciarse: C.L. ALFONSO MELLADO, “La primera reforma laboral del milenio”, cit., págs. 31 y 32; I. BALLESTER PASTOR y A. VICENTE PALACIO, “La contratación temporal estructural. Modificaciones operadas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, *Tribuna Social*, n.º. 124, 2001, pág. 19; F. CAVAS MARTÍNEZ, “La nueva regulación...”, cit., pág. 58; J.M.ª GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación laboral: tiempo parcial y contratos de duración determinada”, cit., págs. 28 y 29 y en J.M.ª GOERLICH PESET, “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?”, *Temas Laborales*, n.º. 61, 2002, pág. 134; A.J. VALVERDE ASENCIO, “La determinación del periodo de actividad...”, cit., pág. 44.

⁵² F. DURÁN LÓPEZ, “Modalidades de contratación laboral”, en F. DURÁN LÓPEZ, A. MONTOYA MELGAR, T. SALA FRANCO, “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”, *MTSS*, Madrid, 1987, pág. 145; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Las modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado”, *R.L.*, n.º.1, 1985, pág. 62. Distinta, aún con lógicos acercamientos, del sistema especial de jubilaciones pactadas en convenio colectivo a los 64 años, que si bien son supuestos de relevo de mano de obra no implican conceptualmente el fenómeno del empleo compartido sino el de la sucesión de relaciones laborales (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, *DL*, n.º. 15, 1985, págs. 47 y 48). Efectivamente, y ante la utilización de la jubilación como medida de reparto del empleo, tales como la jubilación especial, la forzosa y la parcial, sólo esta última es fórmula de reparto del tiempo de trabajo en sentido estricto (L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo”, *Tribuna Social*, n.º. 85, 1998, págs. 50 y 51). Por su parte, OJEDA AVILÉS lo ha considerado antecedente del contrato de relevo (A. OJEDA AVILÉS, “Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido”, cit., pág. 47).

tuya” al primero en la jornada dejada vacante por aquél. Esta función de reparto del empleo, causa específica del contrato de relevo, es la que con más o menos quebras, ha llevado a la doctrina a su identificación tradicional como modalidad de sustitución o de “empleo compartido”⁵³. Sin embargo, el análisis de la figura, nos llevará a relativizar esta caracterización contractual hasta el punto de hacerla prácticamente inoperante. De hecho, tal calificación no ha constituido obstáculo alguno para la recepción de no pocas matizaciones por parte de la doctrina con anterioridad a la reforma de noviembre del 98, provocadas éstas por la escasa atención que el legislador del 84 prestó a las eventuales conexiones que se pudiesen entablar entre ambas relaciones⁵⁴ y a la vista de la evolución del contrato de interinidad con el que se le ha reconocido un cierto paralelismo⁵⁵. La regulación legal y reglamentaria de aquéllas se reducía al origen y extinción de las mismas, dejando, por consiguiente, un amplísimo campo a la autonomía individual para su diseño. Campo extenso, como decimos, para la libre disposición de las partes, que se ha mantenido en términos generales bajo las redacciones del art. 12.6 ET, tanto en el 98, como actualmente tras la L. 12/2001, ampliándose en algunos aspectos y reduciéndose en otros, si bien derivado ahora de su expreso reconocimiento, y no de un incierto vacío normativo como sucedía bajo la legislación anterior.

2.1 Las tareas del relevista

Bajo la regulación del 84 era opinión general que las funciones a desempeñar por el relevista, su cualificación y, en definitiva, su categoría o grupo profesional no se encontraban condicionadas por aquéllas que viniese desempeñando el jubilado parcial⁵⁶. Se establecía de esta forma un evidente paralelismo entre el contrato temporal

⁵³ Por todos: R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, DL, nº. 15, 1985, págs. 52 y 53; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Las modalidades...”, cit., pág. 62. Según GONZÁLEZ DEL REY, el contrato de relevo se ha ajustado más al concepto de *job splitting*, dado que en ésta concreta fórmula el puesto de trabajo se divide en dos a tiempo parcial, surgiendo para ambos trabajadores dos obligaciones distintas y dos relaciones jurídicamente independientes. Por el contrario, el *job-sharing* implica una única obligación de la que responden ambos trabajadores solidariamente, correspondiente a un puesto de trabajo a tiempo completo, siendo éstos libres de determinar la cantidad de trabajo de cada uno y sus respectivos horarios (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Aranzadi, 1998, pág. 49. En el mismo sentido: Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada”, RMTAS, nº. 18, 1999, págs. 198 y 199. Vid.: P. ICHINO, “Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro”, II, Giuffrè, Milano, 1985, págs. 401 a 405).

⁵⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Las modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado”, cit., págs. 62 y 63.

⁵⁵ Y que llevaron, por ejemplo, a MARTÍNEZ EMPERADOR a recomendar, en orden a simplificar el régimen jurídico del contrato y a facilitar en consecuencia su uso, la inclusión de la sustitución de la jornada cedida por el jubilado parcialmente en la causa del contrato de interinidad (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, DL, nº. 15, 1985, págs. 53, 58, 59 y 63). Destacan también la similitud entre ambos contratos: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 302; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada”, cit., pág. 200.

⁵⁶ F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, en AAVV, “Comentarios a la nueva legislación laboral”, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 80 y en “Modalidades de contratación laboral”, cit., pág. 127. En el mismo sentido: M. GARCÍA PIQUERAS, “Los contratos de trabajo temporales. El empleo incentivado”, Comares, Granada, 1993, págs. 340 y 341, que muestra que esa ha sido la postura tomada por el INEM. Lo admite con ciertas reticencias, MARTÍNEZ EMPERADOR por considerar que se podría privar al contrato de relevo de su causa, por ser éste un contrato de sustitución. Prevalentemente, y en consecuencia, las tareas del relevista deben ser análogas y complementarias a las rendidas por el trabajador cedente, si bien, como advierte el autor, tales requisitos dotarían a la modalidad de una excesiva rigidez (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, cit., págs. 53 y 61). De forma similar, por considerarlo sobrentendido

de interinidad, tal y como lo conformó la jurisprudencia y tal y como lo diseñó a escuchas de ésta el legislador del 94, y el contrato de relevo. Esto, por otra parte, matizaba lo que sería un efecto sustitución en sentido estricto –y que actualmente sería a todas luces una concepción de qué sea “sustitución” ya superada– y, desde luego, su identificación con lo que sería una modalidad de empleo compartido.

El legislador del 98 y del 2001 acepta sólo en parte la desvinculación del contrato de relevo respecto del puesto de trabajo del sustituido, reforzando en este aspecto el pretendido carácter de sustitución del contrato y reduciendo la capacidad del mismo como mecanismo de flexibilidad interna de las plantillas. Efectivamente, el actual art. 12.6.c) ET, afirma que el *puesto de trabajo* del trabajador relevista “*podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente*”. Parece remitir, por consiguiente y en principio, para la identificación de las tareas susceptibles de ser asumidas originariamente por el relevista, a los márgenes de la movilidad funcional ordinaria que se configuran en última instancia sobre el principio de la equivalencia (art. 39.1 ET. en relación con los párrafos 2 y 3 del art. 22 del mismo cuerpo legal)⁵⁷. Dado que los límites de dicha movilidad funcional ordinaria, definidos sobre el principio de equivalencia como mejor garante de la preservación de la profesionalidad del trabajador⁵⁸, se concretan en virtud no sólo de márgenes objetivos sino también subjetivos, podría entenderse que la similitud de funciones del relevista respecto del relevado se predica no sólo frente a los primeros identificados en el artículo, es decir, grupo profesional o categoría equivalente en su particularizada configuración por el Convenio Colectivo de que se trate, sino que también se extiende a los aspectos subjetivos susceptibles de limitar dicha movilidad funcional, inclusive la ordinaria⁵⁹, y, en definitiva, a los límites genéricos (dignidad, formación y promoción profesional) y los derivados de las titulaciones académicas y profesionales. El espíritu de

en la norma y a riesgo de convertirse, en caso contrario, en un mecanismo de fomento del empleo temporal y probablemente a tiempo parcial y, pese a las connotaciones que puedan derivarse de su designación como “relevo” así como de la exigencia de que conste, según modelo oficial, las circunstancias del trabajador relevado (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 297, 298 y 300)]. En contra, A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Jubilación parcial y reparto de trabajo”, cit., pág. 133; L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo”, cit., págs. 59 y 60, dada la interdependencia de los contratos, considerando el contrato de relevo como de “sustitución” en estricto. Según la S. TSJ. Aragón 14 enero 1998 (AS. 39) “... la validez del contrato de relevo no se encuentra en momento alguno supeditada a que el nuevo trabajador y el parcialmente relevado por él desempeñen una misma función profesional, exigencia extraña a la figura regulada por el Capítulo II del Real Decreto 1991/84, de 31 de octubre, o los artículos 4.4 de la Ley 10/94, de 19 de mayo, y el art. 12.4 ET, en la que la sustitución se produce respecto de la jornada de trabajo que se deja parcialmente vacante, no sobre la categoría profesional de quien reduce su jornada para acceder, también de forma parcial, a la jubilación...”.

⁵⁷ F. ALEMÁN PAÉZ, “El encuadramiento profesional”, MTSS, Madrid, 1995, págs. 246, 296, 302 y 304; A. MONTOYA MELGAR, J.M.^a. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO, B. RÍOS SALMERÓN, “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 104. Véase también, por ejemplo: M. ALIA RAMOS y M.^aJ. MONTANE MERINERO, “Clasificación profesional y movilidad en el trabajo”, CISS, Bilbao, 1995, pág. 56.

⁵⁸ F.A. VALLE MUÑOZ, “La movilidad funcional del trabajador en la empresa”, CES, Madrid, 1998, pág. 162.

⁵⁹ S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Clasificación profesional y movilidad funcional”, en AAVV, “Reforma de la legislación laboral”, Junta de Andalucía. Consejería de Trabajo e Industria, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, pág. 64; F.A. VALLE MUÑOZ, “La movilidad funcional del trabajador en la empresa”, CES, Madrid, 1998, pág. 105.

En opinión de ALEMÁN PAÉZ estos límites genéricos tienen una doble virtualidad respecto de la movilidad profesional: operar a modo de principios que presidan cualquier actuación organizativa así como soslayar las deficiencias de los parámetros funcionales del grupo o de las categorías equivalentes fijadas en Convenio a la hora de especificar el objeto de la prestación (F. ALEMÁN PAÉZ, “El encuadramiento profesional”, cit., págs. 322, 324 y 325).

la norma se regiría por el criterio de la sustitución y, como consecuencia, tomaría como referente el puesto de trabajo del relevado y el ámbito de movilidad funcional ordinaria respecto de aquél. Sin embargo, la expresada postura, además de rígida y de provocar la dificultad añadida de valorar la equivalencia de las funciones desde una perspectiva subjetiva, pretendería la objetivización de límites garantes de derechos subjetivos, desprovistos ya de la finalidad que los justifica.

Efectivamente, la equivalencia debe ser entendida como un complejo criterio con el que se pretende controlar el fenómeno de la movilidad de la prestación contratada y no como un ámbito de extensión y de identificación de la prestación debida⁶⁰. En concreto, dada la finalidad de los límites genéricos de la movilidad funcional, y que impregnan el principio de equivalencia, podrían no entrar en juego a la hora de juzgar la adecuación de las tareas del relevista, en cuyo caso sus márgenes serían más amplios que los que corresponderían a la atribución de funciones equivalentes a las originariamente pactadas con el trabajador jubilado parcial. El respeto a la dignidad del trabajador del art. 39.3 ET., así como a su formación y promoción profesional (art. 39.3 ET.) están dirigidas a la protección de un trabajador que ve efectivamente modificadas sus funciones, pero nunca respecto de las que son inicialmente pactadas. Consiguientemente, dicho criterio debe limitarse en el ámbito de la sucesión funcional del contrato de relevo a los segundos, a los objetivos o incluso meramente formales, conllevando su extensión a una gran variedad de situaciones y heterogeneidad de cometidos susceptibles de ser asumidos por el relevista.

Por otra parte, de considerarse que el concepto de grupo profesional no es análogo al de categoría equivalente, pudiendo éste encerrar una gran amplitud funcional, incluidas categorías de diverso nivel⁶¹, la objetivización del requisito de pertenencia al mismo grupo, en interpretación estrictamente literal del precepto, ampliaría enormemente el campo de actuación del contrato de relevo⁶².

⁶⁰ F.A. VALLE MUÑOZ, "La movilidad funcional del trabajador en la empresa", cit., pág. 91.

⁶¹ En este sentido se pronuncia, por ejemplo: F.A. VALLE MUÑOZ, "La movilidad funcional del trabajador en la empresa", cit., págs. 111, 115 a 117. Distinto es que la movilidad funcional ordinaria observe la equivalencia, no como un criterio alternativo y subsidiario respecto del grupo profesional (art. 39.1 ET), sino como un criterio complementario al mismo, de forma que la equivalencia ha de operar tanto si la clasificación se conforma exclusivamente sobre una ordenación categorial como si se configura sobre el grupo (F. ALEMÁN PAÉZ, "El encuadramiento profesional", cit., pág. 246). Nuestros Tribunales, por el momento, se limitan a constatar el cumplimiento del requisito formal de pertenencia al grupo o categoría equivalente: SS. TSJ. Asturias 2-7-2004 (AS. 2488) y 12-3-2004 (JUR 127147).

⁶² Así, podría pensarse que, por ejemplo, no resulta exigida por la norma estatutaria la homogeneidad de las titulaciones académicas o profesionales de uno y otro trabajador, puesto que en el grupo profesional cabe la inclusión de varias profesiones que requieran un título distinto para ejercerlas, sin que la agrupación unitaria a que se refiere el art. 22.2 ET. signifique que éstas sean idénticas (V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, "La nueva regulación de la movilidad funcional", Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 116. Por el contrario, GONZÁLEZ ORTEGA defiende una idea de grupo profesional prevalentemente elaborada por el art. 22.2 ET sobre la combinación de tres elementos de identificación -tareas, aptitud y titulación similar u homogénea-, de forma que unas titulaciones semejantes, basadas en requerimientos de aptitud también similares permiten al trabajador desempeñar unas tareas que en su núcleo son sustancialmente homogéneas (S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Clasificación profesional...", cit., págs. 50 y 51). Otra razón de la mayor amplitud que defendemos se basaría en el hecho de que el art. 39.1 ET. incorpora una exigencia específicamente limitativa de la movilidad funcional, justificada, en primer lugar y como es lógico, por razones de orden público y en lo que ahora nos interesa, nuevamente por la tutela del interés privado del trabajador a la defensa de su profesionalidad y como mecanismo de tipo subjetivo de identificación del objeto del contrato (M. GARCÍA FERNÁNDEZ, "Movilidad funcional", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral", Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 223; S. GONZÁLEZ ORTEGA, "Clasificación profesional...", cit., pág. 63; V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, "La nueva regulación de la movilidad funcional", Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 116, 147 y 148).

En nuestra opinión, la exigencia de similitud funcional es un límite que podría encontrar utilidad a través de su particular fijación en la negociación colectiva, a la vista de la conveniencia de las partes negociadoras y de la concreta situación y necesidades de cada empresa o sector, pero no a nivel general, como una medida que, quizá y a la vista del origen negociado exclusivamente por la parte sindical de la norma que lo introdujo (RD-L 15/98), lo único que pretenda sea evitar la utilización de esa jubilación parcial anticipada como vía de amortización parcial de un puesto de trabajo con ocasión de cualquier contratación que haga la empresa. Si esa ha sido la inquietud a que responde la medida que ahora comentamos, ni garantiza plenamente su objetivo ni parece que esté a la altura de sus concesiones tanto por su finalidad como por la complejidad que añade al mecanismo sustitución de la fuerza de trabajo.

No garantiza su objetivo porque el contrato de relevo sigue siendo prevalentemente temporal, sin garantía de continuar una vez llegado su término, y sin que estén en principio vetados trabajos derivados de necesidades igualmente temporales⁶³. Tampoco tal finalidad está a la altura de la restricción y complejidad que conlleva, sobre todo en la medida en que sitúa a la jubilación anticipada parcial en una posición de reparto del empleo devaluada en este aspecto respecto de otras vías de utilización de la jubilación como medida de fomento del empleo, no constreñidas, en términos generales, a esa “sucesión funcional” de los trabajadores, al mantenimiento a ultranza de un determinado puesto de trabajo o cualificación profesional⁶⁴, tales como la jubilación forzosa o la jubilación especial a los 64⁶⁵, y en general, a la previsión de la Disposición Final Cuarta de la LGSS. Es más, con la abierta aceptación a partir de la reforma del 2001 de contratación como relevista a un trabajador temporal de la empresa el legislador de hecho abandona, como podremos comprobar, esta incorruptible conformación del contrato de relevo como mecanismo de sustitución “matemática” y “sumatoria” en la plantilla para articularse, sencillamente, en una fórmula de mejora del empleo temporal a través de la garantía de su mantenimiento transitorio o indefinido. Y ésta, a su vez supone, una visión de la jubilación parcial mucho más acorde con las referidas medidas de jubilación al servicio de la política de fomento del empleo.

La exigencia de “similitud” de los puestos de trabajo, no obstante, no parece que sea elemento suficiente para alterar lo que es toda una línea de regulación contractual coherente marcada por el fomento del empleo. Lo más que supone es añadir

⁶³ Además los poderes del empresario respecto de la modificación de las funciones de uno y otro trabajador y, en general, sus poderes de dirección, en ejercicio ordinario o extraordinario no se ven limitados, como tampoco un posible acuerdo novatorio posterior. Es más, nada impide que el jubilado parcial se vea afectado por un despido procedente, y, en concreto, por un despido fundado en causas económicas, técnicas, organizativas..., como, tampoco, el cese del trabajador relevista por motivos similares. También, por ejemplo, fuerza mayor, en analogía con el art. 4 del Real Decreto 1194/85, de 17 de julio, sobre normas de anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo.

⁶⁴ Curiosamente la equivalencia será más amplia y fácil de apreciar en los trabajos de más baja cualificación, al menos desde la perspectiva de la exigencia de similar “aptitud profesional” para configurar la categoría profesional equivalente según definición del art. 22.3 ET (M. ALIA RAMOS y M^a.J. MONTANE MERINERO, “Clasificación profesional y movilidad en el trabajo”, CISS, Bilbao, 1995, pág. 40).

⁶⁵ Véase: A. ROLDÁN MARTÍNEZ, “El contrato de sustitución de un trabajador jubilado anticipadamente ¿modalidad contractual autónoma?”, *Aranzadi Social*, n.º. 11, 2000, págs. 60, 61, 68 a 71.

complejidad a la institución y ser un elemento distorsionador en lo que, pretendemos, es esa orientación que subyace en el conjunto de la institución, así como empobrecedor de sus posibilidades, tanto en lo que se refiere a la contratación del relevista, al limitar las funciones susceptibles de asunción originaria, como en lo que respecta a la potencial capacidad de la institución de ser instrumento de flexibilización y reordenación de plantillas alternativo a medidas más traumáticas. Podría pensarse que las conclusiones críticas aquí expuestas están enmarcadas en la jubilación parcial anticipada y que deban matizarse o radicalmente invertirse respecto de la jubilación parcial ordinaria, por cuanto al ser voluntaria la contratación del relevista, la restricción de las funciones de éste sí pueden ser ahora decisivas para evitar una utilización abusiva y totalmente descausalizada del contrato de relevo. Nada más lejos de la realidad, donde el mantenimiento del empleo más allá de los 65 años ya es en sí mismo una victoria susceptible de incentivos a través de la utilización de la contratación temporal.

Por último, cabe cuestionarse si el Convenio Colectivo puede soslayar el requisito de equivalencia de las funciones de uno y otro trabajador. Sería lo más adecuado, aunque dudamos que ello sea posible en términos puramente formales, es decir, prescindir de tal limitación de forma abierta e incondicionada. No obstante podría intentar fundamentarse, atendiendo a la llamada de la letra d) del art. 12.6 ET a la negociación colectiva para establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo. Los amplios términos de la remisión apoyarían la solución defendida y, cómo no, el origen negociado de la norma -RD-L 15/98- que lo introdujo, del que a todas luces parece desprenderse que difícilmente pretendan sus propios artífices limitar sus futuras facultades. No puede prescindirse de la conveniencia de la gestión colectiva, de la presencia de intereses colectivos, en este instrumento de mantenimiento y reparto del empleo, que presenta, además, una potencial utilidad en la reestructuración de las plantillas similar a otros instrumentos en los que la colaboración de la representación es muy intensa. Tampoco puede eludirse que sería lo más favorable, incluso ocasionalmente la única opción posible, para favorecer el acceso a la jubilación parcial. Sin embargo, es posible que esta perspectiva no sea asumida por muchos; en consideración a los términos utilizados por el legislador al identificar las funciones susceptibles de ser asumidas originariamente por el relevista, hay que reconocer que ese «*podrán*», al seguirse de la disyuntiva «o» parece cerrar en sí mismo la posibilidad, reduciéndola a la exclusiva elección entre el mismo puesto de trabajo o uno similar, y éste en los términos definidos por el propio artículo⁶⁶. Tampoco se puede olvidar que, en términos generales, las medidas de política de empleo creadas heterónomamente merecen el calificativo de normas de contenido necesario y naturaleza imperativa, lo que podría propiciar una visión reductiva del instituto⁶⁷. Ahora bien, lo cierto

⁶⁶ En este sentido: C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 55; A. PEDRAJAS MORENO, "Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo", AAVV -Coords. M^a.E. Casas y F. Valdés-, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 209. En contra, considera que queda abierta también la asignación de un puesto de trabajo que no pertenezca al mismo grupo o categoría profesional: G.L. BARRIOS BAUDOR, "Contratos a tiempo parcial por jubilación parcial y de relevo", en AAVV, "Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001", Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 77 y 78; E. GARRIDO PÉREZ, "Contrato de relevo y jubilación parcial", en AAVV, "Trabajo a tiempo parcial", Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 86.

⁶⁷ S. TSJ. Comunidad Valenciana 3-6-1996 (Art. 2682). En esta dirección, respecto de la contratación temporal del art. 15 ET y ofreciendo el voto mayoritario de la sentencia una visión muy reductiva de las posibilidades adaptativas del Convenio Colectivo en lo que podríamos calificar de «híbrido» de contrato eventual y fijo discontinuo: SS. TS. 17-12-2001 (RJ. 2002/2028 y 2116).

es que en la práctica, si se admite la solución que defendemos de reducción del criterio de la equivalencia en la sucesión funcional del relevista a criterios objetivos, o incluso puramente formales, el Convenio Colectivo puede desempeñar un importantísimo papel en la determinación del ámbito potencial de encuadramiento del relevista y la ampliación de éste respecto de lo que sería el campo de movilidad funcional ordinaria del relevado. Es más, podría llegar a admitirse que esa equivalencia se fijase incluso *ex professo* para la jubilación parcial y el contrato de relevo. Desde esta perspectiva, parece que el Convenio Colectivo es instrumento útil para determinar, quizá más que modalizar, los concretos contornos del ámbito funcional del contrato de relevo⁶⁸.

Para finalizar, y en cuanto al personal directivo relevista, afirmaba el RD-L 15/98 que podrá ocupar el mismo puesto de trabajo del trabajador sustituido o uno similar, absteniéndose en este caso el legislador de definir qué se entiende por este último⁶⁹. Con la reforma del art. 12.6 ET. por la L. 12/2001 tal excepción ha desapa-

⁶⁸ Igualmente podrá fijar el Convenio Colectivo los puestos susceptibles de calificarse como similares, como fórmula moduladora y, por supuesto, más restrictiva que la previsión en el art. 12 ET. En contra, considera que el Convenio Colectivo no puede restringir el ámbito funcional del art. 12.6.c) ET (E. GARRIDO PÉREZ, "Contrato de relevo y jubilación parcial", cit., pág. 87).

⁶⁹ Aún considerada por algunos la jubilación parcial de alto directivo como absolutamente improbable (C. MOLERO MANGLANO, "El contrato de alta dirección", Civitas, Madrid, 1995, pág. 337), ésta ha merecido una particular mención para el legislador del 98.

No obstante, con la referencia al "personal directivo" no quedó claro ni su ámbito subjetivo, que podía entenderse referido a exclusivamente a la alta dirección o extendido al directivo vinculado con relación laboral común, ni las razones de la diferenciación y contenido de la misma. De entenderse aquél como personal de alta dirección, la razón de exceptuarlo de la necesaria atribución de tareas correspondientes al mismo grupo o categoría profesional equivalente a la del relevado, pudo deberse a diversos motivos que tienen como exponente último el rechazo de la catalogación de la alta dirección como una categoría profesional propiamente dicha, por lo que difícilmente podrá remitirse su regulación funcional a los márgenes y reglas generales previstos para la relación laboral común (vid.: C. MARTÍNEZ MORENO, "La relación de trabajo especial de alta dirección", CES, Madrid, 1994, págs. 32, 106, 107, 119 a 123, 326 a 328). Además, visto que los márgenes a los que parece remitirse el legislador respecto del resto de trabajadores son los de la movilidad funcional ordinaria, parece coherente la excepción, dado el poder absoluto de *ius variandi* que por lo general se le reconoce al empresario. En consecuencia, la similitud exigida respecto del puesto de trabajo del relevista tendrá que ser valorada conforme a la caracterización funcional que delimita al personal de alta dirección y, consiguientemente, indiferente de la eventual especialización de aquél.

Por el contrario, sectores doctrinales interpretaron la referencia al personal directivo en sentido amplio, abarcando por tanto no sólo al alto directivo, sino también al trabajador asimilado y vinculado con una relación laboral común (C. L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 56; J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 101; A. PEDRAJAS MORENO, "Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial...", cit., pág. 210). Tales autores identificaron las razones de la exclusión en la relación de especial confianza que vincula a tales trabajadores con la empresa, lo que justificaría la libre decisión del empresario de cobertura de la jornada vacante con otro trabajador de la empresa, y se apoyaron en la posibilidad de solapamiento cuantitativo de las jornadas de ambos trabajadores, lo que probablemente carecería de sentido en puestos de trabajo singulares. Tales sectores, por consiguiente, interpretaron la exclusión como una liberalización de la obligación empresarial de cobertura de un puesto de trabajo similar (C. L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales", cit., pág. 56; E. GARRIDO PÉREZ, "Contrato de relevo y jubilación parcial", cit., pág. 87; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, "La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»", R.L., n.º. 17, 2001, págs. 5 y 6).

Sin embargo, en la dicción legal no parecía que la excepción supusiera la posibilidad de que el relevista no tuviese que ocupar originariamente un cargo de dirección o similar responsabilidad ni, desde luego, una absoluta libertad; los términos del legislador nos parecían claros, y si cabe aún más los del Acuerdo ("El relevista podrá desempeñar un puesto de trabajo similar al del trabajador jubilado parcialmente. Se entenderá por tal el desempeño de tareas comprendidas dentro del mismo grupo profesional o categoría equivalente, salvo en el caso de puestos directivos"); parece que la regla especial no se dirigía a exceptuar la similitud del puesto, sino la pertenencia al grupo profesional o categoría equivalente (en este sentido: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 100).

recido por lo que en principio le serán aplicables las reglas generales y la consiguiente similitud del puesto de trabajo⁷⁰.

2.2 La jornada del trabajador relevista

Desde la perspectiva de la jornada del relevista, en sus aspectos tanto cuantitativos como cualitativos, se deduce la naturaleza de fomento-reparto del empleo del contrato de relevo y, a la inversa, su negación como contrato de sustitución. Y ello es apreciable desde sus precedentes y mantenido con mayor claridad si cabe en su configuración actual procedente de la reforma del 98.

Este art. 12.6 ET, en su segundo párrafo y en el apartado b), sigue reconociendo la obligación de la empresa de mantener cubierta, como mínimo, la jornada de trabajo sustituida hasta la fecha de jubilación ordinaria del trabajador relevado. Mas allá de esta edad, dicha cobertura mínima únicamente se impone caso de que se contrate o prorrogue el contrato de relevo. Esto se traduce, como reconoce expresamente la letra b), en la inexistencia de un máximo de jornada para el contrato de relevo⁷¹, así como la identificación de un mínimo común al tipo contractual determinado en función de la cuantía de la jornada dejada vacante por el trabajador sustituido, y que ahora puede oscilar al unísono de dicha jornada que viene a completar. Esto último también es una importantísima novedad introducida por el RD-L 15/98 en el régimen

⁷⁰ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, "La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»", R.L., n.º. 17, 2001, págs. 5.

⁷¹ En su regulación precedente, no obstante, se suscitaban dudas respecto de si había o no un contrato de relevo a jornada completa. Así, en tanto que el precedente art. 12 y el art. 8.c). RD 1991/84 de 31 de octubre, reconocían un mínimo de jornada a cubrir por el relevista, el párrafo primero de éste último parecía establecer un máximo de jornada para esta concreta modalidad contractual al identificar su régimen jurídico con el del contrato de trabajo a tiempo parcial. En consecuencia, y ciñéndonos al tenor literal de la norma, la jornada del relevista parecía ser de un mínimo del 50% de la ordinaria del trabajador sustituido y de un máximo que marque su concepción como tiempo parcial [por ejemplo, se referen a la parcialidad de la jornada: M. GARCÍA PIQUERAS, "Los contratos de trabajo temporales. El empleo incentivado", cit., 1993, pág. 343. E. GARRIDO PÉREZ, "El contrato de relevo", MTSS, Madrid, 1987, págs. 30 y 36; A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido", cit., págs. 51 y 52; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., págs. 49 y 50; E. MARTÍN PUEBLA, "La jubilación anticipada como instrumento de Política de Empleo y su recepción por la Negociación Colectiva", D.L., n.º 29, 1989, pág. 56; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Las modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado", cit., pág. 62 y 63. En contra admitieron el contrato de relevo a jornada completa: L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 62; F.V. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 40 y 41; -por razones similares a las que seguidamente exponemos- I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 301; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", en AAVV, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, pág. 307. En nuestra opinión resultaba claro que más que establecer un límite máximo de jornada para el relevista, el legislador partía de un presupuesto tipo genérico configurado en orden a la causa de reparto-promoción que tenía en su origen la modalidad. Las razones que impulsaron la aparente fijación de máximos de jornada para el contrato de relevo no podrían vincularse a su potencial función sustitutoria, puesto que la jornada del relevista no estaba vinculada a la jornada perdida más que en un mínimo. Por otra parte, negar toda posibilidad a la contratación del relevista a jornada completa resultaba sin duda ajeno a la lógica de promoción del empleo que viene a satisfacer la fórmula contractual además de original, dado que también en etapas precedentes el trabajo a tiempo parcial ha recibido una nula o escasa promoción. En último extremo, podría haberse calificado al menos de dudosa legalidad, el establecimiento vía reglamentaria de un límite máximo no previsto por la ley que desarrolla. Además, lo que destacaba del reconocimiento del régimen jurídico del art. 8 del RD 1991/84, no era tanto su identificación con el del trabajo a tiempo parcial, que ante el silencio del legislador le correspondería en cualquier caso si esa fuese su jornada, como el reconocimiento de unas particularidades entre las que destaca un mínimo de aquélla. Por último, el propio RD. 1991/84 recogía en el art. 9.3 RD. 1991/84 un supuesto de contrato de relevo con jornada completa (vid. también, para otros casos de contrato de relevo a jornada completa propuestos por la doctrina: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 80 y en "Modalidades de contratación laboral", cit., pág. 127).

jurídico del contrato de relevo y jubilación parcial que supone probablemente la respuesta a la demanda de flexibilización de la institución en la cuantificación de una y otra jornadas mínimas, y que anteriormente se cifraba en un rígido e inamovible 50% de la jornada originaria. Se amplía así el marco de disponibilidad de las partes, que puede satisfacer tanto requerimientos de flexibilidad interna de las empresas, como facilitar la incorporación también progresiva del trabajador desempleado, pero sobre todo permitir una jubilación escalonada, progresiva o gradual y menos traumática para el trabajador. Efectivamente, el mínimo de la jornada del relevista oscilará en función de la reducida del relevado entre el 85 y el 25%⁷² de la originaria de este último, siendo variable a lo largo de la relación en atención a la posibilidad de esa jubilación escalonada.

Sobre las alteraciones de la jornada del relevista, acompasadas a la del relevado o derivadas del despido improcedente de éste, nos remitimos a lo que se dirá en el tratamiento de la jornada del relevado y su flexibilidad y al régimen de sustitución respectivamente. En cuanto a la posibilidad de que el relevo se lleve a cabo simultánea y originariamente por más de un relevista nos remitimos al estudio de los requisitos subjetivos de validez del contrato de relevo.

2.3 La distribución de la jornada

Desde la distribución de la jornada, nuevamente se relativiza el carácter supletorio del contrato, estando a lo que establezcan las partes y calculándose la reducción y distribuyéndose el tiempo de trabajo conforme a cualesquiera de los módulos admitidos para el trabajo a tiempo parcial⁷³. Este y no otro es, en nuestra opinión, el sentido que debe darse a los términos del art. 12.6.b) ET. cuando reconoce que *“el horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él”*. Frente al término “jornada” que se utiliza en ese mismo apartado para referirse a su cuantificación⁷⁴, a la duración del tiempo de trabajo, con el signifi-

⁷² En la regulación de 1998, entre el 77% y el 30%.

⁷³ La independencia de la distribución de la jornada del relevista respecto de la del jubilado parcial ha sido posible bajo las regulaciones precedentes (por ejemplo: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 302; valorado como un elemento óptimo para su promoción por L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo”, cit., pág. 63). En este sentido, la mayor parte de la doctrina reconoció desde el nacimiento de la figura la libertad de las partes en el establecimiento del régimen horario de los trabajadores (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, cit., págs. 61 y 62); la posibilidad de que fueran éstos los que fijaran sus propios esquemas de trabajo (E. GARRIDO PÉREZ, “El contrato de relevo”, MTSS, Madrid, 1987, pág. 37); incluso la posibilidad de distribución del tiempo de trabajo de los trabajadores por semanas alternas, sin someterse estrictamente, en consecuencia, a los antiguos cánones del art. 12.1 ET (F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 82). En contra, LÓPEZ CUMBRE, “Jornada parcial”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, págs. 190 y 191.

⁷⁴ La jornada como objeto contractual es el quantum de la prestación contractual debida (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 77). En el mismo sentido: J. GARCÍA BLASCO, “Flexibilidad del tiempo de trabajo; jornadas y descansos”, en AAVV, “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso Olea”. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 303 y 304; A. MARTÍN VALVERDE, “Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 685.

“horario” se atiende a la distribución de aquél⁷⁵, sin previsión de límites algunos a la reconocida libertad de los contratantes. Bien es verdad que los términos utilizados para expresión de la comentada facultad pueden dar lugar a una cierta confusión, en la medida en que pretenda limitarse el concepto de horario a un determinado módulo diario, es decir, horario en sentido estricto, entendido como la colocación de la jornada de trabajo en un marco cronológico concreto, el día natural⁷⁶, y, por consiguiente, una condición laboral con sustantividad propia, distinta de la dimensión y distribución de aquélla, o, sencillamente, el último eslabón de tal distribución. Si se deseaba recoger la línea exegética que prevaleció bajo la legislación anterior a noviembre del 98, y cuyo mantenimiento defendemos bajo la nueva regulación, habría bastado con afirmar que la distribución de la jornada del relevado era libre. Por el contrario, se opta por una fórmula descriptiva de tal posibilidad con la utilización como referente del “horario” del relevado y, particularmente, términos tales como “completar” o “simultanearse” con aquél, que podrían dar lugar a pensar que quiera resaltar, o mejor, reconducir sutilmente la institución, bajo esta legislación negociada y a la vista de lo expuesto respecto de las tareas del relevista, a su configuración como figura de “empleo compartido”, a crear una conciencia de tal⁷⁷. Podría haber sido esa la intención de los negociadores, pero, parece, que sólo a modo de declaración de intenciones y, al menos nominalmente, dirigida al trasvase de conocimientos entre los trabajadores⁷⁸. Lo cierto es que el contrato de relevo está vinculado al del jubilado parcial únicamente en la cuantificación del mínimo de su jornada; siendo dispositiva en el resto, una vez respetado ese mínimo necesario, es evidente que la jornada del relevista puede ser más extensa que la vacante del relevado, y, por tanto, no ya completarse o superponerse en la colocación diaria de una y otra, sino, sencillamente, ser independientes. Tampoco, como se ha visto, comparten necesariamente ambos trabajadores puesto de trabajo. En consecuencia, no cabe sino interpretar la comentada expresión del art. 12.6.b) ET. como equivalente al reconocimiento de la libertad de distribución de la jornada del relevista, con total independencia respecto de la que corresponda al relevado.

⁷⁵ En este sentido amplio del término, por ejemplo: G. RODRÍGUEZ PASTOR, “La modificación del horario de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 17 a 20. También lo utilizan en ocasiones: L.M. CAMPS RUIZ, “La nueva regulación del mercado de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 201; J. CRUZ VILLALÓN, “La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. Comentario a la sentencia TCT 50, 7 feb. 1989”, R.L., T.I., 1989, pág. 536; J. GARCÍA BLASCO, “Flexibilidad del tiempo de trabajo; jornadas y descansos”, cit., pág. 307; H. MERINO SENOVIOLA, “El trabajo a tiempo parcial”, Lex Nova, Valladolid, 1994, págs. 199 a 201 y 357 a 358.

⁷⁶ F. VALDÉS DAL-RE, “Régimen jurídico de jornadas y horarios de trabajo”, en AAVV, “Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles”, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1979, págs. 129 y 130. En este sentido: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 133 y 134); M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, “La fijación del horario de trabajo”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, cit., págs. 584 y 585.

⁷⁷ Curiosamente MARTÍNEZ EMPERADOR, partiendo precisamente del contrato de relevo como contrato de empleo compartido, se expresaba, en el artículo científico a que tantas veces hemos hecho referencia de forma muy similar a como ahora lo hace el legislador, incluso usando el término “horario” si bien en una acepción amplia del mismo, superadora del módulo diario (vid.: R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, cit., págs. 61 y 62).

⁷⁸ Puesto que en el Acuerdo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial de 13/11/1998, origen de la norma, en su punto 4.d) afirma que “se reconocerá la posibilidad de coincidencia horaria entre el relevado y el relevista cuando resulte conveniente y especialmente para facilitar la transferencia de experiencias y conocimientos, siempre que ello resulte posible desde el punto de vista organizativo”.

Por último, no parece que la distribución de la jornada en módulos muy amplios, como el año, pueda afectar, en principio, al requisito de la simultaneidad de ambos contratos, puesto que ello concierne a la actualización de la prestación y no a la vigencia misma de las relaciones⁷⁹.

2.4 La duración del contrato de relevo

Muy criticado en este aspecto por la doctrina precedente⁸⁰, el contrato de relevo constituye una medida de reparto prevalentemente limitada en el tiempo. Y es su carácter temporal el que lo modula, desde su regulación originaria y hasta ahora, como un contrato de reparto-fomento del empleo, dado que su temporalidad no está fijada en función de causas estructurales sino exclusivamente en orden a la potenciación de su oferta. Parece indudable, a la vista de los resultados de otras iniciativas de reparto del empleo realizadas a través de la jubilación, que el motivo de su configuración como temporal en el 84 fue pensar que el mejor medio de hacer inoperante esta modalidad de reparto del empleo habría sido vincularla inexorablemente a un contrato de relevo indefinido⁸¹. El legislador, en consecuencia, optó, y opta aún hoy, por imponer el mantenimiento las relaciones únicamente hasta la fecha que le proporcione la edad de jubilación del sustituido parcialmente, creando una nueva vía de jubilación que no aumente las cargas del empresario respecto del mantenimiento de un puesto de trabajo que podría quedar amortizado con la jubilación de aquél.

⁷⁹ J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación parcial", Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 24.

⁸⁰ Su no configuración como contrato de carácter indefinido y a tiempo parcial, con transformación automática del mismo en a tiempo completo cuando se extinguiera la relación laboral del trabajador sustituido, no asegura el rejuvenecimiento de las plantillas con mantenimiento de la dimensión de las mismas, finalidad que la norma debía haber asumido junto a la del reparto del empleo (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 58; E. MARTÍN PUEBLA, "La jubilación anticipada como instrumento de Política de Empleo y su recepción por la Negociación Colectiva", DL, nº. 29, 1989, págs. 57 y 58). Además de la objeción señalada, DURÁN manifestó dudas de legalidad a la luz de los arts. 12.5 y 15 ET(84) (F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 81), si bien reconoce el autor el alto grado de flexibilidad que la regulación de su extinción otorga a la figura (F. DURÁN LÓPEZ, "Modalidades de contratación laboral", cit., págs. 127 y 145).

⁸¹ Lo demuestra la escasa aceptación de la jubilación a los 64 años plasmada en el RD-L 14/81, de 20 de agosto, y su decreto de desarrollo, el RD 2705/81, de 19 de octubre, que exigía que el contrato fuese de "idéntica naturaleza", por consiguiente, normalmente por tiempo indefinido, lo que, a su vez, provocó que se desaconsejase por la CEOE el uso de la medida. La operatividad de esta vía de jubilación anticipada exigió de un cambio al respecto que se tradujo en el RD 1194/85 en la admisión de cualquiera de las modalidades de contratación vigentes, excepto las de tiempo parcial y del eventual, con una duración mínima de un año (vid., por ejemplo: UGT, "ANE. Acuerdo Nacional sobre el empleo", Comunicación editorial, Madrid, 1981, págs. 112 a 114; Comisión de las Comunidades Europeas, "La política de empleo en España", MTSS., Madrid, 1988, págs. 86 y 87; I. FLORES SABORIDO, "La contratación laboral como medida de política de empleo en España, CES, Madrid, 1994, págs. 36, 77 y 78; M. GARCÍA PIQUERAS, "Los contratos de trabajo temporales. El empleo incentivado", cit., págs. 352 y ss.; B. GONZALO GONZÁLEZ, F. FERRERAS ALONSO, E. GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, J.I. TEJERINA ALONSO, "Las jubilaciones anticipadas: panoramas general y comparado", RSS. nº. 16, 1982, págs. 313 y 314; L. LÓPEZ CUMBRE, "La pensión de jubilación", en AAVV, "Derecho de la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 418; E. MARTÍN PUEBLA, "La jubilación anticipada como instrumento de Política de Empleo y su recepción por la Negociación Colectiva", D.L., nº 29, 1989, cit., págs. 50 y 51; L.E. DE LA VILLA GIL, "Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985).

Su duración máxima estuvo fijada en tres años hasta la reforma propiciada por el RD-L 15/98⁸², en razón de un término cierto marcado, como decimos, por la edad del relevado establecida con carácter general en el régimen correspondiente de la Seguridad Social para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación. Tras el RD-L 15/98 su duración máxima, también fijada en función del margen temporal de la prejubilación parcial, se limitó a cinco años⁸³. Con la L. 12/2001 se lleva a cabo una importante modificación en lo referente a la duración del contrato que nos ocupa, aún cuando persista en términos generales su idéntica función o calificación prevalente como contrato de contrato de fomento del empleo y desmienta, aún con mayor fundamento, su carácter de contrato de sustitución⁸⁴.

Ahora bien, la configuración legal del contrato de relevo como temporal *certus an certus cuando*⁸⁵ nunca ha impedido, en opinión de la doctrina, su estipulación por

⁸² Últimamente en art. 12.5 ET., redacción dada por la L. 63/97, de 26 de diciembre y art. 8.b) RD 1991/84), fijados en relación a la anticipación de la jubilación parcial pero acordes en todo caso con el máximo que preveía el art. 17.3 ET. hasta 1997. El RD-L 8/97, derogado por L. 63/97, de 26 de diciembre, suprimió definitivamente para el futuro la ya restringida contratación temporal para el fomento del empleo al derogar expresamente la disposición adicional 3ª ET y dar nueva redacción al art. 17.3 ET. Esta duración de tres años también era acorde con el máximo que marcó la tradición para otros contratos de similar función de fomento de la colocación como son los formativos y de lanzamiento de nueva actividad.

⁸³ Art. 12.6, letra a) de su segundo párrafo en relación con el párrafo 1º, en la versión del RD-L 15/98 y art. 8.b) RD 1991/84. Queda así el contrato de relevo como fórmula o vestigio del contrato temporal de fomento del empleo, con una amplísima duración potencial, derivada probablemente de la homogeneización de los criterios relativos a la edad, admitiéndose la jubilación anticipada en términos generales a partir de los 60 años; y probablemente como un acercamiento o conciliación por los negociadores de los razonamientos expuestos respecto de la potenciación del uso del contrato de relevo con la declaración de intenciones del art. 17.3 ET (en su redacción establecida por la L. 63/97, de 26 de diciembre) y la prevalencia, en consecuencia, de la potenciación de la contratación estable.

⁸⁴ Tanto porque la duración del contrato se hace potencialmente muy extensa como porque dicha duración temporal se hace en gran medida autónoma de la efectiva jubilación total del trabajador relevado. En este sentido, destacan la mayor autonomía funcional del actual contrato de relevo respecto del contrato del jubilado parcial: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, "La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»", R.L., n.º. 17, 2001, pág. 6.

⁸⁵ R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", pág. 51. Y así es desde sus orígenes pues el art. 12.6.a) ET/98 y, anteriormente el párrafo b) del artículo 8 RD 1991/84, dejaban bien claro cuál era la duración del contrato: "... será igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar...". Se fija por consiguiente su duración a través de una fórmula puramente cuantitativa ya que su referencia no es tanto la efectiva jubilación, sino el tiempo que falte para cumplir la edad, cuantificable, por lo demás, en el mismo instante de concertación del negocio jurídico. También la duración del contrato de relevo temporal del 2001 y sus prórrogas se fijan en función de un término, aún cuando la posibilidad de su concertación y la de sus prórrogas se hagan depender de la pervivencia del vínculo contractual a tiempo parcial del relevado.

⁸⁶ Lo cierto es que, con anterioridad a la reforma del 98, la norma garantizaba, en una primera interpretación y a lo sumo, un mínimo de duración determinable en función de la edad del relevado y establecía un máximo para la jubilación parcial, pero no de forma clara para el contrato de relevo (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 307 y 308; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Las modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado", cit., págs. 64 y 65). En tanto que el art. 8.b) ET. RD 1991/84 hacía pensar en el contrato de relevo como en un contrato conformado necesariamente a tiempo determinado, dado que establece que la duración del contrato será igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación establecida con carácter general en el Sistema de la Seguridad Social para causar derecho a la pensión de jubilación, el art. 12.5 ET. en su segundo párrafo subrayaba -como hizo posteriormente también el segundo párrafo y la letra a) del art. 12.6 ET/98- el carácter de mínimo de duración de jornada y, según interpretación doctrinal anterior al 98, de forma indirecta, de duración de la relación del relevista [por ejemplo: L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo", cit., pág. 61; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 52; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 307 y 308; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado", cit., págs. 64 y 65. En esta línea, para RAMÍREZ MARTÍNEZ lo más que se establece es una presunción iuris tantum a favor de la duración temporal del contrato de relevo (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 308). En la misma línea, LÓPEZ MORA reconoce que la fórmula legal privilegia la temporalidad del contrato de relevo pero no la impone (F.V. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 41 y 42)]. No obstante, algún autor señala que en tal caso el contrato no sería propiamente el de relevo sino uno indefinido ordinario, dado que ontológicamente la vigencia de éste está vinculada a la función de sustitución temporal del jubilado parcial y por tanto a la jubilación ordinaria del relevado (I. GONZÁLEZ DEL

tiempo indefinido⁸⁶ o la previsión de su consolidación como tal a la llegada del término⁸⁷ e, incluso según algún autor, su válida celebración —ahora claramente inadmisibles⁸⁸— como contrato temporal de duración superior a la legalmente determinada para el contrato de relevo manteniendo éste tal naturaleza a lo largo de toda su vigencia⁸⁹.

La posibilidad de concertación indefinida del contrato de relevo se receptiona finalmente de forma expresa en el art. 12.6.a) ET. a partir de la L. 12/2001, aún cuando sigue manteniéndose el contrato de relevo en su modalidad temporal o, quizá mejor, en sus diversas modalidades⁹⁰. Efectivamente, coherente con la nueva dirección legislativa de potenciación de la permanencia en activo de los trabajadores más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, así como de facilitación del tránsito voluntario, gradual y flexible a la jubilación, el “retiro” parcial se extiende en el 2001 más allá del cumplimiento de dicha edad, lo que conlleva, a su vez, la modificación de la duración del contrato de relevo. Pueden distinguirse dos submodalidades

REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 305 y 306). Por el contrario GARCÍA PIQUERAS afirma que la temporalidad es consustancial al contrato de relevo (M. GARCÍA PIQUERAS, “Los contratos temporales”, cit., págs. 344 y 345). También lo configura como contrato tajantemente temporal, E. GARRIDO PÉREZ, “El contrato de relevo”, cit., págs. 51 a 52; L.E. de la VILLA GIL, “Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo”, en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, “Reforma de la legislación laboral”, cit., págs. 125 y 129. La formulación de la duración del contrato de relevo, a diferencia de la regulación anterior a la reforma del 98, ha sido incorporada con tal reforma al propio texto del Estatuto, lo que tampoco obsta al mantenimiento de la interpretación expuesta, salvo que se admitan consecuencias absurdas contrarias al principio de estabilidad y a la lógica del fomento del empleo estable.

⁸⁷ R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, cit., pág. 52; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 307; M. RODRÍGUEZ-PINERO, “Las modalidades de contratación laboral...”, cit., pág. 64.

⁸⁸ El hecho de que la específica modalidad temporal del contrato de relevo y su duración estén previstas en el propio articulado del Estatuto a partir del RD-L 15/98 (art. 12.6.a) ET) y no sólo su *nomen iuris* y jornada mínima como sucedía antes, se erige en un grave obstáculo para el mantenimiento en la actualidad de tales postulados, ya que dicho precepto puede ser interpretado sin vacilaciones por su formulación y rango normativo como una norma de derecho necesario que, a su vez, impone un modelo contractual específico. A partir de ahora, el contrato de relevo tipificado legalmente será la única vía apta para la sustitución, lo que se confirma por la reforma del 2001 con la ampliación de los posibles relevistas a los trabajadores temporales de la empresa y, por el art. 166.2 LGSS y sobre todo a nivel reglamentario, con la Disp. Adic. Primera.1 y Segunda.3 del RD. 1131/2002, de 31 de octubre, que remiten sin género de dudas y en régimen de exclusividad a la «modalidad de contrato de relevo» del art. 12.6 ET.

⁸⁹ La divergencia de planteamientos se presentaba en la identificación del instrumento contractual que permitía esa duración más extensa; para unos el propio contrato de relevo (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, cit., pág. 52), para otros necesariamente a través de uno de los contratos temporales admitidos por nuestro Ordenamiento (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 308. En el mismo sentido: F.V. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 41). Por las razones expuestas en las notas precedentes, es decir, la apreciación de un mínimo de duración de jornada y a lo sumo del contrato fijada legalmente por el art. 12 ET anterior a la reforma del 98, y sólo a través de reglamento de la previsión del término cierto al contrato, partían estos autores del reconocimiento de un mínimo de duración de la relación y de la consideración de dicho término como una autorización no justificada por la temporalidad de la actividad a realizar, sino en orden al fomento del empleo. La existencia de un mínimo de duración podría suponer, por tanto y en principio, la admisión de todo contrato indefinido o temporal que respetase el mencionado requisito. La temporalidad del contrato de relevo típico, expresamente creado por el legislador para dar viabilidad a esta fórmula de reparto temporal del empleo, estaba prevista en los párrafos b) y d) del art. 8 del RD 1991/84 de 31 de octubre, y gozaba de la cobertura legal del art. 12.5/97 y del 17.3 ET/97 (L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, cit., pág. 172). De todas formas, parecen planteamientos teóricos ajenos al interés práctico, particularmente dada la extensa duración del contrato a partir de la reforma del 98 y puesto que, en todo caso, si se desea que el vínculo laboral supere la duración del contrato de relevo típico resultaría mucho más fácil y dotado de una mayor seguridad jurídica estipular uno de tal carácter y con posterioridad, si se quiere, otro estructural, dado que la sucesión de los mismos es en principio posible en analogía a la doctrina jurisprudencial sobre encadenación lícita de contratos temporales de fomento del empleo y estructurales (L.F. ANDINO AXPE, “Los nuevos contratos temporales”, A.L. n.º 31, 1995, pág. 547 y 548; J. LÓPEZ LÓPEZ, “La contratación temporal y el fraude de ley”, R.L., T.II, 1990, págs. 345 a 347).

⁹⁰ No obstante, vista la flexibilidad que la regulación legal confiere al contrato de relevo temporal, la doctrina reconoce como improbable el uso del contrato indefinido (M. RODRÍGUEZ-PINERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, “La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo...”, cit., págs. 4).

de contrato temporal de relevo atendiendo al régimen de duración y prórrogas del mismo y delimitadas en función del momento en que se jubile parcialmente el trabajador, si antes o después del cumplimiento por el relevado de la edad ordinaria de jubilación. No obstante, si bien es verdad que de la literalidad del segundo párrafo del art. 12.6 ET., así como de su letra a) puede deducirse en una primera interpretación que la división de las submodalidades debe hacerse atendiendo al momento en que se acceda a la jubilación parcial por el relevado, la amplia libertad de contratación que parece a simple vista caracterizar al contrato de relevo una vez se alcancen por el relevado los 65, podría hacer dudar de si el criterio principal a tener en cuenta será el del momento de contratación del relevista. Sobre ello volveremos más adelante, en este mismo subepígrafe.

En definitiva, el contrato de relevo concertado en el marco de la prejubilación progresiva tendrá una duración mínima determinada por la fecha en que el relevado alcance la edad ordinaria de jubilación. Esta duración podrá consistir, por tanto, en un máximo de cinco años, duración potencial que es desde luego muy extensa. Dentro del plazo máximo de los cinco años de la jubilación parcial anticipada la duración del contrato de relevo no conoce mínimos, por lo que podrá tener teóricamente una vida muy breve. La permisón de mantener la jubilación parcial más allá de esta fecha a partir del 2001, introduce a su vez la posibilidad, conformada claramente como potestativa, de mantener el contrato de relevo vigente. Para ello no se impone la contratación indefinida, pese a que la amplia duración potencial del contrato de relevo hasta tal fecha lo podría haber justificado. Sin embargo, como insistiremos más adelante, una vez que abordemos el estudio de la jubilación parcial, el objetivo prevalente que se persigue en esta fase de la jubilación parcial no es el del reparto del empleo, sino el mantenimiento del relevado en activo. Por este motivo, no sólo no se impone la contratación indefinida, sino que no se obliga siquiera al mantenimiento del contrato temporal. Este podrá prorrogarse por acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado⁹¹.

El segundo subtipo se corresponde con el contrato de relevo temporal que se concierte, nuevamente con carácter potestativo, una vez el relevado acceda a la jubilación parcial después de haber alcanzado la edad de jubilación. La duración de este contrato será de un año, prorrogable automáticamente por períodos anuales y, extinguiéndose de la misma forma que el anterior, al finalizar dicho período anual una vez que se produzca en el intermedio la jubilación total del relevado.

Resulta bastante llamativo en una primera instancia, el diferente régimen de prórrogas de uno y otro contrato. En la primera de las submodalidades, las prórrogas requieren del acuerdo de las partes⁹² en tanto que en la segunda aquéllas son

⁹¹ Sin que quepa alteración del régimen de duración del contrato de relevo ni de sus prórrogas por la autonomía individual o colectiva (F.J. CALVO GALLEGGO, "El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial", CARL, Mergablum, Sevilla, 2002, págs. 160 a 162).

⁹² En similar sentido: F.J. CALVO GALLEGGO, "El acceso ...", cit., págs. 163 y 164. En contra, sólo requiere acuerdo de las partes la prórroga inicial, no así las sucesivas: G.L. BARRIOS BAUDOR, "Contratos a tiempo parcial por jubilación parcial", en AAVV, "Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001", Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 79.

automáticas, en ambas, una vez que continúe el trabajador jubilado parcialmente en la empresa. Ello viene a suponer, en favor respecto del primero, y probablemente sea precisamente esto lo que se persigue, que la ausencia de acuerdo expreso impondrá su presunción de celebración por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario de su temporalidad (art. 49.3.c) ET.)⁹³, lo que, por otra parte, resultará en principio bastante difícil por tratarse de un contrato temporal de fomento del empleo, no estructural. Por el contrario, en el contrato temporal de relevo concertado con posterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación por el relevado la regla es la de la prórroga tácita del mismo, lo que hará muy difícil, sino imposible, la presunción de conversión en indefinido antes de cumplirse su término final. El diferente régimen de prórrogas parece entonces responder a la compensación entre el fomento del empleo que se persigue, desde la perspectiva de su atractivo del lado empresarial, y la protección del trabajador relevista que ve en exceso prolongada la inestabilidad de su empleo o, en términos más generales, del puesto de trabajo o situación en la empresa.

Enlazando con lo anterior, nos parecen inusuales las consecuencias que pueden derivarse del régimen legal de duración del contrato de relevo. Repárese en que el art. 12.6 ET. no establece límite alguno de prórrogas, directo o indirecto por ejemplo a través de la fijación de una duración global máxima, ni para una ni para otra submodalidad de contrato de relevo temporal. Tampoco se prevé por el momento ninguna limitación legal al encadenamiento de los contratos respecto de un mismo relevista que, por ejemplo, cubra sucesiva o simultáneamente a través de diversos contratos la jornada de varios relevados en un mismo puesto de trabajo⁹⁴. Finalmente no se ha regulado la sucesión de relevistas en el marco de la jubilación parcial ordinaria. En general y en defecto de regulación expresa en el RD. 1131/2002, en nuestra opinión, podrá realizar esta labor ordenadora el convenio colectivo, y no sólo en virtud del llamamiento genérico a la negociación colectiva para la potenciación de los contratos de relevo (art. 12.6.d) ET), sino en necesaria y correcta aplicación de los apartados 5 y 7, segundo párrafo, del art. 15 ET, en definitiva, el establecimiento de requisitos con objeto de prevenir abusos en la encadenación subjetiva u objetiva de contratos temporales, y la fijación de criterios y compromisos de conversión de los contratos temporales en indefinidos. En cuanto a la sucesión de relevistas, propugnamos una interpretación del art. 12.6 ET. –de hecho se refiere siempre a “«prórroga»– apoyada también en el art. 12.2 y la Disp. Adic. Segunda RD. 1131/2002, favorable a la estabilidad en el empleo temporal del relevista también en el ámbito de la jubilación parcial ordinaria. Así, podría deducirse respecto de ambas submodalidades de relevo temporal, una concepción unitaria de la relación laboral que surge vinculada a

⁹³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, “La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo...”, cit., pág. 6. No obstante, parece admitir también la prórroga tácita del contrato de relevo en este supuesto: F.J. CALVO GALLEGÓ y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo”, *Temas Laborales*, nº 61, 2002, pág. 196.

⁹⁴ Rechaza en términos generales que un único trabajador desempleado sustituya a dos jubilados parciales –entendemos simultáneamente– con una vaga razón de avenirse mal a la finalidad de fomento del empleo, y salvando, no obstante, la posibilidad de que en casos concretos sí deba mantenerse por ser razonable: Resolución de la Dirección General del INSS de 6 de febrero de 2003, publicada en *Tribuna Social*, nº 151, 2003, págs. 82 y 83. Piénsese que las dificultades que eventualmente surjan en caso de incrementos del porcentaje de jubilación no son insuperables con la intervención de otro u otros relevistas.

la fecha de acceso a la jubilación parcial y la imposición legal, por ser ese el presupuesto objetivo del que parte dicho precepto –y de la regulación reglamentaria referida–, de mantenimiento en el puesto de trabajo del relevista que ya viniese desempeñando dicho papel, asimilándose en cierto modo al contrato de interinidad con el que comparte su causa –o la ocasión– de sustitución. La ausencia de prórroga encadenada a la concertación de contrato de relevo que supla al anterior relevista, sería entonces constitutiva de un despido y no de válida extinción del contrato llegado su término. Y la suplencia del relevista, al que debe entenderse aplicable la Disp. Adic. segunda. 3 RD.1131/2002, supondría una sucesión en el régimen legal aplicable al primero de ellos, no sólo en lo que respecta a mínimos de jornada, sino también en lo que respecta, probablemente, al régimen de prórrogas. Esta propuesta interpretativa es la que me parece más coherente con los presupuestos, finalidades y régimen legal del contrato, con el favorecimiento de la estabilidad en el empleo y la más adecuada para dificultar la sucesión arbitraria, descausalizada e interesada de relevistas. En mi opinión, el vacío legal no puede interpretarse como una carta en blanco, una cuasi-absoluta liberalización del contrato, sino como una asunción de las reglas expresamente previstas por cuanto la ausencia de imperatividad en la contratación no elude la identidad de los supuestos en que voluntariamente se asuma dicho contrato (art. 4 Cciv.). Por otra parte, la redacción del precepto estatutario como la del art. 10b) RD. 1131/2002 no dejan claro si la exigencia de simultaneidad de la concertación del contrato de relevo es predicable, igualmente, respecto de la jubilación parcial ordinaria. ¿Cabría entonces la contratación posterior en relevo, e incluso la sucesión intermitente de relevistas? En nuestra opinión y como criterio general, el requisito de la simultaneidad entre contratación y jubilación parcial o entre esta contratación y las alteraciones de la jornada del relevado –que abrirían la posibilidad de contratación mínimamente justificada– debe propugnarse también en tales casos, a fin de evitar el uso abusivo de este contrato de fomento del empleo, salvo que realmente pueda apreciarse una relación causal en sentido amplio entre dicho contrato y la jubilación parcial ordinaria del trabajador.

Para concluir, de pactarse en el contrato un término inferior al exigido legalmente, en aplicación de los art. 1.3.c) y 9.1 ET., la única consecuencia será la de considerar tal cláusula de duración nula y completada por los respectivos preceptos jurídicos, es decir, por la duración prevista en el art. 12.6 del mismo cuerpo legal⁹⁵. Ahora bien, toda vez que a partir de la L. 12/2001 la duración del contrato de relevo se configura indiferentemente como indefinido o temporal, la anulación parcial del mismo en lo relativo a su duración impondrá su presunción de celebración por tiempo indefinido, toda vez que éste sigue siendo, según vimos en este capítulo, principio general de nuestro ordenamiento laboral.

⁹⁵ R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, cit., pág. 51.

⁹⁶ No obstante, no es de aplicación al contrato de relevo el tipo de cotización por desempleo previsto para la contratación temporal (art. 100. nueve L. 2/2004, 27-12, PGE).

2.5 Reglas comunes a la contratación temporal, común o parcial

Rescapitulando sobre lo que ya se ha dicho, la configuración del contrato de relevo como contrato temporal conlleva la aplicación de reglas comunes a todos ellos⁹⁶, tales como la limitación de los salarios de tramitación, plus y cómputo de la antigüedad, ... y respecto de su extinción los problemas relativos a la aplicación de las reglas generales sobre preaviso y denuncia. Una vez llegado el término del contrato o de la última de sus prórrogas éste se extinguirá (arts. 12.6.a) y 49.1.c) ET.), salvo, por supuesto, prórroga expresa o tácita de la relación por continuar prestando servicios una vez alcanzado aquél⁹⁷. Respecto de la exigencia de denuncia y preaviso, el común de la doctrina ha apreciado siempre su mantenimiento también frente a este contrato por establecerse las mismas con carácter general en el referido art. 49.1.c) ET⁹⁸.

Finalmente, en aplicación de las reglas comunes a la contratación temporal previstas en el art. 49.c) ET., el trabajador relevista tendrá derecho a una indemnización económica de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por año de servicio, a la mejorada en su caso por convenio colectivo o la establecida, en su caso, por la normativa específica que le sea de aplicación⁹⁹.

Respecto de la retribución del trabajador relevista y demás derechos derivados de su relación de trabajo, es evidente la aplicación de las reglas generales, como genéricamente recoge respecto del contrato a tiempo parcial el párrafo 4. d) del art. 12 ET. y el art. 15.6 ET. respecto de los contratos temporales. Le corresponde el salario acorde a sus condiciones de trabajo, y sin vínculo directo alguno con aquél que

⁹⁷ Con independencia de que se haya denunciado el contrato puesto que si ello ha sido así y se continua prestando los servicios es evidente que se ha revocado la voluntad extintiva antes de su término final o, si se prefiere, se ha dado lugar a un nuevo contrato por voluntad tácita (V.A. SEMPERE NAVARRO y M. CARDENAL CARRO, "Los contratos temporales ordinarios en el Ordenamiento Laboral", Colección doctrina y jurisprudencia, La Ley-Actualidad Laboral, Madrid, 1996, pág. 120).

⁹⁸ E. GARRIDO PÉREZ, "El contrato de relevo", cit., pág. 54; M. GARCÍA PIQUERAS, "Los contratos temporales", cit., pág. 343 y en "Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral", cit., pág. 274; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 305 y 306; L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo...", cit., pág. 63; F.V. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 42; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 65. Y ello a pesar de que la dición del -ahora explícitamente derogado por el RD. 1131/2002- párrafo d) del art. 8 RD 1991/84 que, al omitir tal exigencia, sustentó en ocasiones la defensa de la automatidad de la extinción de aquélla llegado el término (por todos: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 81; A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido", cit., pág. 50).

La ausencia de denuncia afectará a la duración del contrato, no a la de la jornada (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 65; A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido", cit., pág. 50).

⁹⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, "La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo...", cit., pág. 5. Respecto de etapas precedentes y, concretamente, de la anterior redacción del art. 17.3 ET (modificada por el artículo segundo del RD-L 8/97, de 16 de mayo), se planteó un problema de adecuación del RD. 1991/84 en tanto que éste no previó indemnización alguna a la finalización del mismo. Indemnización que, introducida en el art. 17.3 ET por la reforma del 84 y no prevista para los contratos «normales», parecía justificarse en la consideración del contrato temporal de fomento del empleo como una «concesión» del legislador al empresario que se beneficia de su uso y por la que éste tendrá que indemnizar al trabajador dado el perjuicio que le provoca la pérdida de su empleo (M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral", cit., pág. 43). Razones que, por otra parte y dada la flexibilidad que reconocemos al contrato de relevo, persistirían a la extinción del contrato de relevo, sin que deban considerarse compensadas por el beneficio que suponga para el trabajador el reparto del empleo o por las dificultades de organización que pueda suponer para el empresario la división del puesto de trabajo.

percibiese el relevado; sus circunstancias personales y profesionales, no son ni tienen por qué ser idénticas, sino, a lo sumo, similares, y por la vía indirecta de la similitud de funciones¹⁰⁰.

2.6 Requisitos subjetivos de validez

El contrato de relevo siempre ha exigido el carácter de desempleado del relevista, en coherencia con la finalidad de reparto del empleo de aquél. En concreto el art. 12.6 ET. se refiere a “*un trabajador en situación de desempleo*”, términos prácticamente idénticos a los hasta ahora utilizados para referirse a aquél desde su primera redacción. No obstante, la L. 12/2001 introduce en este aspecto lo que consideramos una importante novedad –adelantada, no obstante, por nuestros Tribunales–, puesto que amplía el ámbito subjetivo del contrato a los trabajadores temporales de la empresa.

En cuanto a qué deba entenderse por “situación de desempleo”, puede considerarse ésta como equivalente a “desempleado” y no como “situación legal de desempleo”. Esta interpretación, además de pacífica desde años atrás¹⁰¹, es la más coherente con la diferente finalidad de una y otra expresión, enmarcada una en el fomento del empleo y referida la otra al ámbito de la protección social por desempleo (art. 208 LGSS), además de evitar consecuencias tan absurdas como negar el carácter de desempleado a efectos de ser relevista a aquél que aspirase a un primer empleo.

Además, debe entenderse por desempleado aquél que lo sea materialmente, con independencia de que esté o no inscrito como desempleado. Esta afirmación no se basa sólo en la desaparición de la obligación general de inscripción recogida en el derogado art. 42.2 LBE¹⁰², sino también en la efectiva desaparición de dicho requisito conforme a la interpretación en extremo flexibilizadora del mismo por la jurisprudencia, tanto respecto del contrato de relevo vinculado a la jubilación parcial, como a institutos cercanos a él, el contrato de sustitución vinculado a la jubilación especial a los 64 años¹⁰³ y el contrato temporal de fomento del empleo¹⁰⁴. Se vino a admitir por

¹⁰⁰ S. TSJ. Asturias 12-3-2004 (AS. 127147).

¹⁰¹ Por ejemplo: Comisión de las Comunidades Europeas MISEP, “La política de empleo en España”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, págs. 86 a 88. Es de señalar respecto de sus precedentes que, vista la redacción del art. 7 RD 1991/84, y la diferente definición de trabajador en situación legal de desempleo del art. 6 de la L. 31/84, de 2 de agosto, de protección por desempleo, se suscitó un breve debate doctrinal bajo la legislación precedente al 98. Efectivamente, con carácter general el art. 7 RD 1991/84 requería para la validez del contrato de relevo que se concertase con un trabajador inscrito como desempleado en la correspondiente Oficina de Empleo. Concretaba, por consiguiente, qué debía entenderse por “trabajador en situación de desempleo” del art. 12 ET, extendiendo de esta forma el campo subjetivo más allá de lo que sería el concepto de trabajador en situación legal de desempleo del referido art. 6 de la L. 31/84, que se dirigía únicamente a identificar las extinciones o suspensiones, o reducciones de jornada susceptibles de dar lugar a derecho a las prestaciones correspondientes por desempleo (F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 80. De forma similar: R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, cit., pág. 61. En contra: M. GARCÍA PIQUERAS, “Las modalidades de trabajo en la reforma laboral”, Comares, Granada, 1995, pág. 273).

¹⁰² Disposición Derogatoria L. 56/2003, de 16 de diciembre, Ley de Empleo.

¹⁰³ G.L. BARRIOS BAUDOR, “Contratos a tiempo parcial por jubilación parcial y de relevo”, AAVV, “Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 74. En esta línea “análoga”: L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del empleo”, cit., pág. 60.

¹⁰⁴ La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, aún con vacilaciones iniciales, descarta una postura rígida al respecto de los contratos temporales de fomento del empleo al considerar que si bien la condición de desempleado constituye un requisito esencial del contrato celebrado al amparo del RD 1989/1984, no lo son, en cambio, las obligaciones inscripción y

nuestros Tribunales la condición de desempleado incluso en los supuestos de sucesión contractual sin solución de continuidad, observado el requisito de hallarse desempleado desde una perspectiva material y no formal e interpretada la finalidad del contrato temporal de fomento del empleo como preventiva y no exclusivamente reparadora de una actual situación de desempleo.

En esta línea se explica la introducción expresa de la posibilidad de que el trabajador relevista sea un trabajador temporal de la misma empresa tal y como venía siendo admitido por nuestros Tribunales¹⁰⁵. Aún cuando, desde luego, igualmente responda a la traducción al contrato de relevo del art. 15.7 ET., permitiéndose así el acceso del trabajador temporal a un contrato de trabajo indefinido vía contrato de relevo que, de lo contrario, le estaría extrañamente vedado. Cabe advertir, no obstante, que la posibilidad de contratar temporalmente en relevo a un trabajador de la empresa se refiere, exclusivamente, a los trabajadores temporales, descartados por supuesto los trabajadores indefinidos en cuanto supondría una renuncia ilícita de derechos ex art. 3.5 ET¹⁰⁶. Rechazamos por tanto la línea jurisprudencial que aún desde la perspectiva del acceso a la jubilación parcial, ha venido admitiendo la licitud del contrato temporal de relevo concertado con trabajador indefinido a tiempo parcial de la empresa que días antes extingue voluntariamente dicho contrato¹⁰⁷. De hecho, las posibles ventajas obtenidas con la ampliación de la jornada de aquél para la asunción de la sustitución en el empleo del trabajador, hacen innecesaria la renuncia del carácter indefinido del contrato, y que bien puede articularse a través de un nuevo contrato o, en términos menos formales por qué no, de una ampliación temporal voluntaria de la jornada del contrato indefinido previo¹⁰⁸. El origen del pro-

solicitud ante la Oficina de Empleo (SS. TS. 21-12-1992, RJ. 10346; 1-2-1996, RJ.1504; 21-5-1996, RJ. 4603;5-7-1996, RJ. 5753; 29-11-1996, RJ. 8751;15-1-1997, RJ. 34; 11-2-97, RJ. 1255; 14-3-97, RJ. 2467; 22-5-1997, RJ. 4420), admitiéndose, por lo demás, que la condición de desempleado concurre incluso en las situaciones de sucesión contractual, sin solución de continuidad o con breves lapsos temporales, al cumplir el contrato su función de fomento del empleo (por ejemplo: SS. TS. 1 y 23-2-96, RJ. 836 y 1504; 5-7-96, RJ. 5753; 29-11-1996, RJ. 8751; 15-1-97, RJ. 34; 17-11-97, RJ. 8425. En este sentido también: S. TSJ. País Vasco 30-4-2001 (AS. 4402); SS. TSJ. Cataluña 4-10-1999 (AS. 4198) y 19-5-1998 (AS. 2768) y 19-11-1997 (AS. 3935). Por el contrario, el Tribunal Supremo ha descartado el desempleo del trabajador cuando deriva del cese voluntario del contrato temporal estructural precedente para la concertación inmediata del contrato de fomento del empleo [S. TS. ud. 19-2-1998 (1845)]. Al respecto véase: F. CAVAS MARTÍNEZ, "Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina", Aranzadi Social, enero 1997, págs. 39 a 43; J.R. MERCADER UGUINA, "La contratación temporal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 56 a 60; V.A. SEMPERE NAVARRO, "Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina", Aranzadi Social, noviembre 1997, pág. 23.

¹⁰⁵ S. TSJ. Cataluña 15-10-2002 (JUR 2002/284238).

¹⁰⁶ En este sentido, descartan la contratación en relevo del trabajador indefinido: F.J. CALVO GALLEGOS y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo", *Temas Laborales*, nº. 61, 2001, pág. 194. Por otra parte, y como no podría ser de otra forma, la citada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre contrato de fomento del empleo excluyó de los supuestos de encadenamiento lícito aquéllos en que la relación laboral hubiese devenido en indefinida por ilicitud del contrato temporal precedente al de fomento del empleo [SS. TS. 21-9-1993 (RJ. 6892) y 7-7-1997 (RJ. 6250)].

¹⁰⁷ SS. TSJ. Navarra 30-9-2002 (AS. 2002/3210), 30-7-2002 (AS. 2002/3153), 22-4-2002 (AS. 2002/1614); S. TSJ. Cataluña 2-9-1999 (AS. 3615). Una crítica a esta línea jurisprudencial por apreciar un más que probable fraude de ley con marginación de la finalidad de la figura de reparto del empleo en: M.T. IGARTUA MIRÓ, "Jubilación parcial y contrato de relevo. Problemas relativos a la interpretación del requisito de estar «desempleado» impuesto al relevista", *AS.*, nº 18, 2003, págs. 19 y ss. Sí aprecia fraude de ley en la contratación como relevista de un trabajador vinculado con la empresa con contrato indefinido y a tiempo completo hasta pocos días antes: S. TSJ. País Vasco 27-11-2002 (JUR 43345).

¹⁰⁸ También consideran innecesaria la extinción del contrato indefinido previo y definiendo la posibilidad de continuación de la relación anterior: S. DEL REY GUANTER (dir.), A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, "El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social", *La Ley*, Madrid, 2003, pág. 182.

blema podría estar, no obstante, en razones de índole formal, cual es la exigencia de celebrar contrato¹⁰⁹, como en la de identidad de la jornada ampliada con la vacante del relevado. Y como solución alternativa, quizá podría moderarse ponderadamente este último requisito en tales casos no sólo en atención la facilitación de la jubilación parcial anticipada, sino también a la finalidad amplia de política de empleo de ésta y a la potenciación de las ampliaciones voluntarias de la jornada del contrato a tiempo parcial (art. 12.4.e) ET), tanto más cuando se acepta tan extensamente, como veremos, la sucesión del contrato temporal por el contrato de relevo. Como solución alternativa también podría proponerse en tales casos la asunción de la jornada vacante por diversos relevistas, por ejemplo, a través de la ampliación de la jornada de dos o más trabajadores a tiempo parcial conforme a las reglas previstas por convenio o acuerdo colectivo (art. 12.4.e) y 6 d) ET)¹¹⁰. De hecho es posible en la práctica que haya más de un relevista (art. 12.2 y Disp. Adici. Segunda RD. 1131/2002). Piénsese que de no dar una solución flexible a tales casos supondría un lastre para la promoción del trabajador indefinido a tiempo parcial y una importante limitación para la jubilación parcial. En cualquier caso, de no apreciarse así, lo procedente sería declarar la nulidad parcial del acuerdo o, en su caso, del contrato de relevo con alteración de la jornada (art. 9.1 ET).

Por otra parte, nuestro legislador no reconoce ningún límite expreso para la sucesión contractual, de manera que cabría la contratación en relevo en los supuestos de cambio de la modalidad contractual temporal motivada por el cese voluntario en la primera de ellas¹¹¹. Piénsese que, de lo contrario, la introducción de esta posibilidad tendría una virtualidad tan escasa que convertiría en despreciable el esfuerzo de reforma o aclaración normativa que se lleva a cabo, además de innecesaria por evidente. De forma similar a como han aceptado nuestros Tribunales respecto de la sustitución en la jubilación a los 64 años, además de favorecer el tránsito flexible y voluntario a la jubilación se observa el fomento del empleo desde una perspectiva esencial y pragmática de mejora de la calidad del empleo y de su estabilidad (Exp. Motiv. L. 12/2001). De hecho a nadie se le oculta el interés que puede tener el trabajador temporal en el contrato de relevo, bien atendiendo a su diferente jornada, bien por la expectativa de empleo que supone su extensa duración y la ilimitada previsión de sus prórrogas. Sin embargo, la aceptación incondicionada de tal amplitud subjetiva ade-

¹⁰⁹ Quizá estos motivos avocan a la extinción voluntaria del contrato indefinido a tiempo parcial para ser contratado seguidamente por la misma empresa con un contrato de relevo indefinido de jornada muy superior [y que en la línea de las sentencias citadas en la nota precedente, lo consideran desempleado a los efectos discutidos la S. TSJ. Navarra 22-3-2002 (JUR 2002/104305)].

¹¹⁰ Aún cuando la S. TS. 18-3-2002 (RJ. 5211) se refiera a la jubilación especial a los 64 años en dos empresas distintas, admite la concertación de dos contratos de relevo con diversos relevistas. En la línea que proponemos, se admite la cobertura de la jornada vacante por tres relevistas distintos, en un supuesto en que las exigencias de titulación dificultaban o impedían la contratación de uno sólo de ellos: S. TSJ. Castilla-La Mancha 14-4-2005 (JUR 99327). En contra, la Resolución de la Dirección General del INSS, de 6 de febrero de 2003, rechaza la solución que proponemos pues no encaja con la exigencia de cobertura de la jornada vacante por el contrato de relevo, con apoyo en el art. 12.6 ET y en la Disp. Adici. segunda RD. 1131/2002 (publicada en Tribuna Social, nº 151, 2003, págs. 82 y 83).

¹¹¹ De hecho, así lo ha aceptado el INSS por resolución de la Dirección General de 10 de julio de 2001, publicada en Tribuna Social, nº 128-129, 2001, págs. 73 y 74, con el único condicionante de que la duración del contrato temporal fuese inferior a la del propio contrato de relevo. Sobre ello, y en la misma línea, insistimos seguidamente.

¹¹² Pero también cabe su utilización por la negociación colectiva como medio de incorporación de los trabajadores temporales de las empresas auxiliares a la empresa principal en que se jubila parcialmente el trabajador [S. TSJ. Asturias 2-7-

más de relativizar nuevamente el carácter del contrato de relevo como un contrato de sustitución en puridad, podría dar lugar a que la jubilación parcial se torne a través de la contratación de trabajadores temporales de la empresa en una vía de amortización de puestos de trabajo contraria al espíritu de la reforma del 98¹¹², y no tan sólo –como funcionalidad acumulativa– en un instrumento indirecto de adecuación y reordenación de plantillas. La cuestión deberá resolverse, entonces, equilibrada y casuísticamente, atendiendo a la finalidad de fomento-reparto del empleo del contrato y al cumplimiento de los requisitos y objetivos de la jubilación parcial¹¹³, aún cuando probablemente no limite sino los supuestos más burdos constitutivos de un claro fraude de ley¹¹⁴. Téngase presente una última precisión. Esta problemática se ciñe, fundamentalmente, a la jubilación parcial anticipada, única modalidad de jubilación parcial respecto de la que debe evitarse su transformación en una mera fórmula de amortización de puestos de trabajo. Por el contrario, los problemas que puedan suscitar el fraude de la figura se alteran en el supuesto de la jubilación parcial ordinaria para enmarcarse en el ámbito de la utilización abusiva y oportunista de la modalidad contractual de relevo.

2004 (AS. 2488)]. El legislador, particularmente a partir del 98, opta claramente por tratar de impedir que la jubilación parcial anticipada y, en general el contrato a tiempo parcial, puedan ser una vía legítima de sustitución del empleo estable y a tiempo completo por un empleo precario a tiempo parcial y temporal, así como servir de instrumento al servicio de la amortización de puestos de trabajo. Así se deduce de: la limitación de las funciones del relevista, a pesar de los matices que hemos introducido; la utilización del término “horario” respecto de la distribución de la jornada del relevado (elementos ambos que pretenden asimilar la noción del contrato de relevo a una fórmula de sustitución); la excepcionalidad de su temporalidad, por su amplitud potencial y carecer de causa estructural; la exclusión vía reglamento de la jornada parcial en el contrato de interinidad salvo en los supuestos en que el puesto de trabajo lo sea a tiempo parcial o para completar jornadas reducidas del art. 37.5 ET (art. 5.2. RD 2720/98); la tradicional exclusión del contrato a tiempo parcial de la jubilación especial a los 64 años; y, en general, los esfuerzos por incentivar la contratación a tiempo parcial indefinida vinculando a esta la posibilidad de pactar una banda horaria elástica, y por reconvertir al contrato a tiempo parcial en un mecanismo transitorio de acceso al empleo o de adaptación a las necesidades personales de los trabajadores.

¹¹³ Se podrían tomar como referencia las resoluciones judiciales que han admitido el cese voluntario en contrato temporal para suscribir seguidamente otro de relevo enmarcado en el RD 1194/85, de 17 de julio, sobre jubilación especial a los 64, en las que se ha valorado, por ejemplo, el escaso –comparativamente– margen de vigencia que restaba a aquél y, por supuesto, el carácter indefinido del nuevo contrato –o incluso sólo su mayor amplitud temporal–, caso de que así sea (vid.: SS. TSJ. Madrid 7-2-1997 (AS. 388), TSJ. Cataluña 20-1-1998 (AS. 5379), TSJ. Cantabria 6-6-1998 (AS. 3681), TSJ. Andalucía/Sevilla 3-7-1998 (3382), TSJ. Cantabria 6-7 y 1-10-1998 (3681 y 4256), TSJ. Cataluña 20-1, 21-9 y 10-12-1998 (5379, 4525 y 4626), TSJ. Madrid 18-12-1998 (AS. 4626) y 18-11-1999 (AS. 7397). Es decir, nuestros Tribunales han admitido este contrato de sustitución del jubilado a los 64 años cuando cumple una finalidad de fomento del empleo desde una dimensión no sólo preventiva sino realmente pragmática que atiende a la esencia de la lucha contra el desempleo y la potenciación del empleo estable y de calidad. Véase también: E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo y jubilación parcial”, AAVV, “Trabajo a tiempo parcial”, Francis Lefebvre, Madrid, 2000, págs. 82 y 83; M. MIÑARRO YANINI y S. RUANO ALBERTOS, “La jubilación especial y la jubilación forzosa en los pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia”, Tribuna Social, nº. 106, 1999, pág. 36. En este sentido, aún cuando parece defender la posibilidad de sustitución de un contrato por otro en todo caso: G.L. BARRIOS BAUDOR, “Contratos a tiempo parcial por jubilación parcial y de relevo”, AAVV, “Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001”, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 74.

¹¹⁴ Piénsese que es posible atribuir al relevista la satisfacción de necesidades o tareas de índole temporal en cuanto no le están expresamente vedadas y por cuanto resultaría sorprendente que se impusiera tal limitación en un contrato temporal. Por otra parte, de no ser así, probablemente se marginaría la institución en sectores en los que la utilización de la contratación temporal es dominante. En segundo lugar y utilizando como parangón la doctrina jurisprudencial sobre jubilación forzosa, desde esa perspectiva amplia de reparto y fomento de la ocupación que viene a satisfacer la jubilación parcial vinculada al contrato de relevo, difícilmente podría considerarse eludida su finalidad si no logra demostrarse la absoluta independencia entre el mantenimiento del puesto de trabajo o la mejora de las condiciones en el empleo del trabajador temporal y la jubilación parcial del trabajador. De hecho, esta es la línea asumida por la L. 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Finalmente, también difícilmente puede impedirse tal sucesión entre contratos temporales estructurales y el contrato de relevo si el contrato inicial no se realizó en fraude de Ley. A la vista de lo expuesto se evidencia nuevamente que la finalidad de política de empleo que viene a satisfacer el contrato de relevo no es la del efecto “matemático” de jubilación por empleo, sino la del reparto y fomento de la contratación en su sentido más extenso y potencial mecanismo de adecuación y reordenación de plantillas, respetando, por lo demás, las exigencias derivadas de la Disp. final 4ª LGSS, aún teniéndose éstas en su sentido literal.

También el trabajador a tiempo parcial podría beneficiarse de esta forma de contratación en la medida en que puede considerarse desempleado en una parte de la jornada ordinaria¹¹⁵. Lo contrario sería negar la satisfacción de la lícita aspiración de obtener unos ingresos suficientes para cubrir las necesidades propias y las de la familia¹¹⁶, aparte de las posibles pretensiones sobre su transformación voluntaria de la jornada conforme al art. 12.4.e) ET. El trabajador a tiempo parcial se puede considerar así desempleado en lo que resta para alcanzar la jornada completa –o, en términos más radicales, como desocupación disfrazada–¹¹⁷, como parece reconocerlo implícitamente el legislador con el régimen excepcional de compatibilidad del trabajo a tiempo parcial con la prestación o subsidio de desempleo (arts. 221.1 LGSS y 15.2.3.4 y 5 RD 625/85). Por último piénsese, igualmente, que en principio la oferta de trabajo a tiempo parcial puede considerarse como ocupación adecuada a los efectos del art. 231.3 LGSS, aún cuando su valoración definitiva como tal se haga depender del test de razonabilidad sobre la calidad de la oferta¹¹⁸. Ahora bien, podrían darse supuestos excepcionales en los que la suma de las jornadas realizadas por éste superasen sensiblemente el 100% de la jornada máxima legal, en cuyo caso decaería probablemente la razón de ser de esta figura.

¹¹⁵ En contra: S. DEL REY GUANTER (dir), A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, "El nuevo contrato ...", cit., pág. 181; en similar sentido, respecto de los fijos discontinuos en razón del carácter indefinido del contrato, se pronuncia el Consejo de Redacción de Tribuna Social, nº 149, 2003, págs. 90 y 91. Por nuestros Tribunales, se pronuncia en contra: S. TSJ. Cataluña 14-12-2004 (AS. 147). También contra y con criterio desafortunado, la S. TSJ. Cantabria 11-11-1999 (AS. 4447) considera incumplida la exigencia de contratación de trabajador desempleado por el trabajador a tiempo parcial relevista al que se le amplía la jornada a tiempo completo cuando el relevado parcial accede posteriormente a la jubilación total a los 64 años. En el sentido que proponemos, respecto del contrato de sustitución del jubilado a los 64 años se ha considerado desempleado al trabajador a tiempo parcial por la S. TSJ. Andalucía/Sevilla 3-7-1998 (AS. 3382).

¹¹⁶ F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 80. En cambio, un sector doctrinal observa en ello una posible contradicción con su finalidad de reparto del empleo: E. GARRIDO PÉREZ, "Contrato de relevo", cit., pág. 29; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 300; L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo...", cit., pág. 60; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 61; A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido", cit., pág. 49.

¹¹⁷ Término utilizado por ROBINSON y que recoge MONEREO PÉREZ (J.L. MONEREO PÉREZ, "El sistema de protección por desempleo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 34).

¹¹⁸ Previamente a la reforma propiciada por el RD-L 5/2002, en el caso de un trabajador a tiempo parcial receptor de la prestación de desempleo en los términos previstos en el art. 221.1 LGSS, caso de rechazar un trabajo a tiempo parcial perdería, en términos generales aún dignos de matización, la total prestación en orden al derogado art. 213.1.b) y 2 LGSS y art. 6.2 RD 625/85, por considerarse tal colocación adecuada. Y ello puesto que no supone en principio contradicción de los requisitos o cualidades de idoneidad especificados en las mencionadas normas (P. RABANAL CARBAJO, "Trabajo a tiempo parcial y desempleo", Civitas, REDT, nº 87, 1998, pág. 142. Sobre la adecuación de los trabajos en general véase, por ejemplo: J. CABEZA PEREIRO, "La extinción del desempleo", Editorial Comares, Granada, 1997, págs. 11 y ss.; J.L. MONEREO PÉREZ, "El sistema de protección por desempleo en España", cit., págs. 102 y ss.). Con el RD-L 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, el nuevo art. 231.3 LGSS, declara la indiferencia de la duración de la jornada a como colocación adecuada a efectos de las nuevas infracciones y sanciones introducidas en los arts. 17 y 47 RD. Leg. 5/2000, aún cuando desde luego esta no es incondicional como se observa, por ejemplo, que en aplicación de los límites derivados del SMI una vez descontados los gastos de transporte, pueda rechazarse la oferta a tiempo parcial (vid.: A. BLASCO PELLICER, "La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación", TB, Valencia, 2003, pág. 56; J.J. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, "Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad: Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo", Tribuna Social, nº 139, 2002, pág. 27; J. LUJÁN ALCARAZ, "La noción de «colocación adecuada» ante la reforma de la protección por desempleo", AS., nº 5, 2002, págs. 24 y 25). Finalmente, con las rectificaciones introducidas al texto por la L. 45/2002, la adecuación de la oferta de trabajo a tiempo parcial se hace depender con mayor claridad del test de razonabilidad, en definitiva, de la valoración ponderada de las circunstancias concurrentes en cada caso (y entre ellas las comunes de tiempo y gastos de desplazamiento así como el límite del SMI –entendemos que proporcionado a la jornada- descontados aquéllos), a fin de no imponer un sacrificio desproporcionado del trabajador (vid. A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, "La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002", en AAVV –Coord. I. García-Perrote Escartín-, "La Ley 45/2002 de reforma

Tampoco cabe apreciar incompatibilidad del contrato de relevo con el pluriempleo a tiempo parcial o completo surgido con posterioridad al nacimiento de la relación como relevista, puesto que tal limitación no está expresamente prevista y, en consecuencia, no cabe su presunción, tanto más en cuanto afectante al derecho individual al trabajo, en el sentido de libertad de trabajar, como derecho constitucionalmente reconocido¹¹⁹.

2.7 La forma del contrato

El contrato de relevo tendrá que ser en todo caso, y con independencia del montante de la jornada del relevista y de su duración, formalizado por escrito y en el modelo oficial que se establezca al efecto (arts. 8.2 y 12.4.a) ET. y Disp. Adic. primera.1 RD. 1131/2002)¹²⁰, y en el que deberán constar necesariamente el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido, y, entre estas últimas, debe entenderse por su particular interés sobre todo a partir de la redacción del art. 12.6 ET. en el 98, la categoría o grupo profesional¹²¹ y los datos requeridos para el cálculo de los mínimos de jornada del relevista y, por consiguiente, la reducción que ha sufrido el relevado en su jornada. Si además el contrato de relevo lo es a tiempo parcial deberá incluir todas las menciones recogidas en el art. 12.4.a) ET.

Las consecuencias de la total ausencia de forma escrita son de todos conocidos: la presunción de celebración por tiempo indefinido y a jornada completa salvo

de la protección por desempleo", *Lex Nova*, 2003, pág. 34; C. MOLINA NAVARRETE, "EL concepto de «colocación adecuada»: «profesionalidad» versus «empleabilidad» del trabajador", *Tribuna Social*, nº 143, 2002, págs. 12, 14 a 16, 18 a 20; J.L. MONEREO PÉREZ, "Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico", *TB*, Valencia, 2003, págs. 71 a 75; A.V. SEMPERE NAVARRO, "La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 41, 2003, págs. 50 y 51).

¹¹⁹ Si bien, podría limitarse como medio de política de pleno empleo, estadio previo a la satisfacción del derecho al empleo desde su perspectiva colectiva (A. MARTÍN VALVERDE, "Pleno empleo, derecho al trabajo y deber de trabajar", en *AAVV*, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 201 y 204; T. SALA FRANCO, "El régimen jurídico del pluriempleo en el Ordenamiento español", *IELSS*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 17 a 19).

¹²⁰ Previamente a la redacción del art. 8.2 ET dada por la L. 63/97, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, y 12.4.a) ET/98, y la consiguiente inclusión expresa del contrato de relevo y del fijo discontinuo, la previsión del art. 8 RD 1991/84, no sólo gozaba de la cobertura legal del art. 8.2 ET si tal es a tiempo parcial -o razonablemente incluido aún siendo a tiempo completo-, o de duración determinada superior a cuatro semanas (L.M. CAMPS RUIZ, "La nueva regulación del mercado de trabajo", cit., págs. 171 y 172), sino, en cualquier caso, porque como remite el propio art. 8.2 ET, lo exige "una disposición legal", expresión genérica cuyo alcance debe ser extendido a todo tipo de normas, tanto leyes, como reglamentos, como Convenios Colectivos (G. BAYÓN CHACÓN, "Los problemas de la forma en el contrato de trabajo", *Revista de Derecho Privado*, 1955, pág. 347 -respecto de tal previsión en el art. 14 Ley de Contrato de Trabajo-; E. RAYÓN SUÁREZ, "La forma del contrato de trabajo", en *AAVV* -Dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, pág. 16; O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, con L.A. FERNÁNDEZ VILLALÓN y M^a.P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Organización del trabajo, ingreso y modalidades de contratación", en *AAVV* -Dir. J. García Murcia-, "Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva", *CES*, Madrid, 1998, pág. 54). Al respecto véase: M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma en el contrato de trabajo", *RTSS*, nº. 17, 1995, págs. 143 y 144.

La exigencia de forma escrita del contrato de relevo también se debe entender implícita en el art. 18.1 RD 2317/93 de 29 de diciembre, por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial, que remite a los contratos a tiempo parcial celebrados según lo dispuesto en el art. 4 RD-L 18/93.

¹²¹ Esta es una de las escasas novedades del modelo oficial a partir de la reforma de 1998, consistente en la suma a la categoría, el nivel profesional o/y el grupo profesional. Ahora bien, el nivel profesional, de significado prevalentemente económico, no es apto para servir de única referencia ni a efectos de clasificación ni de movilidad funcional, dado que la

prueba en contrario de su temporalidad y parcialidad de la jornada (art. 8.2 y 12.4.a) segundo párrafo ET) y como infracción laboral grave del art. 7.2 RD. Leg. 5/2000 la sanción que corresponda. Lógicamente, tales presunciones no producirán ningún efecto si el contrato de relevo se ha concertado por tiempo indefinido y a jornada completa. Equiparable a la falta total de forma, y a los efectos de la presunción prevista en el art. 8.2 ET, es la omisión de los elementos esenciales para la identificación de tal contratación como modalidad contractual y que, en nuestra opinión son en principio, los anteriormente referidos¹²².

Normalmente y hasta la reforma de 2001, la doctrina ha destacado la facilidad de esa prueba en contrario para el caso del contrato de relevo, precisamente por la configuración legal del mismo como predominantemente temporal y a tiempo parcial, produciéndose en la práctica la indefinición del tiempo de la relación o la conversión del contrato a jornada completa únicamente en caso de fraude de ley¹²³. En este sentido, se podría apuntar hasta la reforma de 2001 una posible presunción *iusuris tantum* de celebración por tiempo determinado del contrato de relevo¹²⁴. En cambio, respecto de la jornada que corresponda al relevista, la preferencia respecto de la parcialidad y de montante de jornada igual al mínimo parece más diluida, sobre todo a partir de la reforma del 98 y el nuevo texto del art. 12 que incorpora y que deja indeterminada la jornada del relevista salvo en su mínimo, por lo que para salvar la presunción de celebración a jornada completa (arts. 8.2 y 12.4.a) ET.) habrá de estarse a la jornada y distribución de la misma efectivamente disfrutada por aquél. Igualmente, una vez que a partir de la L. 12/2001 el contrato de relevo se configura legalmente de manera indistinta como indefinido o temporal, la ausencia de forma activará la presunción de celebración por tiempo indefinido (art. 8.2 ET.), siendo probablemente muy difícil prueba en contrario, dado que, por lo común, las tareas del relevista serán permanentes.

En cualquier caso, es de imaginar que respecto del contrato de relevo las deficiencias de forma y documentación difícilmente tendrán lugar, dado el tamiz a

equiparación a un nivel retributivo determina sólo el salario del trabajador respecto de un puesto de trabajo, pero no el contenido de la prestación laboral, y con ello de los derechos y deberes del trabajador y empresario (F. ALEMÁN PAÉZ, "El encuadramiento profesional", cit., págs. 195 y 196; M. ALIA RAMOS y M^a.J. MONTANE MERINERO, "Clasificación profesional y movilidad en el trabajo", CISS, Bilbao, 1995, págs. 47 y 48). Por consiguiente, nivel salarial y clasificación profesional se sitúan planos en gran medida independientes (V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", cit., págs. 179 y 180).

¹²² No obstante, la trascendencia de la identificación de la categoría o grupo profesional del trabajador es relativa, pues su identificación es necesaria sólo a efectos de control. Por el contrario, RAMÍREZ MARTÍNEZ consideró en su momento que la identificación del relevado así como sus datos profesionales tenían valor ad substantiam, en atención a la jurisprudencia sobre la forma de los contratos de interinidad (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 63). Sin embargo, la identificación del relevado sí parece mucho más trascendente, aún no constitutiva, pues constituye el basamento del contrato de relevo como tal. No obstante, el incumplimiento de tal requisito formal no afectará a la jubilación ni dará lugar a la devolución del importe de la prestación [respecto de la jubilación a los 64 años, S. TSJ. Cataluña 29-1-2001 (AS.682)]. Respecto de la comúnmente admitida esencialidad de la identificación del sustituido en el contrato de interinidad, aún cuando se encuentra ciertamente relativizada, véase: L.M. CAMPS RUIZ, "La contratación laboral temporal", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 82; J. PÉREZ REY, "La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo", Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 340 y 341; A.V. SEMPERE NAVARRO y M. CARDENAL CARRO, "Los contratos temporales ordinarios en el Ordenamiento laboral", cit., págs. 88 y 89.

¹²³ E. GARRIDO PÉREZ, "El contrato de relevo", cit., pág. 25; I. GONZÁLEZ del REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 304; L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo...", pág. 54 y 60).

¹²⁴ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 308.

que se someten y que corresponde realizar al INSS ante la solicitud de la jubilación parcial¹²⁵.

2.8 El régimen de sustitución en caso de cese del relevista y del relevado

Regulado en la Disp. Adic. Segunda RD. 1131/2002, de 31 de octubre, y siguiendo la tradición terminológica del precedente RD. 1991/84, son significativamente diferentes los vocablos que usa el legislador para imponer la obligación de sustitución del relevista y del relevado, con las trascendentes consecuencias que de ello se deriva. De tal manera sólo se impone la sustitución del trabajador relevado, de manera similar a como sucedía bajo el reglamento de desarrollo del 84, para el caso de su despido improcedente sin readmisión producido antes de cumplir la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada (Disp. Adic. Segunda.2, primer párrafo RD. 1131/2002). Por el contrario, la sustitución del relevista resulta imperativa cuando “«cese» éste antes de que el trabajador jubilado parcial alcance la edad que le permita acceder a la edad de jubilación ordinaria o anticipada. Y por «cese» del relevista debe entenderse cualquier causa de extinción del contrato de relevo con independencia de su origen (dimisión, abandono, despido disciplinario procedente, desestimamiento durante el período de prueba, condición resolutoria, etc.)¹²⁶, salvo en el supuesto, claro está, de despido procedente por causas tecnológicas, económicas, organizativas o de producción, colectivo o individual, fuerza mayor, o causas atinentes a la personalidad o persona del empresario¹²⁷.

La razón del diferente régimen de la obligación de sustitución en uno y otro supuesto responde a la lógica que subyace en todo el régimen jurídico de la figura y que nosotros, a la vista del mismo, lo identificamos con el deseo de no añadir cargas al empresario respecto del mantenimiento de un puesto de trabajo del que lícitamente podría prescindir de no haber optado por la facilitación de la jubilación parcial; en definitiva, de no mermar las facultades de disposición del empresario respecto de

¹²⁵ Ha desaparecido, no obstante, la expresa previsión de que el reconocimiento de la pensión de jubilación se hace depender de la presentación a la Entidad Gestora de los contratos a tiempo parcial y de relevo (art. 11.2 RD. 1991/84).

¹²⁶ Será admisible la fijación, por ejemplo de una condición resolutoria en tanto son causas de extinción, no de temporalidad, compatibles como tales con la vigencia indefinida del vínculo (S. DEL REY GUANTER y R. SERRANO OLIVARES, “Extinción del contrato de trabajo y autonomía individual: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997”, A.L., n.º. 18, 1998 págs. 352 y 370). También es admisible, como es lógico, la estipulación de un período de prueba en el contrato de relevo en cuanto no se encuentra excluido expresamente por el legislador (E. GARRIDO PÉREZ, “El contrato de relevo”, cit., pág. 55) y se mantendrían inalteradas las reglas de extinción de relaciones especiales. En concreto respecto del alto directivo, al que expresamente se refería el art. 12.6 ET/98, el desistimiento del empresario del art. 11. Uno, del RD 1382/85, se constituye en una facultad de rescisión “ad nutum” fundada en el carácter fiduciario de la relación y en el consecuente reforzamiento del “intuitu personae” (M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85 (I), R.L., n.º. 5, 1988, págs. 20 a 22).

¹²⁷ El “cese” del relevista abarca cualquier causa de extinción del contrato que determine una finalización anticipada de la relación del trabajador sustituto (M. GARCÍA PIQUERAS, “Los contratos de trabajo temporales. El empleo incentivado”, cit., pág. 344), siempre que la mentada causa, en razón a su naturaleza, no impida la constitución de una nueva relación laboral de sustitución -por ejemplo, las previstas en los números g, h) ó i) del art. 49 ET-. En este sentido, respecto de la regulación del precedente RD. 1991/84: R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, cit., pág. 54. También, por ejemplo: E. GARRIDO PÉREZ, “El contrato de relevo”, cit., págs. 57 y 58; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 308; F.V. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 42 y 43. En contra, mantiene la obligación de sustitución del relevista en un supuesto de despido autorizado por causas económicas, en razón a que no se ha excepcionado expresamente por el legislador: S. TSJ. País Vasco 11-5-2004 (AS. 3080).

la amortización de ese puesto de trabajo y no constituir en sí mismo un desincentivo de la jubilación parcial¹²⁸. Así, en esta línea, la obligación de sustitución tanto del relevo como del relevado sólo se prevé en el ámbito de la jubilación parcial anticipada, puesto que sólo en éste se impone la concertación del contrato de relevo. Por el contrario, una vez cumplida la edad ordinaria o anticipada de jubilación por el jubilado parcial, y entendida ésta última como la referida en el concepto general de la jubilación parcial (art. 12.6, primer párrafo y, más explícito art. 9 RD. 1131/2002)¹²⁹, carece de sentido mantener la aplicación de tales reglas, en cuanto supondrían una obligación de cobertura contraria al actual art. 12.6 ET.¹³⁰. En tal caso, y ante el despido improcedente del relevado, el contrato temporal de relevo se extinguirá necesariamente una vez alcanzado su término anual. Y también por la aludida razón se explica la inclusión exclusiva y explícita de una única calificación del despido del jubilado parcial, la de improcedencia, que obedece, probablemente, a la previsión de un posible fraude o abuso por prescindir sin causa suficiente del porcentaje correspondiente a la jornada del relevado, y en contra del compromiso adquirido por la empresa (art. 12.6 segundo párrafo ET.), en tanto se sirve aquélla de esta figura contractual con cargas a la Seguridad Social y por ser, en tal caso, contraria a la finalidad de reparto-fomento del empleo que inspira su regulación¹³¹.

¹²⁸ Por el contrario MARTÍNEZ EMPERADOR no observó justificación alguna para el diverso tratamiento reglamentario de supuestos que consideraba análogos (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 55). Como vacío normativo lo ha calificado, por ejemplo F.V. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 43.

¹²⁹ En este sentido: F.J. CALVO GALLEGU, "El acceso progresivo...", cit., pág. 105. En contra, considera que no pueden tomarse en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad que correspondan a efectos de acceder a la jubilación parcial anticipada, puesta en relación la Disp. Adic. Segunda con el art. 10.b) ambos del RD. 1131/2002 (S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, "El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social", La Ley, Madrid, 2003, págs. 146 y 172). Las razones en que nos apoyamos son las de literalidad y lógica conceptual → consiguiente interpretación sistemática- de la institución de la jubilación parcial anticipada vinculada al contrato de relevo. Pero en cualquier caso, es que no le encontramos sentido alguno a la interpretación ampliatoria de la "jubilación anticipada" a cualquiera de las modalidades de jubilación que responden a dicho concepto puesto que éstas pueden llevarse a cabo desde los 60 –jubilación total de Derecho transitorio para los vinculados al Mutualismo Laboral antes de 1 de enero de 1967 (Disp. Trans. Tercera 2ª LGSS, en redacción dada por la L. 35/2002, y Transitoria 1ª RD. 1132/2002) ó 61 años (introducida en el art. 161.3 LGSS por la L. 35/2002, de 12 de julio), lo que supondría la real eliminación de la obligación de sustitución. En cuanto a la posibilidad de jubilación anticipada especial a los 64 años del previamente jubilado parcial, véase el subepígrafe dedicado a la extinción de la jubilación parcial. Sobre las diversas vías de jubilación anticipada, véanse, por ejemplo: E. BORRAJO DACRUZ, "Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible (1)", A.L., nº 22, 2003, marg. 407 a 409; I. CAMOS VICTORIA, "Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 81 a 82, 91 a 114; S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, "La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 122 y ss.).

¹³⁰ F. J. CALVO GALLEGU y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo", cit., pág. 197; G.L. BARRIOS BAUDOR, "Contratos a tiempo parcial por jubilación parcial y de relevo", en AAVV, "Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001", Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 77.

¹³¹ No cabe, en nuestra opinión, extender a cualquier causa de extinción de la relación o, más aún, a todo despido, la obligación empresarial de sustitución del relevado (en este sentido, respecto de la regulación del precedente RD. 1991/84, ahora derogado por la Disp. Derogatoria Única RD. 1131/2002: M. GARCÍA PIQUERAS, "Los contratos de trabajo temporales...", cit., pág. 344; J.Mª. MARTÍN CORREA, "Algunos aspectos del contrato de relevo a la luz del Real Decreto-Ley 18/93", Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex, nº. 9/94, pág. 74). No cabe soslayar, como argumento definitivo, la diferente formulación de la obligación empresarial de sustitución del relevo cesado respecto del relevado despedido improcedentemente. Lo cual, como ya se predicó igualmente respecto del art. 9.2 RD. 1991/84, confirma decisivamente que no ha sido un lapsus, una omisión involuntaria del legislador que haya que cubrir exegéticamente, sino una regulación completa y consciente del deber de mantenimiento de la relación y de la jornada completa por un determinado período de tiempo, en tanto que no se produzca causa lícita ajena a la voluntad del empresario que permita -que hubiese permitido de haber continuado la relación a tiempo completo- la amortización del puesto de trabajo. Por último, la exclusiva atención del precedente art. 9.3 RD 1991/84, similar al actual apartado 4 de la Disp. Adic. Segunda RD. 1131/2002, al incumplimiento de las obligaciones "previstas en los números anteriores" para la configuración de la sanción, da lugar a la necesaria interpretación restrictiva de las mismas, en cuanto de ella deriva responsabilidades económi-

La sustitución del jubilado parcial despedido improcedentemente y no readmitido se hará preferentemente a través de la ampliación voluntaria de la jornada del relevista sin afectar por supuesto a su duración temporal¹³², y sólo en caso de que éste no acceda a dicha ampliación se procederá a la contratación de otro trabajador. En cuanto a la cuantía del incremento, de ser aceptado y en interpretación conjunta de los párrafos 2 y 3 en su tercer párrafo, y de la regulación de los incrementos de la pensión del art. 12.2 RD. 1131/2002, debe ser como mínimo equivalente a la jornada que tenía el jubilado parcial al momento de la extinción de su contrato¹³³. Lo cierto es que tales incrementos en la jornada del relevista se compensan con su jornada previa hasta el límite lógico de la jornada a tiempo completo (Disp. Adic. Segunda.2, segundo párrafo RD. 1131/2002); la finalidad de reparto o sustitución sin amortización temporal se ha visto cumplida sin necesidad de implicar un gravamen para el empresario ni la jubilación parcial ni la decisión de contratar al relevista con una jornada superior a la vacante del relevado. Sin embargo, se aprecian en los incrementos del art. 12.2 y en las sustituciones importantes desajustes en la lógica de la institución que, por lo demás, son desincentivadores de la contratación del relevista con una jornada mínima superior a la exigida. Tal sucede en el caso en que sea necesario contratar a un nuevo relevista, ante la negativa de incremento por el primero de ellos, puesto que en tal caso no procederá compensación de jornada alguna en aplicación del tercer párrafo de la Disp. Adic. Segunda 3 RD. 1131/2002. Esta misma regla supondrá injustificadamente la cristalización en términos de mínimos de la jornada superior del relevista cesado –con independencia de su causa– también cuando fuese superior a la mínima exigida. Y desde luego, no tiene sentido tampoco que el art. 12.2 RD. 1131/2002 no permita la compensación de jornadas superiores del relevista con los incrementos si no se alcanza con la suma la jornada completa¹³⁴. Finalmente, a la vista de lo expuesto y de la ausencia de mínimos para las sucesivas reducciones de la jornada del relevado, y que podrían articularse a través de negociación colectiva, puede dar lugar a la imposición no ya de diversas relaciones a tiempo parcial, con la consiguiente dificultad de gestión, sino de relevistas con jornadas en extremo marginales, que sin duda entorpecerán la buena disposición del empresario, no ya a contratar al primer relevista con una jornada superior a la mínima exigida, sino a facilitar las sucesivas reducciones de jornada del jubilado parcial, particularmente en la pequeña y mediana empresa¹³⁵.

cas para el empresario incumplidor [en contra, respecto de la regulación precedente, LÓPEZ CUMBRE consideró extensible la obligación de sustitución a todos los supuestos de “cese” del trabajador relevado, atendiendo precisamente a la redacción del art. 9.3 RD 1991/84 y que acumula tanto las situaciones descritas en el primer párrafo como en el segundo de dicho artículo (L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo...”, cit., pág. 58)].

¹³² Por todos: R. MARTÍNEZ EMPERADOR, “El contrato de relevo”, cit., pág. 56.

¹³³ Aún cuando el art. 12.2 RD. 1131/2002 parece referir el incremento de jornada del relevista exclusivamente a la cantidad de jornada reducida progresivamente por el jubilado parcial, debe interpretarse en el sentido de mínimos de incrementos de jornada, por ser la interpretación más flexible y favorable, e integrada por la Disp. Adic. segunda del texto reglamentario (con dudas: S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, “La jubilación gradual y flexible...”, cit., págs. 104 y 105).

¹³⁴ Así lo interpretan también: S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, “El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 173.

¹³⁵ Señalan estas dificultades, recomendando que en tales casos la jornada vacante pueda ser asumida por otros trabajadores a tiempo parcial de la empresa (S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, “El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 173).

La sustitución del relevado o del relevista por un nuevo desempleado o trabajador temporal de la empresa impondrá al empresario la estipulación de un nuevo contrato de relevo en sentido estricto, es decir, del art. 12.6 ET, descartada expresa e implícitamente por el clarificador apartado 3 de la Disp. Adic. Segunda RD. 1131/2002 la posibilidad, defendida por la doctrina mayoritaria bajo el régimen del RD. 1991/84, de que tal sustitución se articule a través de cualquier otra modalidad contractual¹³⁶. Ahora bien, la jornada de este contrato no estará sujeta sino a los límites comentados de la Disp. Adic. Segunda 3, último párrafo RD. 1131/2002, y no a la mínima deducida del art. 12.6 ET, sólo predicable del contrato de relevo principal.

El cese del relevista o el despido improcedente del relevado sin readmisión impondrá la obligación por parte del empresario de la sustitución del trabajador en los quince días naturales siguientes a la decisión de no readmisión (Disp. Adic. Segunda 3 RD. 1131/2002)¹³⁷, siendo siempre factible la readmisión del despedido improcedentemente, tanto relevado como relevista (según se desprende, nuevamente, de la Disp. Adic. Segunda 3 RD. 1131/02) conforme al régimen general y plazos de los arts. 56 ET y 110.3 LPL¹³⁸.

No se requiere, como se desprende del tercer apartado de la Disp. Adic. Segunda del RD. 1131/02 y anticipó la doctrina, la firmeza de la sentencia que decla-

¹³⁶ La obligación de sustitución también se desprendía del precedente art. 9 RD 1991/84. Sin embargo el precepto citado sólo obligaba a la sustitución, sin que se dedujese necesariamente de él que la duración del nuevo contrato tuviese que garantizar una temporalidad al menos equivalente a la restante hasta la que sería la jubilación ordinaria del relevado, como tampoco se especificaba para el caso de suplencia del relevista. Podría, desde luego, entenderse que tal era el espíritu de la norma, y por considerar como duración mínima, exigida en todo caso, la prevista para el contrato de relevo en el art. 8.b) y d) [por ejemplo: E. GARRIDO PÉREZ, "El contrato de relevo", cit., pág. 56; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 308; F.V. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 42 y 43], pero no podían dejar de reconocerse las dificultades que en términos de estricta legalidad se plantearían respecto de las modalidades útiles para articular dicha sustitución y de las que dejó constancia la doctrina; el contrato de relevo en sentido estricto sólo estaba previsto para la contratación del primero de los desempleados y para sustituir la jornada modificada -no del contrato extinto- del jubilado parcial.

Ante la situación descrita, las opiniones doctrinales fueron diversas al respecto. Frente a los autores que defendieron la indiferencia del legislador respecto de la modalidad a utilizar, otros hicieron distinción según se trate de suplir al relevado o al relevista. Así, apoyaron la libre opción entre una y otra modalidad contractual: R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., págs. 54, 56 y 57 -éste autor únicamente respecto de la sustitución del relevista, puesto que la sustitución del relevado sólo será viable a través de un contrato indefinido, puesto que no concurre causa objetiva que justifique la contratación estructural-. En el mismo sentido, E. GARRIDO PÉREZ, "El contrato de relevo", cit., págs. 56 y 70; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 308 -claramente respecto de la sustitución del relevado-. En contra, LÓPEZ CUMBRE excluyó la posibilidad de sustitución del relevado despedido improcedentemente a través de otro contrato de relevo en sentido estricto; deberá hacerse a través del resto de modalidades temporales permitidas en nuestro Ordenamiento para el trabajo a tiempo parcial (art. 12.2 ET) o bien a través de contrato indefinido. Por el contrario, afirma que la suplencia del relevista se tendrá que realizar, necesariamente, a través de otro contrato de relevo. Nuevamente subyace en estas afirmaciones la visión del contrato de relevo como contrato de sustitución del trabajador jubilado parcial en sentido restrictivo, es decir, vinculado a tal desde su origen, en donde encuentra su causa (L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo...", págs. 62 y 63).

¹³⁷ Anteriormente, respecto del plazo de sustitución del relevista, también era de 15 días según se dispuso en el art. 9.1 RD 1991/84. Por el contrario, el legislador mantenía silencio respecto del plazo para proceder a la cobertura de la jornada vacante en caso de improcedencia del despido del relevado, provocando un déficit de regulación frente a la configuración plena de la obligación empresarial de sustitución, y respecto de algo tan importante como el plazo mismo de su realización, lo que era difícilmente comprensible por ser norma de derecho público, insustituible por consiguiente vía negociación colectiva, y a pesar de las severas consecuencias que se derivan del incumplimiento.

¹³⁸ Esta posibilidad estaba referida expresamente sólo respecto del jubilado parcial (art. 9.2 RD 1991/84), pero resultaba extensible, como es lógico, también al caso de cese del relevista, puesto que son aplicables las reglas generales del despido en defecto de excepción expresa, y no es contraria a la finalidad de la norma.

re la improcedencia del despido¹³⁹, pero presenta un cierto desajuste, aún inevitable, para el caso en que el despedido sea el relevista y se declare posteriormente la procedencia del despido, dado que la sustitución se impone también en el caso de la procedencia de aquél. Por otra parte, la conciliación prevista en el art. 56.2 ET¹⁴⁰, será en su caso el momento el que se tome como término de referencia para el cumplimiento de la obligación¹⁴¹. Tanto en el caso de declaración de la procedencia del despido del relevista, como en el caso de limitación de los salarios de tramitación ex 56.2 ET. cuando haya declaración judicial de su improcedencia, hay un indudable «ahorro» para el empresario en la no imposición de sustitución desde el mismo momento del despido.

En caso de incumplimiento de tales obligaciones corresponderá el abono por el empresario a la Entidad Gestora correspondiente del importe de la prestación de jubilación parcial devengado desde el momento de la extinción del contrato, con lo que dada la eficacia extintiva del despido improcedente sin readmisión, la sanción tendrá carácter retroactivo¹⁴². Ahora bien, si bajo el RD. 1991/84 no estaba plenamente configurada la sanción¹⁴³, dado que no se prevía límite a ésta, ahora, por el

¹³⁹ Piénsese que no debe impedir el nacimiento de tal obligación, caso de optar por la indemnización, el recurso de la sentencia de instancia, dado que en tal caso el despido tendría eficacia extintiva (vid. A.V. SEMPERE NAVARRO, "La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica", RJ, nº 41, 2003, págs. 26, 30 y 31), y dado que pudiendo haber elegido la readmisión y la ejecución provisional de la sentencia (art. 111 y 295 LPL), se dejaría a elección del empresario el cumplimiento de una obligación de sustitución prevista por el legislador sin exigencia de firmeza de la sentencia, convirtiéndose en caso contrario en ineficaz dicha obligación de sustitución y sin que surja la responsabilidad prevista en la Disp. Adic.segunda.4 RD. 1131/2002 –pues de exigirse la firmeza de la sentencia, no habría realmente incumplimiento– [bajo la regulación precedente por todos: R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 55]. Sin embargo, también bajo la regulación precedente, un sector doctrinal consideró exigida la firmeza de la sentencia que califique el despido del relevado como improcedente, frente al supuesto de que se tratase de un despido improcedente del relevista; el "cese" equivale a la cesación en la efectiva prestación de servicios, por lo que en caso de despido improcedente no es necesaria la firmeza de la sentencia que así lo califique [M. GARCÍA PIQUERAS, "Los contratos...", cit., pág. 344. También parecía exigir la firmeza de la sentencia: L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo...", cit., pág. 59; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 55].

¹⁴⁰ Vid.: M^aL. MOLERO MARAÑÓN, "Salarios de tramitación y régimen de despido", AS. Nº 2, 2003, págs. 85 y 86.

¹⁴¹ F.J. CALVO GALLEGO, "El acceso progresivo ...", cit., págs. 105 a 106 –a lo que cabe añadir con el citado autor, el auto que declare irregular la readmisión y extinguida la relación conforme al art. 279 LPL–.

¹⁴² Anteriormente en el art. 9.3, y según opinión de MARTÍNEZ EMPERADOR, la sanción era exigible después del transcurso del plazo de quince días sin que se impidiese sus efectos retroactivos al momento del cese (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "Contrato de relevo", cit., pág. 54).

¹⁴³ Respecto de esta sanción, GONZÁLEZ DEL REY manifestó dudas de ilicitud, atendiendo al rango reglamentario que la establece [al respecto véase: M. ALONSO OLEA, "Sobre la «Doble garantía... material... [y]... formal... para la imposición de sanciones administrativas» a empresarios en materia laboral", REDT, nº. 39, 1989, págs. 369 a 374; E. CABERO MORÁN y A. GARCÍA TRASCASAS, "El procedimiento para la imposición de sanciones en el orden social: una interpretación integradora de la disposición adicional 70 LRJPAC", en AAVV, "Aspectos laborales de la Ley de Procedimiento Administrativo", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, págs. 170 a 173; L.M. CAMPS RUIZ y T. SALA FRANCO, "Legalidad y tipicidad de las infracciones laborales de los empresarios", R.L., 1987/T.I., pág. 442] y a su posible carácter punitivo respecto de incumplimientos incardinables ocasionalmente en el art. 7.2 RD Leg. 5/2000 e incluso en los arts. 16.3 y 4 del mismo cuerpo legal, y que podría dar lugar a dualidad sancionadora, prohibida en nuestro derecho en virtud del principio *nom bis in idem* (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 309 y 310). En nuestra opinión esta responsabilidad sólo puede considerarse "sanción" en un sentido amplio, es decir, como medio de reacción dispuesto por el Ordenamiento frente a un acto o situación antijurídica (S. DEL REY GUANTER, "Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el Orden Social", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", Madrid, 1990, pág. 30), pero no en sentido estricto como sanción administrativa, por cuanto, de forma semejante a como se resuelve la naturaleza de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de los incumplimientos de afiliación, alta o cotización (art. 126.2 LGSS), la atribución de la responsabilidad del empresario en esta concreta ocasión no constituye una sanción típica, siendo su finalidad no sólo disuasiva, sino predominantemente indemnizatoria en la medida en que desaparecida la causa-función de la jubilación parcial y del esfuerzo financiero que conlleva, se traslada el coste de la misma al empresario incumplidor, compensando de esta forma al

contrario, sí queda formalmente configurada la misma puesto que como propuso en su momento la doctrina se extiende hasta el momento en que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada o sencillamente, cabría añadir, se extinga la jubilación parcial ex art. 16 RD. 1131/2002¹⁴⁴, pero sigue sin preverse el caso de cumplimiento extemporáneo que en pura lógica debería paralizar las mencionadas consecuencias¹⁴⁵. Ahora surge, no obstante, una nueva duda: toda vez que la jubilación parcial puede extenderse más allá del cumplimiento de la edad ordinaria o anticipada de jubilación, ¿cabría igualmente extender las consecuencias del incumplimiento a tal esfera? Si la literalidad de la Disposición Adic. Segunda. 4 RD. 1131/2002 ampararía esta interpretación, la lógica de la sustitución limitada a la jubilación parcial anticipada parece reconducir los límites de la sanción a la misma¹⁴⁶.

3. La jubilación parcial

3.1 Introducción y derecho transitorio

La jubilación parcial anticipada es el presupuesto esencial del contrato de relevo. Prevista en el art. 12 ET. y 166 LGSS., y enmarcada su normativa de desarrollo en el Capítulo III del RD 1991/84, se configuró como una institución de insuficiente regulación reglamentaria, en la que los perfiles de su específico régimen jurídico se dejaban en gran medida indeterminados, según puso en evidencia en reiteradas ocasiones la doctrina, afectando a cuestiones tan elementales como la determinación del hecho causante de la jubilación parcial, la dinámica del derecho en cuanto a posibles suspensiones de aquél así como a su extinción a través de la jubilación anticipada total, el régimen de incompatibilidades con otras prestaciones de Seguridad Social, cálculo de la base reguladora en caso de pluriempleo, dudas sobre su extensión a los regímenes especiales... y otras tantas que serán puestas en evidencia a lo largo de este capítulo.

Sistema del gasto frustrado en su finalidad [J.M. ALONSO SECO, "La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social: regulación, jurisprudencia, alternativas para una modificación legal", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º. 4, 1991, pág. 19. Duda de nuestros argumentos por tener mayor semejanza, en su opinión, a una sanción: F.J. CALVO GALLEGGO, "El acceso ...", cit., pág. 107. Véase la exposición y crítica de las diversas direcciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones en: J. MUÑOZ MOLINA, "La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 21 a 25]. Efectivamente, en este particular supuesto de jubilación, la Entidad Gestora es la responsable directa del pago de las prestaciones, según se deducía principalmente del art. 9.3 RD 1991/84 y, actualmente, del apartado 4º de la Disp. Adic. Segunda RD. 1131/2002 -"el empresario deberá abonar a la Entidad Gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial"-, y cumplidos los requisitos generales previstos en los arts. 124 y 126.1 LGSS. En consecuencia y como conclusión, es compatible, la comentada "responsabilidad legal específica derivada del Sistema de Seguridad Social" con las sanciones administrativas que en su caso correspondan de forma similar a la compatibilidad expresamente declarada por el art. 94.3 LSS (1966) respecto de la responsabilidad en el pago de prestaciones en caso de falta de afiliación, alta y cotización (vid.: J. MUÑOZ MOLINA, "La responsabilidad empresarial...", cit., págs. 23 a 25).

¹⁴⁴ La doctrina lo identificó con el momento de la extinción de la jubilación parcial, y por consiguiente hasta el momento en que proceda la jubilación ordinaria o antes si se extinguiera la obligación de la entidad gestora de satisfacer la prestación (R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 54. En el mismo sentido: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 311).

¹⁴⁵ F.J. CALVO GALLEGGO, "El acceso progresivo ...", cit., pág. 160; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 311; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 54.

¹⁴⁶ Parece pronunciarse en este sentido: F.J. CALVO GALLEGGO, "El acceso progresivo ...", cit., pág. 160.

Deficiencias a las que respondió en gran medida el RD 144/1999, de 29 de enero, que desarrolla en materia de acción protectora de la Seguridad Social el RD-L 15/98, en correspondencia a una mayor sistematización de la normativa de previsión respecto de los aspectos laborales del trabajo a tiempo parcial (Exp. Motivos RD-L 15/98) y en ejercicio de las facultades de desarrollo recogidas en su Disposición final Primera 1.

La eficacia de las previsiones del art. 12.6 ET/98 no se hizo depender de su posterior desarrollo reglamentario, dilación únicamente referida a las reglas segunda y tercera de la “nueva” Disposición Adicional Séptima LGSS, que incorpora el art. 2 del mencionado RD-L. No obstante, la Disposición Transitoria Primera del RD 144/1999 parece restringir la aplicación de sus reglas a los contratos de relevo cuyo hecho causante se produzca a partir de su entrada en vigor –1 de marzo de 1999, según Disposición final 2ª– ¿Qué sucedería con las jubilaciones parciales cuyo hecho causante se produjese entre el 29 de noviembre de 1998 –fecha de entrada en vigor del RD-L 15/98 según Disp. Final Segunda del mismo– y el 1 de marzo de 1999? En nuestra opinión, la dilación de los efectos de las disposiciones del RD-L 15/98 y consecuente dependencia de la entrada en vigor del susodicho reglamento de desarrollo, no afectó a la jubilación parcial en sí, en tanto que esa Disposición Transitoria Primera RD 144/99 remite a su vez a la Disposición Transitoria Tercera y Disposición Final Segunda del RD-L, por lo que se deben entender referidas únicamente a las reglas sobre cómputo de los períodos de cotización y determinación de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social que aquél introduce respecto del trabajo a tiempo parcial. Por último, es de destacar que, de entenderlo de otra forma, no tendría mucho sentido la correspondencia de su aplicación con la fecha del hecho causante de la jubilación, “con independencia –a su vez– de la fecha de celebración del contrato a tiempo parcial”, pues aquél y ésta se encuentran necesariamente unidos. Tampoco se ha hecho esperar la aplicación de las nuevas disposiciones sobre jubilación parcial del RD-L 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (1 de enero de 2002, según su Disposición final tercera), como las recogidas en la L. 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (igualmente 1 de enero, según se desprende de la Disp. final tercera). Y ello, pese a que prevean su futuro desarrollo reglamentario, tanto el art. 1, RD-L 16/2001, que añade un segundo párrafo al art. 165.1 LGSS, como su art. 2, que introduce un nuevo apartado 4º en el ya reformado por la L. 24/2001 art. 166 LGSS, ambos, y aún con sus diferentes connotaciones, a fin de introducir la jubilación flexible y parcial¹⁴⁷. En tanto que dicho desarrollo reglamentario no se ha llevado a cabo hasta el RD. 1131/2002, la jubilación parcial, se han ajustado a lo previsto en el Capítulo IV del RD 144/99, vigente y aplicable en lo que no se oponga a las nuevas prescripciones¹⁴⁸.

¹⁴⁷ S. TSJ. Castilla-La Mancha 14-4-2005 (JUR 99327). Puede prorrogarse la jubilación parcial más allá de los 65 años sin necesidad de desarrollo reglamentario, pues la redacción art. 166 LGSS que introduce la L. 24/2001 no hace depender su eficacia de dicho desarrollo [S. TSJ. Cataluña 13-3-2003 (AS. 1949)].

¹⁴⁸ A. PANIZO ROBLES, “La jubilación flexible: últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de Seguridad Social por jubilación”, R.L., nº. 3, 2002, pág. 114 y en “La Seguridad Social en el año 2002 (modificaciones introducidas en las Leyes de Presupuestos y de «Acompañamiento», y en el Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible)”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº. 227, 2002, pág. 51.

No obstante, hay otro problema de régimen transitorio, ahora en relación a las distintas fechas en que se introdujo la previsión de jubilación parcial posterior a la edad ordinaria de jubilación en el art. 12.6 ET., puesto que ésta se llevó a cabo por la L. 12/2001, que conforme a su disposición final segunda entrarían en vigor el 11 de julio de 2001, sin adecuación formal de los citados preceptos de la LGSS., lo que, no obstante, tampoco parece que haya supuesto un obstáculo insalvable, aún cuando sí una disfunción entre las fuentes de regulación¹⁴⁹.

3.2 El concepto de jubilación parcial

El art. 8 RD 144/99 se ocupa por primera vez de elaborar una definición de jubilación parcial, si bien esta podía ser con facilidad deducida a partir de los datos suministrados por el primer párrafo del art. 12.6 ET/98. El referido art. 8 define a la jubilación parcial como aquella “iniciada después del cumplimiento de los sesenta años y, como máximo, hasta el cumplimiento de los sesenta y cinco, simultánea con un contrato de trabajo a tiempo parcial y vinculada a un contrato de relevo concertado con un trabajador en situación de desempleo”. De esta formulación se desprende una primera conclusión, la jubilación objeto de estudio se constituye claramente en una medida que atiende prioritariamente al reparto o, si se prefiere, al fomento del empleo¹⁵⁰.

Podría parecer que la afirmación arriba expuesta carece de interés, puesto que hasta ahora esa ha sido la línea seguida por el legislador frente a la misma, concebida como única fórmula de jubilación parcial prevista en nuestro Sistema de Seguridad Social¹⁵¹, de carácter anticipado y vinculada a la celebración de un nuevo contrato de trabajo con un trabajador en situación de desempleo.

Sin embargo, no se puede perder de vista que frente a las directrices recogidas en el Pacto de Toledo¹⁵² y consiguiente previsión de la Disposición Adicional

¹⁴⁹ Así parece que lo aceptan: J.C. ÁLVAREZ CORTEZ, “La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de pensiones de 2001”, *Temas Laborales*, n.º. 61, 2002, pág. 382; J.A. PANIZO ROBLES, “La jubilación flexible: últimas modificaciones...”, cit., pág. 113, también en, “Un nuevo paso en la jubilación flexible (la nueva regulación de la jubilación parcial y del contrato de relevo)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º. 223, 2001, págs. 108 y 109, y en “La Seguridad Social en el año 2002 (modificaciones introducidas en las Leyes de Presupuestos y de «Acompañamiento», y en el Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º. 227, 2002, págs. 49 y 50.

¹⁵⁰ Por todos: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Jubilación parcial y reparto de trabajo”, *RSS.*, n.º. 26, 1985, pág. 132.

¹⁵¹ J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 309. Como indica, BLASCO RASERO, nuestros Tribunales confirman la imposibilidad de extender la excepcional compatibilidad entre pensión de jubilación parcial y la realización de un trabajo; hasta el momento, la única jubilación parcial posible en nuestro Ordenamiento es la regulada en el art. 12.6 ET (C. BLASCO RASERO, “Un acercamiento a la jubilación parcial desde la jurisprudencia”, *Temas Laborales*, n.º. 42, 1997, págs. 98 a 104). En este sentido, véase por ejemplo, la S. TSJ. Cantabria 13-10-89 (AS. 1617), resolviendo sobre la incompatibilidad de la pensión de jubilación en el RETA y un contrato de trabajo a tiempo parcial. También excluye la compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo a tiempo parcial, pues no cabe jubilación parcial si no se produce una reducción de jornada y salario: S. TSJ. Andalucía/Sevilla 16-6-2004 (JUR 2005/78259); S. TSJ. Cataluña 7-12-1998 (AS. 4686); S. TSJ. Andalucía/Málaga 9-1-91 (AS. 739). La idea se reitera sucintamente en las SS. TCT. 4-11-88 (AS. 7789) y 4-5-89 (AS. 3766).

¹⁵² En concreto en la décima Recomendación, según la cual “la edad de jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad. De igual modo, el acceso a la pensión de jubilación no debe impedir una presencia social activa del pensionista. En tal sentido y sin perjuicio de mantener la edad ordinaria de jubilación a los 65 años, resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen. A tal efecto, cabe regular la exoneración total o parcial, en función de la jornada, de la obligación

vigesimosexta de la LGSS¹⁵³ (incorporada por la L. 24/97, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social), ambas encaminadas al fomento de la prolongación voluntaria de la edad activa del trabajador principalmente como remedio a los problemas financieros del Sistema, el legislador del 98 y su normativa de desarrollo dejó pasar la oportunidad de utilizar la jubilación parcial como una fórmula más que aceptable a tales fines. Fines que se podrían combinar con los de reparto del empleo, si con ocasión de la misma se permitiese la celebración de un contrato de relevo, hasta entonces sólo autorizado respecto de la jubilación parcial anticipada¹⁵⁴.

Por tanto, y hasta fechas recientes, la flexibilidad que ha podido reportar la jubilación parcial amparada en el instituto del relevo, lo ha sido sólo como mecanismo de salida del mercado de trabajo, no de permanencia en el mismo¹⁵⁵, y ello pese a que las razones de ánimo subjetivo que se puedan esgrimir en la defensa de una y otra son idénticas: el bienestar de los trabajadores de edad procurando dar una respuesta individualizada a las diferentes situaciones de los trabajadores maduros, suavizando los efectos económicos y psicológicos del tránsito brusco a la inactividad...¹⁵⁶. Frente a ello, la potenciación de la postergación de la jubilación está inspirada en razones financieras del Sistema y dirigida hasta el RD-L 16/2001 más que a incentivar la voluntariedad de la permanencia en activo del trabajador, a estimular a la parte empresarial, ¿quizá consciente de la dificultad de los trabajadores maduros para permanecer en el trabajo aún deseándolo?¹⁵⁷.

de cotizar en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo con suspensión proporcional al percibo de la pensión. De igual modo, se mantendrán los sistemas de jubilación anticipada ligados a los contratos de relevo y de sustitución ya previstos en la legislación vigente". ("Informe de la ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pág. 56).

¹⁵³ Y que supone una "deslegalización" de la normativa reguladora de la edad de jubilación para ser utilizada como medida de fomento del empleo (M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, "Instituciones de Seguridad Social", Civitas, Madrid, 1998, págs. 310 y 301). Deslegalización que en opinión de un sector doctrinal no es posible en tanto que dichos beneficios, por su naturaleza tributaria, requieren para su establecimiento de norma con rango de ley (A. DESDENTADO BONETE, "La reforma de la pensión contributiva de jubilación en la L. 24/97", Tribuna Social, nº. 95, 1998, pág. 13. En el mismo sentido: L. LÓPEZ CUMBRE, "Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas", Tribuna Social, nº 94, 1998, pág. 32).

¹⁵⁴ Superando, al menos en parte, los inconvenientes y lesiones que del alargamiento de la vida activa pudieran derivarse respecto del fomento y reparto del empleo. Inconvenientes que se denunciaron por algunos grupos políticos en la tramitación parlamentaria de la Ley de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social, así como en el voto particular de los consejeros del Grupo Primero D. Mikel Noval (ELA) y D. Luis Burgos (CIG) (Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de la Ley de Consolidación y de Racionalización del Sistema de la Seguridad Social", nº. 8, CES, 1996, pág. 14; L. LÓPEZ CUMBRE, "Anticipación de la edad de jubilación...", cit., pág. 32).

¹⁵⁵ Aunque también es posible ver de otro modo a la jubilación parcial anticipada; vistos los datos reales, en los que el 70% de las pensiones se producen antes de los 65 años y en su mayor parte a los 60 (el 40% del total), la jubilación parcial, aún anticipada, podría considerarse un desincentivo a la jubilación total anticipada, un alargamiento, en muchos casos, de la vida laboral del trabajador (L. LÓPEZ CUMBRE, "Anticipación de la edad de jubilación...", cit., pág. 16).

¹⁵⁶ J. DUPEYROUX, "Edad de jubilación, pensiones de vejez, distribución del trabajo: algunos puntos de referencia", en AAVV, "La edad de jubilación en Europa", IELSS, Madrid, 1984, pág. 44.

¹⁵⁷ En tanto ha consistido exclusivamente en desgravaciones o deducciones en las cotizaciones sociales, omitiendo, en cambio, cualquier referencia a las posibles ventajas que obtenga con ello el trabajador maduro, que verá decrecido su interés en mantenerse activo una vez alcanzado el 100% de la base reguladora o, en general, cuando las cotizaciones posteriores no afecten -o lo hagan escasamente- a la cuantía de su futura prestación (J.F. BLASCO LAHOZ, "La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 123; Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de la LCRSS, cit., pág. 11; A. DESDENTADO BONETE, "La reforma de la pensión contributiva...", cit., pág. 13; J.J. DUPEYROUX, "Edad de jubilación, pensiones de vejez, distribución del trabajo...", cit., pág. 38; L. LÓPEZ CUMBRE, "Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas", Tribuna Social, nº. 94, 1998, pág. 32).

Las directrices de la Recomendación 10ª del Pacto de Toledo y las prescripciones de la Disposición adicional vigesimosexta LGSS, se retoman y concretan en el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril¹⁵⁸, ya avanzadas parcialmente en la reforma del art. 12.6 ET, por la L. 12/2001. Producto de dicho acuerdo el RD-L 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible introduce, además de medidas de incentivación de la permanencia voluntaria en la actividad del trabajador de edad, ahora algunas de ellas también dirigidas al interés del trabajador, la "jubilación flexible", que se suma a la "jubilación parcial" del trabajador más allá de la edad ordinaria de jubilación introducida por el referido art. 12.6 ET/2001 y por el art. 34.6 L. 24/2001.

En estos términos, la jubilación parcial y la jubilación flexible se configuran como dos conceptos diversos de jubilación, asumidos por preceptos distintos (arts. 166 y 165.1, segundo párrafo LGSS) y desarrollados también autónomamente por el RD. 1131/2002 y el RD. 1132/2002. Por una parte, la jubilación parcial se articula en dos submodalidades, atendiendo a su carácter anticipado o, por el contrario, posterior al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. La orientación prevalente de una y otra submodalidad es distinta, puesto que en tanto en la jubilación parcial anticipada lo que predomina es su orientación como medida de reparto y fomento del empleo, en la jubilación parcial "ordinaria" el objetivo fundamental es el alargamiento de la vida activa del trabajador empleado a través de la novación de su contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial regulado en el art. 12.6 ET., pasando a un segundo plano su posible virtualidad como instrumento de política de empleo, aún cuando la fórmula de relevo vinculada a él parece mucho más atractiva para el empresario. Por el contrario, la "jubilación flexible" del segundo párrafo del art. 165.1. LGSS parte de un supuesto no ya más amplio, sino distinto a la jubilación parcial. Consiste en el acceso a la jubilación total del trabajador con posterior concertación de contrato a tiempo parcial¹⁵⁹.

Lo cierto es que técnicamente nos encontramos ante dos supuestos diferenciados. En tanto la jubilación flexible del art. 195.1 LGSS, constituye un supuesto de suspensión parcial de la pensión de jubilación¹⁶⁰, como por otra parte parece indicar la disposición vigesimosexta LGSS, la jubilación parcial, aún posterior al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, no supone suspensión de aquélla, en tanto que nunca se ha devengado. Las consecuencias de una u otra calificación son entonces potencialmente diversas, aún cuando cabe apreciar un tratamiento en gran medida equiparado entre la jubilación flexible y la jubilación parcial ordinaria no concurrente con el contrato de relevo. Es de destacar, no obstante, la exclusiva autorización para la concertación del contrato de relevo en los supuestos integrados en los arts. 12.6 ET y 166 LGSS y la admisión, en cambio, de las horas complementarias –y libre altera-

¹⁵⁸ Suscrito por el Gobierno, CCOO, CEOE y la CEPIME. Flexibilidad y gradualidad de la jubilación que la doctrina identifica con una orientación ya esbozada a nivel internacional, en concreto, por ejemplo, en la Recomendación nº. 162 de la OIT, sobre los trabajadores de edad, de 23 de junio de 1980, y más recientemente en la Comunicación de la Comisión Europea sobre «La evolución futura de la protección social en una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables» (A. PANIZO ROBLES, "La jubilación flexible: últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de Seguridad Social por jubilación", cit., págs. 101 y 102).

¹⁵⁹ A. PANIZO ROBLES, "La jubilación flexible: últimas modificaciones...", cit., pág. 116.

¹⁶⁰ J. A. PANIZO ROBLES, "La Seguridad Social en el año 2002 (modificaciones introducidas en las Leyes de Presupuestos y de «Acompañamiento»)", y en el Real Decreto-Ley 16/2001, sobre la jubilación flexible", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº 227, 2002, pág. 52.

ción acordada de la jornada— en tanto no excluidas en el contrato a tiempo parcial indefinido del jubilado que retorna al empleo, frente a la imposibilidad, como veremos, de concertación de aquéllas con el jubilado parcial.

3.2.1 La edad y ámbito subjetivo

Ya vimos que el art. 12.6 ET. a partir del RD-L 15/98 fija la anticipación de la jubilación parcial en un máximo de cinco años respecto de la edad exigida para el acceso a la pensión de jubilación. Más adelante, en el mismo párrafo y hasta su reforma por la L. 12/2001, reconoce la compatibilidad del contrato a tiempo parcial y su retribución con la pensión correspondiente hasta que cumpla “la edad establecida con carácter general en el Sistema de la Seguridad Social para causar derecho a la pensión de jubilación” en expresión similar a los del precedente art. 166.2 LGSS.. Utiliza el legislador estatutario del 98 los mismos términos que usó en la regulación del 84, con la única diferencia de la ampliación del marco temporal de la jubilación parcial, que pasa a ser de tres años a cinco homogeneizándose así la edad mínima de la jubilación parcial anticipada con la prevista para el grueso de supuestos de anticipación de la edad de jubilación.

El actual art. 12.6 ET., en redacción dada por la L. 12/2001, delimita dos supuestos distintos de jubilación parcial, la anticipada y la que hemos designado como “ordinaria”, con referencia para su deslinde a los vagos términos de la edad exigida, y a las condiciones generales igualmente exigidas para tener derecho a la pensión. No obstante, los inciertos vocablos del art. 12.6 ET/2001 se completan o integran sin mayor problema con los del art. 166 LGSS., en redacción dada por la L. 24/2001, de 27 de diciembre, MFAOS, que nuevamente y sin ambages se refiere a la “edad ordinaria de jubilación” y a la “exigida con carácter general”. Por su parte, el art. 9 RD. 1131/2002, identifica explícitamente el margen inferior de la jubilación parcial anticipada en los 60 años e, implícitamente, el margen superior de aquélla anticipada en los 65. Ahora bien, las edades de 60 y 65 años, están configurados como márgenes máximos de la jubilación parcial anticipada únicamente en términos genéricos¹⁶¹. Así se confirma expresamente por el segundo párrafo del referido art. 9 que reconoce que a tales efectos se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan. De esta forma se recepciona y adapta por el RD 1131/2002, la extensión expresa de la jubilación parcial del art. 166 LGSS a los Régimenes Especiales realizada por la ya referida Disp. Adic. 8^a.4 LGSS¹⁶².

¹⁶¹ Inmodificables por Convenio Colectivo por tratarse de una regulación de derecho público, sin que pueda tampoco, por consiguiente, introducirse limitaciones en el ejercicio del derecho (en similar sentido: F. J. CALVO GALLEGOS, “El acceso progresivo ...”, cit., pág. 59).

¹⁶² De forma similar, frente a la correcta indefinición de qué sea “edad ordinaria de jubilación del correspondiente régimen” apreciable en el precedente RD 1991/84 (arts. 11.1 y 13.4, vid.: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Jubilación parcial...”, cit., pág. 137), el art. 8 del RD 144/99 la identificaba en los 65 años. No obstante, el legislador, ex artículo 15.c) RD 144/99, e implícitamente con la extensión de la jubilación parcial del art. 166 LGSS. a los trabajadores por cuenta ajena integrados en un Régimen Especial (Disp. Adic. 8^a.3 LGSS —en redacción dada por el art. 13 L. 24/97, 15-7 de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social y posteriormente por la L. 35/2002, de 12 de julio- y art. 9 RD 144/99), asumía estas bonificaciones o anticipaciones en la edad de jubilación. Extensión que, pese a no estar expresamente recogida bajo la legislación anterior a esta comentada, no plantea en nuestra opinión más novedad que la clarificadora, por estar implícito en la referencia al “Sistema de la Seguridad Social” en el anterior art. 12.5 ET, y por carecer en caso contrario de sentido la expresión varias veces utilizada por el RD 1991/84 de “edad establecida con carácter general en el régimen correspondiente de la Seguridad Social” (arts. 3, 8.b y 11.1).

Con ello, en nuestra opinión, se trasladan los cinco años de máximo arco temporal de la jubilación parcial anticipada en los supuestos en que la edad ordinaria de jubilación sea inferior a la de 65 años prevista con carácter general a consecuencia de la aplicación de bonificaciones o anticipaciones de edad. Nos estamos refiriendo a los colectivos de trabajadores en los que se lleva a cabo una reducción de la edad ordinaria de jubilación en virtud del art. 161.2 LGSS., respecto de actividades excepcionalmente penosas, tóxicas, peligrosas e insalubres, con alta morbilidad o mortalidad¹⁶³. Y ello no se desmiente por la oscura redacción del art. 10.b) RD. 1131/2002, que en una primera lectura parece imponer al contrato de relevo una vigencia potencialmente superior a la de cinco años en los supuestos de bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación, toda vez que se refiere expresamente a la ignorancia de tales bonificaciones o anticipaciones a los sólo efectos de la vigencia de la obligación de concertación y consiguiente mantenimiento del contrato de relevo, y reconoce ésta incondicionalmente hasta la edad «real» de 65 años. Sin embargo, ello no puede sino considerarse como un déficit de redacción legislativa en lo que, precisamente, no quiere sino dejarse constancia de lo contrario¹⁶⁴. La interpretación que proponemos, no sólo es la única acorde con los límites legales y reglamentarios de la jubilación parcial anticipada y ordinaria, sino que, concretamente a los efectos discutidos es la asumida por el legislador en el propio Real Decreto, como deja claramente en evi-

¹⁶³ Se caracterizan por la generalización de la medida puesto que no se trata propiamente de una anticipación de la jubilación, ya que es la fijada por el legislador como ordinaria para el colectivo de que se trate, en unos supuestos a través de coeficientes reductores sobre la edad ordinaria prevista con carácter general -"aplicación de bonificaciones"-, en otros por establecimiento de una edad fija de jubilación -"anticipaciones de edad"- (por todos: L. LÓPEZ CUMBRE, "La pensión de jubilación", en AAVV, "Derecho de la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 416 y 417 y en "La prejubilación", Civitas, Madrid, 1998, págs. 76 a 81; y en "Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico...", cit., págs. 19 a 25).

Se ocupa de la reducción de la edad de jubilación el RD. 2390/2004, 30-12, sobre reducción de la edad mínima para causar pensión de jubilación en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar.

También el artículo 9 del D. 298/73, 8-2, que regula el Régimen especial de la minería del carbón; art. 21 de la O. 3-4-73, para la aplicación del régimen especial de la minería y el carbón; y el RD 2366/84, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto Minero aprobado por el RD 3255/83, de 21 de diciembre, y no comprendidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.

También disfrutan de reducción en la edad de jubilación determinados grupos de trabajadores ferroviarios, de artistas, de los profesionales taurinos según se recoge en los arts. 3, 11 y 18 del RD 2621/86, de 24 de diciembre, por el que se integran los regímenes especiales de la Seguridad Social de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el régimen general, y el régimen especial de escritores de libros en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, así como en su Orden de desarrollo de 30-11-1987.

Otro de los colectivos beneficiados por la reducción de la edad es el de los tripulantes técnicos de vuelo incluidos en los Convenios Colectivos para las compañías de trabajos aéreos y comprendidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (RD 1559/86, de 28 de junio). Por último, también se reduce la edad de jubilación respecto de los minusválidos con un grado de minusvalía igual o superior al 65% por el RD. 1539/2003, 5-12.

Un estudio doctrinal en: I. CAMOS VICTORIA, "Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación", cit., págs. 83 a 90; J.I. GARCÍA NINET, "La jubilación en los regímenes especiales de la Seguridad Social", RSS., n.º. 16, 1982, págs. 225 y ss. Sobre la reducción de la edad mínima de jubilación, véase: M.ª.A. VICENTE PALACIO, "Acción protectora en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar", Tribuna Social, n.º. 49, 1995, pág. 104; J. YANINI BAEZA, "Aspectos diferenciadores del Régimen Especial de la Minería del Carbón", Tribuna Social, n.º. 58, 1995, pág. 25).

¹⁶⁴ En contra, siguiendo una interpretación literal del precepto, afirman que, en todo caso, son los 65 años la edad límite entre jubilación parcial anticipada y la ordinaria así como de la vigencia de la obligación de concertación de contrato de relevo, también en los supuestos de bonificación y anticipación de la edad de jubilación (S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, "El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social", La Ley, Madrid, 2003, pág. 146).

dencia la Disp. Adic. Segunda del RD. 1131/2002, que sólo mantiene la obligación de sustitución del relevista y relevado hasta el momento en que se alcance por éste la edad ordinaria o anticipada de jubilación. Y desde luego, tampoco podría ser de otra forma, salvo contravención por el art. 10.b) del reglamento del propio art. 12.6 ET, en lo que se refiere tanto a la vigencia de la obligación de concertación y mantenimiento del contrato de relevo, como a la regulación de la duración del mismo al imponerse con la discutida interpretación un término distinto y más amplio para aquél en tales supuestos¹⁶⁵.

Finalmente, el art. 16 de la L. 39/99, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, por el que se dio nueva redacción a la disposición adicional octava LGSS., ha ampliado la jubilación parcial del art. 166 LGSS. a los trabajadores por cuenta propia integrados en los regímenes especiales del mar, agrario y de trabajadores autónomos, lo que se mantiene tras la disposición final 1ª.2 RD-L 16/2001 confirmada por la L. 35/2002, en espera para su efectividad de su desarrollo reglamentario¹⁶⁶. Por otra parte, al extenderse genéricamente a los trabajadores por cuenta ajena de cualquier Régimen del Sistema de la Seguridad Social (Disp. Adic. 8ª.4 LGSS. y art. 10 RD 1131/2002)¹⁶⁷, y pese a estar regulada en

¹⁶⁵ Los problemas en la recepción de estas adaptaciones a los supuestos de bonificaciones o anticipaciones a la edad de jubilación no son nuevos; el legislador no parece terminar de acertar en la formulación. El art. 8 RD 144/99, presentaba, ya lo hemos visto, un primer déficit consistente en la omisión de toda referencia a las anticipaciones o bonificaciones en la edad de jubilación. Pero además, en segundo lugar, era igualmente criticable el hecho de que tampoco se admitiese de forma abierta por el art. 15.c) RD 144/99 la traslación de edades para los casos referidos; su carácter integrador del concepto de jubilación parcial del art. 8, lo era sólo indirectamente, y deducido de la regulación de un supuesto específico de extinción –derogado implícitamente a partir de la L. 12/2001-. Pero es que, sumado a ello, tampoco la redacción de este art. 15.c) era clara. Refiere lo que entendemos es un desplazamiento de los cinco años de anticipación de la edad de jubilación a los casos en que por aplicación de bonificaciones o anticipaciones de edad, se haya reconocido la jubilación parcial “antes del cumplimiento por el interesado de la edad real de sesenta años”. Parte el legislador de que en tales supuestos la jubilación parcial se pueda producir antes de cumplir dicha edad por los motivos expresados. Pero, si se observa como causa de extinción, se extinguirá la jubilación parcial por el transcurso de cinco años desde el hecho causante de la misma. Produciéndose el hecho causante el día del cese en el trabajo a jornada completa (art. 10 RD 144/99), y estando previsto el límite inferior de edad para la jubilación parcial sólo respecto del máximo de duración temporal de la misma (art. 12.6, primer párrafo ET. y art. 8 RD 144/99), es evidente que la extinción sólo se producirá por el transcurso de los cinco años cuando se haya optado por el relevo desde el momento a partir del cual se facilita para acceder a él, pero no cuando la jubilación parcial se produce con posterioridad al mismo. La única lectura que entendemos aceptable es la que se ha adelantado antes, según la cual, el legislador pretende adaptar la regla general de duración de la jubilación parcial a los supuestos específicos de reducción de la edad ordinaria de jubilación, deslizando su arco temporal a contar hacia atrás a partir del momento en que se cumpla la edad de jubilación reducida (en sentido similar: L. LOPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución...”, cit., págs. 61 y 62; J.A. MALDONADO MOLINA, “La pensión de jubilación tras la Ley 35/2002, de 12 de julio”, A.L., Vol 2002/3, pág. 901).

¹⁶⁶ Por todos: J. A. PANIZO ROBLES, “Un nuevo paso en la jubilación flexible (la nueva regulación de la jubilación parcial y del contrato de relevo)”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº 223, 2001, pág. 109; R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, “La jubilación flexible y la jubilación parcial”, Tribuna Social, nº 152 y 153, 2003, págs. 12 y 13.

¹⁶⁷ Del texto de la Disp. Adic. 7ª.2 LGSS y del art. 1.1 RD. 1131/2002 (anteriormente art. 1.1 RD. 144/99) cabe destacar la ausencia de la referencia a la jubilación parcial. La justificación parece encontrarse en los arts. 1.3 y 10 RD 1131/2002, que reconocen (éste último, pero que sistemáticamente podrían entenderse como una sola disposición en la interpretación del ámbito personal del reglamento) como beneficiarios posibles de la jubilación parcial a los trabajadores “integrados en cualquier Régimen del Sistema de la Seguridad Social”, lo que significa que las exclusiones de los Regímenes de Seguridad Social no referidos en la Disposición Adicional 7ª LGSS, y el art. 1.1 RD 1131/2002 no son predicables respecto de la jubilación parcial [I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial”, en AAVV (coords. Mª.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré), “Los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 235; IGLESIAS CABERO y J.Mª. MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, Colex, Madrid, pág. 76]. La doctrina, respecto del precedente RD. 144/99 (arts. 1.3 y 9), ha rechazado la posibilidad de que tal excepción constituya una extensión «ultra vires» de la Disposición Adicional 7ª LGSS en atención al carácter de norma mínima del reglamento y al criterio a favor del beneficiario (M. IGLESIAS CABERO y J.Mª. MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 76, y en J.Mª. MARÍN CORREA, “El contrato a tiempo parcial a efectos de protección social”, Revista del Ministerio de

una norma específica de Seguridad Social, la jubilación parcial objeto de estudio se ciñe en principio al ámbito del Estatuto de los Trabajadores en que se enmarca el contrato a tiempo parcial y el instituto del relevo (arts. 166.2 LGSS y 9 RD. 1131/2002 con remisión al art. 12.6 ET), siendo sus beneficiarios naturales los trabajadores por cuenta ajena del art. 1.1 ET¹⁶⁸, y, por tanto, excluidos los funcionarios públicos¹⁶⁹. No obstante, esta afirmación general tiene sus excepciones. Así, pese a ser trabajadores por cuenta ajena, se encuentran excluidos en principio, en el marco de las relaciones laborales de carácter especial, los deportistas profesionales (arts. 4.2 y 21 RD. 1006/1985)¹⁷⁰, e incluidos, por el contrario, los socios de trabajo a tiempo parcial y

Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 18, 1999, pág. 164 y 165). Lo cierto es que la extensión de la jubilación parcial al común de los trabajadores por cuenta ajena encuadrados en los Regímenes Especiales, sin excepción, no es sino desarrollo de la Disposición Adicional 8ª.4 LGSS, en redacción dada por el art. 13 L. 24/97, 15-7, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social [anterior apartado 3º, que ha pasado a ser el apartado 4º a partir de la Disp. Final. Primera.2 RD-L 16/2001, de 27 de diciembre, de Medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y, posterior Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible]. Extensión subjetiva del art. 166 LGSS. que se amplió posteriormente por el art. 16 de la L. 39/99, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial del Mar, Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

¹⁶⁸ Por consiguiente, puede acceder a la jubilación parcial el trabajador que a su vez es miembro del Consejo de Administración con una participación del 20% de las acciones [S. TSJ. La Rioja 24-7-2003 (AS. 2004/469)]. Como trabajador por cuenta ajena (arts. 12.6 ET, Disp. Adic. 8ª LGSS), puede acceder a la jubilación parcial aquél que lo sea en el momento del hecho causante, aún cuando a nivel prestacional corresponda el reconocimiento de la misma en el RETA por acreditar en el mismo el mayor número de las cotizaciones (arts. 12.1 RD. 1131/2002 y 35.2.c) D. 2530/1970) [SS TSJ. País Vasco 22-3-2005 (AS. 808) y TSJ. Comunidad Valenciana 5-11-2004 (AS. 3608)].

¹⁶⁹ Respecto de los funcionarios la pensión de jubilación es incompatible con el trabajo a tiempo parcial, no así si se trata de personal laboral en el sector público (art. 3.2 L. 53/84, de 26-12). Cuestión criticada por FERNÁNDEZ LÓPEZ que considera conveniente la generalización de la medida, y su extensión así al ámbito de la Función Pública (A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Jubilación parcial y reparto...", cit., pág. 137. En el mismo sentido: F.LJ. CALVO GALLEGGO, "El acceso progresivo ...", cit., págs. 53, 54 y 57; J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación parcial", Bomarzo, Albacete, 2004, págs. 27 y 28). Sin que quepa acceder a la jubilación parcial desde el RGSS utilizando el cómputo de cotizaciones practicadas en el régimen de clases pasivas del Estado, pues el art. 2 RD. 691/1991, 12-4, limita tal posibilidad a las prestaciones que tengan equivalencia con otros regímenes [S. TSJ. Galicia 6-5-2004 (AS. 2332)].

¹⁷⁰ La exclusión de los deportistas profesionales deriva de los arts. 4.2 y 21 RD. 1006/1985, en relación con el art. 12.6 ET, y responde a razones obvias en opinión de F. DURÁN LÓPEZ, "La relación laboral especial de los deportistas profesionales", RL, Tomo II, 1985, pág. 82. También algún autor excluye la jubilación parcial del personal civil en establecimientos militares por ser incompatible el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público con la percepción de la pensión (Mª D. GARCÍA VALVERDE, "Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares", cit., pág. 155). Sin embargo, desde la perspectiva de la Seguridad Social nada impide la misma, por cuanto este colectivo se encuentra integrado en él y no en Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (arts. 97.1 y 2.c. LGSS y 3.5 RD. Legislativo 1/2000, de 9 de junio) (J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y Mª A. MOMPARNER CARRASCO, "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 37 y 376). Respecto del resto de las relaciones laborales de carácter especial me remito al estudio de la admisibilidad del contrato a tiempo parcial en el subepígrafe dedicado al estudio de la jornada término de referencia en el concepto del contrato; ya lo vimos, el supuesto más conflictivo es el de los representantes puesto que el caso del trabajo a tiempo parcial del alto directivo puede considerarse resuelto jurisprudencialmente. En cualquier caso, la dificultad que puedan suponer la aplicabilidad del art. 12.6 ET al que se remite el art. 166 LGSS y el art. 9 RD. 1131/2002, debe saldarse en última instancia a favor del cumplimiento material de las condiciones y requisitos en él previstos, siguiendo una interpretación finalista de tales preceptos y demás integrados en la normativa de desarrollo (F.J. CALVO GALLEGGO, "El acceso ...", cit., págs. 56 y 57). Por otra parte, la aplicación del art. 12.6 ET derivaría ahora de las propias normas de Seguridad Social que comentamos (art. 166 LGSS) y a las que voluntariamente se someten las partes con lo que ello implica, asumible conforme al art. 4.1 RD. 1438/1985 (en contra, los excluye por ser la relación incompatible con el contrato a tiempo parcial y no contemplarse la cotización a tiempo parcial: J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación ...", cit., pág. 31). No observamos ningún problema material grave que impida la aplicabilidad de la jubilación parcial a los trabajadores por cuenta ajena agrícolas y a los trabajadores del hogar familiar, por cuanto tanto en el sector agrario como en la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar es factible la celebración de contratos a tiempo parcial. No obstante, es cierto que requieren importantes adaptaciones motivadas por la independencia de la base de cotización respecto de los salarios recibidos y horas trabajadas, con lo que, además, se desincentiva la medida (problema que apuntan: F.J. CALVO GALLEGGO, "El acceso ...", cit., pág. 55; S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, "La jubilación gradual y flexible ...", cit., pág. 97).

socios trabajadores a tiempo parcial de las sociedades cooperativas de trabajo asociado integrados en el RGSS¹⁷¹ y el personal estatutario de los servicios de salud¹⁷². Este último se encuentra encuadrado en el RGSS, según establece el art. 17.1.i) L. 55/2003, de 16 de diciembre, Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, y respecto del mismo se admite nombramiento a tiempo parcial, cuyo límite máximo es precisamente el 75% de la jornada ordinaria (art. 60 L. 55/2003), con aplicación de las normas de Seguridad Social previstas para dicho contrato (Disp. Adic. decimocuarta L. 55/2003 en referencia a la Disp. Adic. séptima LGSS y normativa de desarrollo, y de lo que es expresión el segundo párrafo del art. 65.6 adicionado por el RD. 335/2004, de 27 de febrero) y se admite igualmente la jubilación parcial voluntaria compatible con las retribuciones derivadas de una actividad parcial (arts. 26.4 y 77.4 L. 55/2003). Por tal jubilación parcial entendemos tanto la anticipada como la ordinaria, si bien ésta última se hará depender de que se permita por el servicio de salud correspondiente la permanencia en la actividad más allá de los 65 años de jubilación forzosa, según el referido art. 26.

3.2.2 El contrato a tiempo parcial del relevado

Respecto de la jubilación parcial como medida de reparto del empleo, tradicionalmente la doctrina ha debatido sobre el carácter extintivo o modificativo de la novación contractual que está en su origen, sobre el carácter temporal o no del contrato, sobre la naturaleza voluntaria o forzosa de la jubilación total que sigue a su extinción, así como si es posible la instauración de la jubilación parcial forzosa en Convenio Colectivo, y no meramente como una previsión que de cauce formal y material a las expresiones de voluntades individualizadas de los trabajadores. De estos asuntos nos ocuparemos a continuación.

¹⁷¹ Pese a la referencia al art. 12.6 ET, se encuentran plenamente incluidos en el ámbito del RD. 1131/2002 y por supuesto en lo que se refiere a la jubilación parcial, en virtud de la Disp. Adic. única RD. 1278/2000, de 30 de junio, que viene a dar cumplimiento al mandato de la Disp. final sexta de la L. 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, consecuencia de la admisión del trabajo a tiempo parcial en las sociedades cooperativas ex art. 80.1 de dicho cuerpo legal, y de la Disp. Adic. 4ª.5 LGSS. En apoyo de nuestras afirmaciones cabría señalar también el art. 41.4 RD. 84/1996, de 26 de enero, en redacción dada por el RD. 1278/2000, de 30 de junio. Hay que añadir, que la admisión del trabajo a tiempo parcial de los socios-trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado constituye tan sólo una novedad relativa por cuanto nuestros Tribunales ya vinieron pronunciándose en tal sentido con las consiguientes consecuencias en materia de Seguridad Social, en orden al principio de equiparación o de igualdad en la aplicación de las normas del correspondiente Régimen de Seguridad Social en que se integren [S. TSJ. Castilla y León (Valladolid) 7-2-1995 (616); S. TSJ. Castilla y León/Burgos 10-12-1997 (4570); S. TSJ. Castilla y León/Burgos 16-2-1998 (142); S. TSJ. Cataluña 23-9-1998 (3652). Véase también: S. TSJ. Galicia 21-11-1996 (4502), S. TSJ. Castilla-La Mancha 9-3-1999 (1317); S. TSJ. Andalucía/Sevilla 19-10-2000 (3118); S. TSJ. Cantabria 3-5-2001 (1670); S. TSJ. Comunidad Valenciana 3-5-2001 (AS. 104); S. Juzgado de lo Social de Albacete, núm. 2 2-7-2001 (3422); S. TSJ. Cantabria 21-1-2002 (AS. 600)]. Por la doctrina, E. CASTELLANO BURGUILLO, "Cooperativas de trabajo asociado. Encuadramiento de los socios trabajadores", Comunicación presentada a las III Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales, Sevilla, septiembre, 2000, pág. 7 y ss.; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 27. No obstante, la Administración ha defendido el criterio opuesto (J.A. PANIZO ROBLES, "El trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 130)]. De admitirse en este caso la jubilación parcial, sectores doctrinales consideran que el relevista necesariamente tendrá que ser un trabajador por cuenta ajena en aplicación de los arts. 12.6 ET y 166.2 LGSS. En mi opinión, en cambio, el relevista puede ser también un socio-trabajador, pues la finalidad de relevo en el empleo se cumple igualmente y con una mayor fidelidad a los principios del cooperativismo.

¹⁷² En contra, si bien con anterioridad a las normas que se citan, pues no es un trabajador (arts. 166 LGSS y 1.1 RD. 1131/2001); S. TSJ. Murcia 1-10-2003 (JUR 275789).

El grueso de la mayor parte de estos problemas bascula en última instancia sobre los términos utilizados por el legislador para referirse al origen del contrato a tiempo parcial del relevado, y que parecen indicar la celebración de un nuevo contrato distinto del anterior que viene a sustituir, así como, dado su origen contractual, el carácter necesariamente voluntario del mismo. Efectivamente, tanto bajo su anterior regulación como en la actual, el legislador estatutario se refiere al contrato a tiempo parcial del jubilado como aquél “celebrado por el trabajador que concierte con su empresa... una reducción de su jornada de trabajo y de su salario...” (art. 12.6 ET). Aún con mayor determinación, el art. 10.a) RD. 1131/2002, como hizo el art. 9.a) RD 144/99, indica que el beneficiario de la jubilación parcial “concertará, previo acuerdo con su empresa, un contrato a tiempo parcial...”. A tales consideraciones se suman el reforzamiento de la voluntariedad en la transformación del contrato a tiempo completo en parcial y viceversa a partir del RD-L 15/98, y, finalmente, la derogación de la Disp. Adicional 10ª ET. por el RD-L 5/2001 y la tendencia a la flexibilización de la jubilación también voluntaria.

3.2.2.1 La novación contractual

Frente a la transformación del contrato del relevado en otro a tiempo parcial la doctrina ha mantenido posturas enfrentadas en orden a su naturaleza extintiva o modificativa de la relación originaria. Así GARRIDO PÉREZ esgrimía la letra del art. 6 RD 1991/84 que reconocía en términos generales la posibilidad de “transformación” por acuerdo de las partes del contrato a tiempo completo en un “nuevo contrato” a tiempo parcial, de lo que la autora deducía una revocación del antiguo contrato¹⁷³. En apoyo de esta postura cabría señalar en la actualidad la redacción de algunos preceptos del RD. 1131/2002, cuales son el art. 10.a), 11, 13 y Disp. Adic. Primera, que se refieren al contrato a tiempo parcial concertado o suscrito por el jubilado parcial. Argumento literal que junto con la valoración cualitativa de las condiciones laborales afectadas por la novación, podía inducir a apreciar una novación extintiva y no meramente modificativa del primer contrato; la reducción de la jornada y salario pactados originariamente no pueden sino, dada su esencialidad, suponer la extinción de un contrato y la aparición de otro nuevo¹⁷⁴.

Frente a la expresada postura, otro sector doctrinal, manejando nuevamente argumentos de literalidad normativa, observó en la letra del art. 12.5 ET.¹⁷⁵ y del art. 1.3 RD 1991/84¹⁷⁶ la única exigencia de un acuerdo de reducción de jornada

¹⁷³ E. GARRIDO PÉREZ, “El contrato de relevo”, cit., pág. 17. “Expresividad normativa” que aprecia igualmente la autora en la versión del art. 12.4.e) y 6 ET/98, en la utilización de los términos “conversión”, “celebrado” y “poder realizar” (E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo y jubilación parcial”, en AAVV, “Trabajo a tiempo parcial”, Francis Lefebvre, Madrid, 2000, págs. 66 y 67).

¹⁷⁴ E. GARRIDO PÉREZ, “El contrato de relevo”, cit., pág. 16 y en “Contrato de relevo y jubilación parcial”, cit., págs. 65 a 67. En este sentido, también: ACARL, “Las nuevas normas de contratación laboral”, cit., pág. 84. En contra, L.M. CAMPS RUIZ, “La nueva regulación del mercado de trabajo”, cit., págs. 169 y 170; J.Mª. MARÍN CORREA, “La igualdad de naturaleza entre el contrato a jornada completa y el contrato «a tiempo parcial»”, A.L., T.3, 1995, pág. 92.

¹⁷⁵ Tal y como hace hoy párrafo 6 del nuevo art. 12 ET, se refería al contrato del jubilado parcial como aquél “celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en la condiciones establecidas en el presente artículo una reducción...”.

¹⁷⁶ “También tendrán tal consideración los contratos de trabajo en los que, previo acuerdo de las partes, se opere una reducción de la jornada de trabajo...”.

y salario, como se ha venido haciendo tanto en la versión del 98 y en la actual producto de la L. 12/2001, que parecía indicar el recurso a la novación modificativa de la relación y no así a su extinción¹⁷⁷. En segundo lugar, del texto de la norma no se deducen las consecuencias propias de una modificación extintiva, tales como las referentes a la antigüedad del trabajador y demás derechos relacionados con ella, como lo relativo a la condena por despido. Es más, algunos de los autores que han defendido el carácter extintivo de la novación han invocado, por el contrario, el respeto de los derechos adquiridos a través del vínculo jurídico anterior¹⁷⁸, lo que contradice las consecuencias propias de la novación extintiva¹⁷⁹. De hecho, la Disp. Adic. Primera.2 RD. 1131/2002 reconoce expresamente el mantenimiento de los derechos adquiridos y de la antigüedad del jubilado parcial. Por último, como indica algún autor, el principio de conservación del negocio jurídico aconseja acudir mejor a la novación modificativa que a la extintiva¹⁸⁰.

Una segunda cuestión que se planteó por la doctrina antes de la reforma del art. 12.6 ET. por la L. 12/2001 en que se introdujo la jubilación parcial ordinaria, fue la de si la novación implicaba la transformación de la relación indefinida en temporal¹⁸¹ o, por el contrario, la entonces legalmente impuesta extinción del contrato del jubilado parcial con el cumplimiento de la edad de jubilación derivaba de la jubilación del mismo, voluntaria —en cuanto asumida inicialmente aún con efectos diferidos— u

¹⁷⁷ L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 53. En general, respecto del carácter de la novación véase también en el capítulo IV.

¹⁷⁸ Así, por ejemplo: ACARL, "Las nuevas normas de contratación laboral", cit., pág. 84. GARRIDO PÉREZ defendía igualmente el mantenimiento de los referidos derechos con apoyo en el mandato legal inmerso en los derogados arts. 2.1 y 2.3 RD 1991/84 (E. GARRIDO PÉREZ, "El contrato de relevo", cit., pág. 17). El mantenimiento de los derechos adquiridos en el primer contrato no nos parece deducible de los párrafos indicados por la autora en tanto que están previstos con carácter general para el contrato a tiempo parcial y con una finalidad bien distinta: el párrafo primero combatir posibles discriminaciones y un exceso de precariedad en la contratación a tiempo parcial; el tercero la clarificación del cómputo de la antigüedad para el trabajador a tiempo parcial, sin referencia alguna a las eventuales relaciones a tiempo completo o parcial que hayan vinculado previamente al trabajador con la empresa. En nuestra opinión, por tanto, resulta difícil utilizar los párrafos 1 y 3 de ese art. 2 como base legal del respeto de los derechos adquiridos; los mismos no hacen sino equiparar en derechos a los trabajadores a tiempo parcial con los trabajadores a jornada completa, pero no introducen una excepción a los efectos propios de una novación extintiva.

¹⁷⁹ En este sentido: L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 54.

¹⁸⁰ Así lo afirma GARCÍA PIQUERAS que acertadamente indica la innecesidad de la extinción de la relación jurídica para, a continuación, constituir otra idéntica en todos sus elementos salvo en los de jornada y salario (M. GARCÍA PIQUERAS, "Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral", cit., pág. 272).

¹⁸¹ Respecto de la causa de extinción de la relación del jubilado parcial, la temporalidad de su contrato se encontraba claramente fijada por el artículo 3.1 del RD 1991/84 que reglamentaba tal modalidad contractual, a lo que colaboraba indirectamente el propio art. 12.5 ET. Efectivamente, desde una interpretación literal del primer precepto referido, difícilmente se podía deducir otra consecuencia, ya que expresamente se presumía su duración determinada y equivalente a la que faltara al trabajador para alcanzar la edad de jubilación. Así lo han interpretado, por su parte, nuestros Tribunales, por ejemplo, en S. TSJ. Madrid 30-1-1990 (A.S. 453) al reconocer que el art. 3.1 RD 1991/84 "... establece la presunción del carácter indefinido de los contratos de trabajo a tiempo parcial, salvo la excepción de la jubilación parcial". A nivel doctrinal fue de esta opinión: R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", cit., pág. 48; A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial...", cit., pág. 50. Con ciertas dudas RAMÍREZ MARTÍNEZ, que si bien reconoce que el anterior art. 12.4 ET no configuraba el contrato del jubilado parcial como temporal observa, sin embargo, que efectivamente así lo había hecho el legislador en el posterior decreto de desarrollo (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., págs. 305 y 306). Posteriormente, algún autor ha seguido calificando como temporal el "contrato concertado en régimen de jubilación parcial o de relevo", por ejemplo: L. CAMPS RUIZ, "La nueva regulación del mercado de trabajo", cit., pág. 170; L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo", Tribuna Social, nº. 85, 1998, pág. 53; A. PEDRAJAS MORENO, "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 416) y en "Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo", en AAVV, "Los contratos...", cit., pág. 200; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada", RMTAS, nº. 18, 1999, pág. 218.

obligatoria por imposición legal¹⁸². Aún cuando ahora el debate doctrinal haya perdido todo su interés, no cabe por menos que reconocer que la teoría de la temporalidad del contrato del jubilado parcial suponía una gran complejidad, además de dificultades de difícil resolución¹⁸³. Complejidad y dificultades de otra parte innecesarias para el objetivo que se proponía la norma de extinción de la relación del jubilado parcial llegada la fecha o el momento previsto legalmente, pues ésta se produciría por la jubilación total del trabajador previamente asumida y, en cualquier caso bajo las regulaciones precedentes, por la concurrencia de una causa de extinción prevista legalmente en el art. 12 ET. que acompañaba necesariamente a este mecanismo de reparto del empleo¹⁸⁴.

¹⁸² Con más frecuencia se ha reconocido por la doctrina abierta o implícitamente una opinión contraria a la transformación del contrato del jubilado parcial en un contrato temporal. En primer lugar, se apreció mayoritariamente una extinción contractual derivada de una jubilación voluntaria u obligatoria, según la perspectiva, pero no de la llegada del término contractual lo cual era constatable en el segundo párrafo del número 5º del art. 12 ET (“... extinguiéndose la relación laboral al alcanzar la referida edad”) y con mayor claridad en el art. 13. 4 RD 1991/84 que declaraba la extinción de la jubilación parcial al cumplir la edad para la jubilación ordinaria del correspondiente régimen de la Seguridad Social, o cuando se produzca la jubilación con coeficientes reductores. Estos argumentos pueden mantenerse, en nuestra opinión, tras el 98 visto el primer párrafo del art. 12.6 ET/98 y visto el art. 15 RD 144/99. En esta línea: F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, en AAVV, “Comentarios a la nueva legislación laboral”, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 81; E. GARRIDO PÉREZ, “El contrato de relevo”, cit., pág. 53; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 305; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 305 y 306. MARÍN CORREA la considera derivada de una condición resolutoria incorporada al contrato con posterioridad a su celebración y que supone una renuncia lícita de derechos (J. M. MARÍN CORREA, “Algunos aspectos del contrato de relevo a la luz del RD-L 18/93”, Estudios de Jurisprudencia, Rev. Colex, nº. 9/1994, pág. 72). En el mismo sentido, como condición extintiva: L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...”, cit., pág. 57. Confusamente, la S. TSJ. de Madrid de 25-4-1990 (AS. 1710), afirma que la jubilación parcial “al igual que el contrato laboral complementario, está sujeto a término y, por ello, convierte en forzosa la jubilación ordinaria al cumplimiento de la edad, lo que además determina inexorablemente la extinción de la relación laboral parcial (vid: C. BLASCO RASERO, “Un acercamiento a la jubilación parcial desde la jurisprudencia”, cit., pág. 116). La jubilación total al término de la parcial es calificada como voluntaria, en orden al origen pactado de ésta última por: C. BLASCO RASERO, “Un acercamiento a la jubilación parcial...”, cit., pág. 117; L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...”, cit., pág. 57. Parece que la califica como voluntaria OJEDA AVILÉS desde una perspectiva completamente diferente, puesto que defiende la extinción del contrato por la llegada del término pactado, y la jubilación total del trabajador sólo si es solicitada libremente por éste [A. OJEDA AVILÉS, “Los contratos a tiempo parcial...”, cit., pág. 50; en similar sentido: E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo y jubilación parcial”, cit., pág. 68. Sin embargo esta interpretación vulneraría la finalidad prevalente de reparto del empleo que hemos reconocido a la jubilación parcial anticipada]. Por el contrario, destacan su carácter obligatorio una vez solicitada la jubilación parcial, por ejemplo: F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 81; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 40 y en “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 304; L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...”, cit., pág. 67.

Continuando con el examen de la naturaleza temporal del vínculo contractual del relevado, tampoco se deducían de los textos precedentes las consecuencias propias de ser un contrato temporal, como lo relativo -nuevamente- a la antigüedad (M. GARCÍA PIQUERAS, “Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral”, cit., pág. 272; véase también: F. CAVAS MARTÍNEZ, “Jurisprudencia Social. Unificación de doctrina”, Aranzadi Social, octubre 1997, págs. 21, 29 y 30) y el régimen de denuncia y preaviso, al que no se hacía alusión ninguna (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 306).

¹⁸³ Entre otras cosas tendría que plantearse necesariamente, caso de admitirse la transformación en temporal del contrato original del relevado, su posible contravención del art. 3.5 ET. así como de la doctrina jurisprudencial correspondiente relativa a la indisponibilidad de los derechos de fijeza del trabajador mediante un pacto ex post que convierta una relación laboral indefinida en temporal. Y ello, como indica ALARCÓN CARACUEL, porque dada la posibilidad que el trabajador tiene de rescindir ad nutum su contrato, la conversión de un contrato indefinido en otro temporal no puede tener para él ningún interés, por lo que constituiría una renuncia de derechos nula. Por el contrario, la transformación de un contrato a jornada completa en otro a tiempo parcial sí puede responder al interés del trabajador, por lo que en virtud del principio de libertad de trabajo (art. 35 CE) no podría nunca impedirse por el legislador (M.R. ALARCÓN CARACUEL “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., págs. 121 y 122). En opinión de algunos autores, como MARÍN CORREA, legalmente se está permitiendo y regulando una renuncia de derechos no prohibida en cuanto se admite la incorporación de una condición resolutoria no prevista en el momento de la contratación (J.M. MARÍN CORREA, “Algunos aspectos del contrato de relevo a la luz del RD-L 18/93”, cit., pág. 72). En nuestra opinión, más que tratarse de una condición resolutoria constituiría, en todo caso, un término, puesto que es segura la finalización del contrato.

Como hemos anticipado, con la versión del art. 12.6 ET. dada por la L. 12/2001 que ha supuesto la introducción de la jubilación parcial ordinaria, con objetivos y finalidades claramente diferentes y hasta cierto punto contradictorios con los anteriormente mantenidos por la institución, claramente se configura la extinción del contrato a tiempo parcial del relevado como derivado, en su caso, de la jubilación total del trabajador (arts. 12.6 y 49.1.f) ET.), ahora de indubitada libertad de ejercicio por el jubilado parcial, y nunca de la introducción de un término relacionado con la edad de jubilación del mismo¹⁸⁵. Precisamente por tal motivo, en nuestra opinión, no son admisibles bajo el régimen actual la introducción de término alguno al contrato del jubilado parcial y relativo a su edad por pacto derivado de la autonomía individual. Ello constituiría una renuncia ilegítima de derechos ex art. 3.5 ET, contraria por lo demás al espíritu de la regulación legal del art. 12.6 ET. y probablemente discriminatoria por razón de edad. Tales limitaciones a la vigencia del contrato sólo podrían realizarse, en nuestra opinión, vía negociación colectiva, de conformidad, no ya con el art. 12.6.d) ET que no ampara tales posibilidades, sino en virtud de jubilación forzosa y en los limitados términos que ahora se le reconocen¹⁸⁶.

A modo de conclusión, la naturaleza temporal o indefinida del vínculo contractual que mantiene el trabajador relevado dependerá del carácter del contrato que originariamente se haya estipulado; nada impide, aunque no parezca que llegue a ser éste el supuesto más habitual del relevo ni que responda adecuadamente a la finalidad de política de empleo de la jubilación parcial, que la relación laboral del que se jubila parcialmente fuese celebrada por tiempo determinado. No obstante, respecto de la jubilación anticipada parcial las limitaciones para el trabajador temporal son importantes puesto que es necesario que se garantice su existencia hasta el momento mismo del cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria o con aplicación de coe-

¹⁸⁴ En nuestra opinión, no cabía aceptar la conversión del contrato en otro por tiempo determinado en cuanto las partes no fijaban la duración del contrato sino que su extinción les venía impuesta legalmente –su finalidad prevalente era, recuérdese, el reparto del empleo– (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 30 5 y 306) y, con más claridad aún hoy, derivada de la jubilación total del trabajador. Efectivamente, en las etapas anteriores la extinción de la jubilación anticipada se produce, no por la llegada del término contractual sino por la jubilación pactada implícitamente al tiempo de la transformación de la relación en orden al régimen previsto para aquella por la norma. En este supuesto la jubilación sería de carácter voluntario, como lo pueda ser cualquiera otra convenida individualmente, en tanto que sus efectos son necesariamente diferidos (F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 81; E. MARTÍN PUEBLA, “La jubilación...”, cit., pág. 58; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., págs. 305 a 307; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado”, cit., pág. 64). Por otra parte y en cualquier caso, la deficiente redacción del art. 3.1 RD 1991/84, dejó de ser obstáculo para la configuración del contrato del relevado como indefinido al ser derogado junto al resto de artículos que van del 1 al 6 y 10 del RD 1991/84 por la Disposición derogatoria Única, 2. del RD 2317/1993, de 29 de diciembre.

¹⁸⁵ Aprecia el paso del contrato temporal a término cierto del relevado de la precedente regulación, a su carácter indefinido y extinción derivada de la jubilación total del trabajador a partir de la L. 12/2001: F.J. CALVO GALLEGOS y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo”, cit., pág. 195; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, “La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»”, R.L., n.º. 17, 2001, pág. 5. Confusamente, señala también la transcendencia del cambio de regulación en este aspecto: J.A. PANIZO ROBLES, “Un nuevo paso en la jubilación flexible (la nueva regulación de la jubilación parcial y del contrato de relevo)”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, n.º. 223, 2001, pág. 92. Precisamente por la normalidad de la continuación del trabajo del relevado una vez superada la edad ordinaria de jubilación, y la inexistencia de término para la extinción de su contrato, la permanencia en la empresa de aquél no requerirá de acuerdo con el empresario o de novación alguna, como así cabe deducirse, por lo demás del art. 12.6.a) ET.

¹⁸⁶ Véase en el subepígrafe siguiente.

ficientes reductores¹⁸⁷. Esta exigencia hará imposible la jubilación parcial del trabajador temporal o escasamente interesante desde la perspectiva de su función en el mercado de trabajo. Probablemente no se someta a condicionante alguno la jubilación parcial ordinaria del trabajador temporal, si bien ahora carecen de sentido abundantes aspectos de su regulación, como es, sin ánimo exhaustivo, la incondicionalidad de anualidad de la duración –o de la prórroga– del contrato de relevo potestativo.

3.2.2.2 La jubilación parcial. Voluntaria o forzosa

La admisión de la jubilación forzosa como medida de política de empleo fue declarada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de julio de 1981. Más detenidamente, fue objeto de análisis la licitud de su fijación por Convenio Colectivo en sentencias del mismo Tribunal posteriores a aquélla y a través de las cuales se aceptó la negociación colectiva como cauce de establecimiento de la misma en orden a diferentes consideraciones¹⁸⁸. Si en el marco de esta doctrina constitucional parecía posible el establecimiento de la obligatoriedad de la jubilación progresiva¹⁸⁹, la imposibilidad de su uso se hace por el contrario patente con el RD-L 15/98, que según se desprende de su Exposición de Motivos y del art. 12.4.e), 5 y 6, interpretados además sistemáticamente, impone la voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial y en las alteraciones de su jornada. En desarrollo de las previsiones estatutarias, el principio de voluntariedad tiene fiel reflejo en los arts. 10.a), 12.2, Disps Adic. 1ª y 2ª del RD. 1131/2002, tanto respecto de la jubilación parcial como del contrato de relevo, y con mayor clari-

¹⁸⁷ En este sentido, S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, "El nuevo contrato ...", cit., págs. 164 y 165. También, respecto de etapas normativas precedentes también admitieron esta posibilidad: L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., págs. 53 y 54); R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", DL, n.º. 15, 1985, pág. 60; -mostrando sus dudas- A. PEDRAJAS MORENO, "Contrato a tiempo parcial por jubilación...", cit., pág. 200.

¹⁸⁸ S.TCo. 58/85, de 30 de abril, y las que le siguieron, SS. Tco. 95/85, de 29 de julio y 111 a 136/85, de 8 de noviembre. Véase al respecto: F. DURÁN LÓPEZ, "Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo", MTSS, Madrid, 1992, págs. 69 y ss.

Un estudio sobre su configuración en la negociación colectiva en: R. SASTRE IBARRECHE, "La aplicación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva", Tribuna Social, n.º. 94, 1998, págs. 36 y ss. Véase también: Mª.M. RUIZ CASTILLO y A. ARGÜELLES BLANCO, "Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo", en AAVV (Dir. J. García Murcia), "Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva", CES, Madrid, 1998, pág. 413. Y, más recientemente: X.M. CARRIL VÁZQUEZ, "¿Inercia en la negociación colectiva sobre edades de jubilación forzosa del trabajador, tras el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo?", A.L., n.º. 8, 2002, págs. 159 y ss. Véanse también obras más recientes sobre el tema, por ejemplo: A. ESTEVE SEGARRA, "La jubilación forzosa", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; P. GETE CASTRILLO, "La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

¹⁸⁹ ACARL, "Las nuevas normas de contratación laboral", cit., págs. 85 y 86; A. BAYLOS GRAU, "Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en Convenio", RL., 1985-II, pág. 478; F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 79; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial", cit., pág. 38; E. MARTÍN PUEBLA, "La jubilación anticipada como instrumento...", cit., págs. 50, 59 y 60; A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido", cit., pág. 48; R. SASTRE IBARRECHE, "La jubilación forzosa por edad", cit., pág. 504]. En contra, por suponer un sacrificio desproporcionado del trabajador jubilado parcialmente y por ello su inadecuación a los requisitos constitucionales admisibles: I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "El contrato a tiempo parcial", cit., pág. 111; Mª.C. ORTIZ LALLANA, "Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial", R.L., T.II, 1998, págs. 249 y 250. Otro sector doctrinal, y frente a la regulación anterior al 98, ha centrado sus reticencias a la admisión de la jubilación forzosa con carácter parcial principalmente en apreciaciones relativas a la literalidad de algunos preceptos sobre transformación del contrato de trabajo a tiempo parcial o la jubilación parcial y que parecían asumir su voluntariedad (art. 12.4 ET/84 y arts. 14 y 11.1 del RD 1191/84, y el art. 15 AES), por todos: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial", cit., pág. 38; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Las modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado", cit., pág. 63.

dad que en el RD. 144/1999, que no se pronunciaba expresamente sobre la voluntariedad de los incrementos acompañados de la jornada del relevista. Esta exigencia de acuerdo, y por consiguiente la voluntariedad, vienen exigidos respecto de ambos contratantes aún cuando sea claramente admisible la imposición al empresario a través de Convenio Colectivo de la jubilación parcial del trabajador, convirtiéndose en éstas circunstancias en un derecho para aquél¹⁹⁰.

Finalmente, la disposición derogatoria única del RD-L 5/2001 ha procedido a derogar la disposición adicional décima ET., con lo que ha surgido la consiguiente duda de si pueden continuar previniéndose por Convenio Colectivo cláusulas de jubilación forzosa. Por el momento la doctrina mayoritaria ha negado que tal desaparición impida que la negociación colectiva continúe fijando edades máximas de permanencia en el trabajo¹⁹¹, aún cuando el Tribunal Supremo, ha limitado la licitud de tales cláusulas a los convenios colectivos negociados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma y hasta la vigencia pactada en los mismos¹⁹². Nosotros no podemos en este trabajo profundizar en esta particular cuestión que excede, con mucho, de nuestro tema concreto de análisis. Ni tiene sentido, pues en cualquier caso estaría vetado que ésta se utilizase no ya para imponer la jubilación parcial, más ventajosa y menos traumática que la jubilación total, sino la reducción de la jornada presupuesto de aquella, lo que de alguna manera confirma la visión de indeseabilidad social del trabajo a tiempo parcial. Consiguientemente, la reciente recuperación de la "autorización" a los convenios colectivos para establecer edades de jubilación forzosa por la nueva Disp. Adia. 10ª ET., introducida por la L. 14/2005, del 1 de julio, no afecta a la jubilación parcial.

3.2.3 La jornada del relevado y su flexibilidad

La novación del contrato del relevado en uno a tiempo parcial partía de la que parecía lógica existencia previa de una jornada a tiempo completo, cuestión que, por sí

¹⁹⁰ F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 81; J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación parcial", cit., pág. 36; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial", cit., pág. 38. No hay, por tanto y en virtud del principio de libertad de contratación, obligación del empresario de acceder a la reducción de jornada solicitada por aquél que pretenda jubilarse parcialmente: SS. TSJ. Navarra 31-5-2004 (JUR 2004/198381); TSJ. Cataluña 20-1-2004 (JUR 111079); TSJ. Aragón 10-12-2003 (JUR 2004/182267); TSJ. Madrid 7-11-2003 (AS. 2004/569) y 24-1-2003 (AS. 1472).

¹⁹¹ Las razones esgrimidas por este sector mayoritario parecen convincentes en cuanto, efectivamente, y al no prohibirse en absoluto, el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 58/85, de 30 de abril situó la cuestión sobre la admisibilidad de tales cláusulas en el ámbito de las relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual sin que la desaparición de su ponderación legal niegue que ésta se realice por la propia negociación colectiva en tanto que aquélla no constituía propiamente una autorización sino la superación de la precedente imposibilidad impuesta por norma infraconstitucional (J. MARTÍNEZ GIRON, "La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores", A.L., suplemento nº. 8, 2002, págs. 145 a 150); R.Mª. PÉREZ YÁÑEZ, "Las reformas del 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la disposición adicional 10ª ET", Temas Laborales, nº 61, 2002, págs. 365 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE y M.E. CASAS, "La reforma del mercado de trabajo...", cit., págs. 22 y 23; A.V. SEMPERE NAVARRO, "Una «Reforma» vigésimosecular (A propósito del Real Decreto-ley 5/2001)", Aranzadi Social, nº. 1, 2001, pág. 27). En contra: M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001", Revista de Derecho Social, nº. 15, 2001, págs. 70 y 71; J. GARCÍA VIÑA, "Regulación en Convenio Colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la D. Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores). Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", Tribuna Social, nº. 124, 2001, pág. 35.

¹⁹² SS. TS. 9-3-2004 (RJ. 841 y 873); 6-4-2004 (RJ. 2853); 2-12-2004 (RJ. 2005/254); 28-5-2004 (RJ. 5032); 2-11-2004 (RJ. 8053); 9-12-2004 (RJ. 2005/2495); 15-12-2004 (RJ. 2005/810); 20-12-2004 (RJ. 2005/1329).

cabría alguna duda¹⁹³, recogió como exigencia el art. 9 del RD 144/99. Sin embargo, tal dirección se modifica por el art. 10.a) RD. 1131/2002 que ha venido a admitir igualmente la jubilación parcial del contratado a tiempo parcial. Esta nueva previsión reglamentaria encuentra amparo legal en el propio art. 12.6 ET, que refiere la reducción de la jornada del trabajador que se jubile parcialmente, sin exigencia alguna de que ésta lo sea a tiempo completo, así como en los principios generales de equiparación en derechos y protección social de los trabajadores a tiempo parcial con los trabajadores a tiempo completo (art. 12.4.d) ET y Disp. Adic. Séptima.1 LGSS). No obstante, queda por resolver cuál sea la correcta interpretación del citado precepto reglamentario, puesto que con éste los márgenes de reducción mínima y máxima previstos con carácter general parecen remitirse no a la jornada originaria del trabajador relevado como parece hacer el art. 12.6 ET¹⁹⁴, sino a los más amplios que sirven de referencia para la identificación de la jornada parcial, al utilizar la expresión "*a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable*"¹⁹⁵. Y en nuestra opinión, ésta interpretación literal es la correcta por varios motivos¹⁹⁶. En primer lugar, porque de lo contrario, y aún más de tratarse de un contrato a tiempo parcial, perderían sentido

¹⁹³ Por contra, para MARÍN CORREA no parecía exigible que forzosamente se partiese de un contrato a tiempo completo (J.M.^a MARÍN CORREA, "Algunos aspectos del contrato de relevo a la luz del Real Decreto-Ley 18/93", cit., pág. 73). En aplicación de la regulación anterior, asume la exigencia de partir de la jornada completa: S. TSJ. Navarra 31-5-2004 8 (JUR 198381).

¹⁹⁴ No obstante, no hay extralimitación reglamentaria, que desarrolla el sentido general de sustitución del relevado previsto en el art. 12.6 ET y, con mayor probabilidad, del art. 166 LGSS, y en el que también ha tenido cabida sin alteración de su dicción, la expulsión expresa por el art. 9 RD. 144/99 de la jubilación parcial del contrato a tiempo parcial justificada probablemente por el concepto del propio contrato en el 98. En etapas normativas anteriores tal imposibilidad fue presunta, como se deduce de su regulación del RD. 1991/84. En contra, plantean la extralimitación del reglamento en la actualidad: S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, "El nuevo contrato a tiempo parcial ...", cit., pág. 167. E igualmente, la extralimitación del art. 9 RD. 144/99 y la consiguiente limitación de la jubilación parcial al contrato a tiempo completo: F.J. CALVO GALLEGO, "El acceso progresivo ...", cit., pág. 65 y autores que cita.

¹⁹⁵ El problema no es nuevo. Así, bajo la regulación del 98 se podía apreciar una falta de correspondencia, en términos literales, entre la definición de trabajo a tiempo parcial del párrafo 1 y la del contrato a tiempo parcial del jubilado parcial del primer apartado del párrafo 6 del art. 12 ET/98. Efectivamente, en tanto el párrafo primero utiliza como referente de la reducción de la jornada la ordinaria prevista en el Convenio Colectivo de aplicación o, en su defecto, la máxima legal, la jornada del contrato a tiempo parcial del relevado parece configurarse por el contrario respecto de la jornada originaria de aquél - "... una reducción de su jornada y de su salario..." -, por lo demás, de forma idéntica a como se hacía bajo la regulación anterior al RD-L 15/98, lo que podría interpretarse como una muestra de la continuidad de la opción y consiguiente interpretación; remitida, como decimos, a la jornada originaria del relevado y no a la ordinaria prevista en el art. 12.1 ET. (F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 70; L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 55).

¹⁹⁶ Siguiendo esta interpretación: F.J. CALVO GALLEGO, "El acceso progresivo ...", págs. 65, 66 y 76, que además -en un sentido similar al que nosotros proponemos- considera que la finalidad del párrafo comentado está dirigida exclusivamente a los trabajadores a tiempo parcial; I. CAMOS VICTORIA, "Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación", cit., pág. 124; Consejo de Redacción de la revista Tribuna Social, nº 149, 2003, págs. 87y 88; S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, "La jubilación gradual y flexible ...", cit., pág. 100. En contra, GETE CASTRILLO mantiene que tales porcentajes de reducción están referidos a la jornada originaria a tiempo parcial del jubilado parcial. Las razones en las que basa su opinión son de literalidad del art. 12.6 ET, e íntimamente unida a esta interpretación literal observa la funcionalidad de dichos topes como exclusivamente referidos a la cotización, pensión y sustitución del que se jubila parcialmente en "su" jornada; la consideración de que la previsión normativa comentada hace referencia al supuesto genérico el principio de asimilación de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo; la regulación del pluriempleo en el art. 12.3 RD. 1131/2002 de la que deduce que la jubilación parcial se proyectará sobre la jornada del trabajador a tiempo parcial; y, finalmente, en caso de seguir la interpretación opuesta, la imposibilidad de acceso a la jubilación parcial por un sector de trabajadores a tiempo parcial (Disp. Adic. séptima LGSS y art. 2.1 RD. 1131/2002) (P. GETE CASTRILLO, "Jubilación parcial de un trabajador que, previamente, lo es a tiempo parcial" en RL, nº 4, 2004, págs. 93 y ss.).

dichos márgenes, se les privaría de las finalidades que los justifican, y que van dirigidos a la garantía de una mínima y máxima entidad de la jubilación y del relevo que los hagan merecedores del esfuerzo institucional que supone la medida¹⁹⁷. Consiguientemente, no cabría apreciar tampoco discriminación ante la ley, por cuanto la disparidad de las situaciones, la razonabilidad de la medida y la proporcionalidad de sus efectos difícilmente justificarían una solución contraria. En esta línea, la admisibilidad de la jubilación parcial del contratado parcial tiene sentido en la medida en que el contrato a tiempo parcial puede potencialmente ostentar una jornada muy amplia desde la reforma de su concepto por el RD-L. 5/2001, pero carece de él cuando de jornadas marginales se trata¹⁹⁸; precisamente en orden a esa “asimilación” del trabajador a tiempo parcial y al respeto de los fines específicos de la misma es necesaria la fijación de límites uniformes. Bien es cierto, no obstante, que ello puede entorpecer la jubilación progresiva y flexible del pluriempleado en diversos contratos a tiempo parcial, pero en tales casos quizá habrían sido más adecuadas otras soluciones, como pueda ser el cómputo global de la jornada del trabajador y la jubilación total anticipada vinculada a un contrato de relevo respecto de una sólo de las ocupaciones. En segundo lugar, y como argumento de interpretación sistemático, el art. 12 RD. 1131/2002, parte de la visión que proponemos en orden al cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación parcial, sin que pueda desprejiciarse sin más este argumento en base a consideraciones de imprecisión u olvido del legislador. Es más, a su confirmación contribuye especialmente su apartado 3. La interpretación que proponemos conllevará a su vez, el planteamiento de cuál deba ser el porcentaje de jornada a contratar con el relevista, tanto inicial como de sus posibles incrementos sucesivos. En definitiva si éste debe igualmente estar determinado en función del porcentaje de reducción de jornada referido a la jornada completa, fijando la relación de sustitución en función del porcentaje de pensión del jubilado parcial –porcentaje de “salida” del mercado–, o en función de la jornada real perdida y sus correspondientes cotizaciones –porcentaje de relevo en el puesto de trabajo–. Esta última nos parece la solución más adecuada, no sólo porque ya en el ámbito estrictamente laboral, el art. 12.6.b) ET se refiera a la jornada del contrato de relevo como aquella como mínimo «igual a la acordada por el trabajador sustituido»; ni porque en el art. 10.b) RD. 1131/2002 no haya hecho idéntica salvedad a estos efectos a la realizada en su apartado a); sino, porque además, no parece razonable externalizar sobre el empresario los costos sociales de la jubilación parcial e imponerle la asunción de una jornada que excede porcentualmente de la sustitución del trabajador. Estos criterios por similitud morfológica y razón de ser, son igualmente aplicables a los supuestos de contrato a tiempo completo con jornada reducida¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Límites que probablemente siempre han perseguido, como ahora, impedir jornadas residuales o marginales, tanto del relevado como del relevista (A. PEDRAJAS MORENO, “Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial...”, cit., págs. 203 y 204).

¹⁹⁸ Motivo por el que, aún manteniendo la interpretación contraria a la que sostenemos, proponen lege ferenda la recuperación del antiguo límite del 77% del trabajo a tiempo parcial del RD-L. 15/98 para poder acceder a la jubilación parcial: J. LÓPEZ GANDÍA y D. TOSCANI GIMÉNEZ, “Trabajo a tiempo parcial concentrado y Seguridad Social”, R.L., nº 20, 2003, pág. 20. En similar sentido, aún sin propuesta alternativa: R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, “La jubilación flexible y la jubilación parcial”, Tribuna Social, nº 152 y 153, 2003, pág. 13.

¹⁹⁹ S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, “El nuevo contrato a tiempo parcial...”, cit., págs. 167-168.

La transformación del contrato del relevado en otro a tiempo parcial se conforma tras la reforma del 98 de manera flexible en dos sentidos, que se corresponden con su cuantificación, antes necesariamente del 50%, y con la posibilidad de modificarse la misma a lo largo de la vigencia de la relación. De esta forma la jornada reducida del relevado bajo la regulación del 98 se ha podido fijar inicial o progresivamente entre el límite máximo del 70% de su jornada originaria y el mínimo del 23% de aquélla (art. 12.6 ET y art. 11.1 y 2 RD 144/99)²⁰⁰. Con la reforma del art. 12.6 ET. por la L. 12/2001 se prosigue en la flexibilización de la jornada parcial del trabajador relevado en tanto se amplían los márgenes de disponibilidad de la fijación de aquélla que pasan a suponer un mínimo de reducción de su jornada originaria de un 25% a un máximo del 85%²⁰¹. Tal ampliación no sólo responde a la lógica de la eliminación del umbral definidor de la jornada parcial conforme al art. 12.1 ET/2001, sino también a los objetivos de flexibilización, progresividad y gradualidad de la jubilación voluntaria.

Hemos dicho que la flexibilidad de la jubilación parcial no sólo se articula en la reducción inicial de la jornada originaria del relevado y consiguiente medida de la parcialidad de su jubilación. Por el contrario, y a partir de art. 11.2 RD 144/99, y aún sin previsión expresa en el art. 12.6 ET., tanto en la versión del 98 como en la actual, la graduación de la jubilación se hace posible a lo largo de toda la jubilación parcial, ampliada por lo demás tras la L. 12/2001 más allá de la edad ordinaria de jubilación. La progresión de la jubilación parcial se articula por el art. 12.2 RD. 1131/2002, como hacía el art. 11.2 RD 144/99, sobre los conceptos de voluntariedad para el relevado, en tanto que se somete a “petición” del mismo el incremento de la reducción de su jornada de trabajo y subsiguientemente de su pensión de jubilación, y de la anualidad de aquél²⁰². No obstante, los términos del derogado art. 11.2

²⁰⁰ No han coincidido bajo la regulación del 98, el margen de jornada máxima del contrato a tiempo parcial del relevado con aquél previsto con carácter general para delimitar el trabajo a tiempo parcial. Ello se corresponde, no obstante, con las directrices marcadas por el Acuerdo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial de 13 de noviembre de 1998, en cuyo apartado 5.2.b) conviene que el “abanico porcentual” del reparto de la jornada entre uno y otro trabajador coincidirá en su límite máximo con el legal del trabajo a tiempo parcial. El máximo de jornada del contrato del relevista, cuando se opte por su contratación a jornada parcial, en consecuencia, sí se hace coincidir con el límite previsto en el art. 12.1 ET/98.

²⁰¹ Umbrales que no pueden ser alterados por negociación colectiva, aún cuando sí puede concretar el convenio los concretos porcentajes que escalonadamente puedan aplicarse en el pacto entre las partes (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato...”, cit., págs. 46 y 47; E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo y jubilación parcial”, cit., pág. 75; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M. E. CASAS, “La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma...”, cit., pág. 5), y siempre y cuando tal regulación no suponga un impedimento o restricción desproporcionada del ejercicio del derecho a la jubilación progresiva del trabajador. En su cara negativa, destaca la doctrina que tales medidas pueden suponer una vuelta a la pretérita rigidez de la jubilación parcial (E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo y jubilación parcial”, cit., pág. 75; C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo...”, cit., pág. 46). En cualquier caso, siempre puede estar justificada, por ejemplo, por la necesidad o conveniencia de permanente adecuación de los contratos del relevado y relevista, lo que dará una mayor garantía y seguridad jurídica a ambos y entronca con la llamada a la negociación colectiva para establecer medidas de incentivo del contrato de relevo. También se ha propuesto como posible que la negociación colectiva altere a la subida la cantidad mínima de jornada del contrato de relevo siempre y cuando la celebración de éste sea potestativa (F.J. CALVO GALLEGOS, “El acceso progresivo...”, cit., pág. 78).

²⁰² Computados los períodos anuales desde el día en que tuvo efectos la jubilación parcial (J.A. PANIZO ROBLES, “Un nuevo paso...”, cit., pág. 112). Anualidad que para ALFONSO MELLADO se refiere exclusivamente al incremento de la pensión de jubilación parcial, sin que nada impida el acuerdo de reducción de jornada entre empresario y trabajador dentro de ese año, siempre y cuando la jornada vacante sea inmediatamente cubierta por el trabajador relevista (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo...”, cit., pág. 47). Por el contrario, otros autores consideran que el incremento de la jornada del relevista procederá en el momento en que altere el porcentaje de jubilación (F.J. CALVO GALLEGOS, “El acceso...”, cit., pág. 97). Esta nos parece una interpretación acertada, aún cuando se aparte del tenor literal del art. 12.2 RD 1131/2002, que se refiere al porcentaje de reducción de jornada y sólo subsiguientemente al de la pensión. La razón del límite anual en las modificaciones del porcentaje de jubilación estriba en impedir modificaciones continuadas en la pensión que dificulten su gestión (J.A. PANIZO ROBLES, “Un nuevo paso...”, cit., pág. 112).

no dejaban claro si dichas transformaciones eran igualmente voluntarias para el empresario y relevista²⁰³. Con el art. 12.2 RD. 1131/2002, se ha reconocido nitidamente el carácter voluntario del incremento acompasado de la jornada a la jubilación parcial también para el relevista –realmente hoy no podría ser de otra forma por imposición del principio general de voluntariedad de la jornada parcial– así como para el empresario, salvo que se imponga por Convenio Colectivo para éste último²⁰⁴.

Por otra parte, la posibilidad del incremento del “porcentaje de jubilación parcial” del relevado, unido a las previsiones del tercer párrafo del art. 12.4.e) ET. y a la consideración de la voluntariedad en el contrato a tiempo parcial como un principio que debe informar globalmente a toda la regulación de la modalidad contractual, ha suscitado en la doctrina opiniones favorables a la reversibilidad de la situación del jubilado parcial, tanto en defensa del aumento voluntario de su jornada y disminución proporcionada de la pensión de jubilación parcial, como de la recuperación de su jornada completa. En nuestra opinión, y con los instrumentos jurídicos de que ahora disponemos, difícilmente puede mantenerse que ello sea posible bajo la regulación actual, como tampoco lo fue bajo la regulación del RD. 144/99. En primer lugar, puesto que carece de base normativa en tanto que el art. 12.2 RD 1131/2002, precepto en que se regulan actualmente las transformaciones en la jornada del jubilado parcial sólo se refiere a la progresión del porcentaje de jubilación parcial como tránsito a la total, y no al incremento de la jornada del trabajador relevado²⁰⁵. Esto mismo –y las razones que se siguen pues son realmente comunes– servirían de argumento para negar la posibilidad del pacto de horas complementarias, como también las necesidades de gestión de la prestación, aún con mayor razón que las que imponen la “anualidad” de la alteración de la pensión²⁰⁶. En segundo lugar, porque parece excesivo

²⁰³ Bajo la regulación precedente afirmaron la necesidad de acuerdo entre empresario y relevado para las alteraciones de su jornada por las razones aludidas: E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo y jubilación parcial”, cit., pág. 76; J.A. PANIZO ROBLES, “Un nuevo paso...”, cit., pág. 113. También se argumentó la necesidad del acuerdo con el empresario en virtud de la exigencia de celebración del contrato de relevo o de ampliación de la jornada del relevista del primer párrafo art. 11.2 in fine RD. 144/99 J.A. PANIZO ROBLES, “Un nuevo paso...”, cit., pág. 113; A. PEDRAJAS MORENO, “Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., págs. 204 y 205 –en este sentido, exigiendo además acuerdo novatorio con el relevista–. Sin embargo, la cuestión ha resultado dudosa para la doctrina respecto del relevista, dado que según se desprende del art. 12.6.b) ET/98, y del art. 9.b), particularmente su segundo párrafo, RD 144/99, parecía que efectivamente la empresa se encontraba obligada a adecuar la jornada del trabajador relevista a las alteraciones de la del relevado, y éste someterse a tales transformaciones –siempre dentro de dichos límites– bien por considerarse automáticas por impuestas legalmente y hasta asumidas implícitamente con la suscripción del contrato, bien, en última instancia, por impuestas vía art. 41 ET. Así, considera que el acompasado incremento de la jornada del relevista es obligatorio no sólo para éste sino también para el empresario ante la iniciativa del relevista: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato...”, cit., págs. 48 y 49. En contra, según hemos visto, GARRIDO PÉREZ, aún cuando admite una cierta involuntariedad en la transformación de la jornada del relevista (E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo...”, cit., págs. 72 y 76). Niegan la modificación automática de la jornada del relevista, salvo que estuviese prevista en cláusula del contrato, en tanto que requiere de consentimiento del trabajador o de imposición a través del art. 41 ET: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, “La Ley...”, cit., pág. 6.

²⁰⁴ En opinión de un sector doctrinal también cabe la aceptación por parte del relevista prevista en el contrato (F.J. CALVO GALLEGÓ, “El acceso ...”, cit., pág. 98). Nada hay que objetar siempre y cuando, como parece defender el autor igualmente, la programación del proceso de jubilación y sustitución se encuentre prevista en el Convenio Colectivo o, en su caso, contrato de trabajo, y no se trate de otorgar una carta en blanco que haría inoperante el principio de voluntariedad que rige tanto este mecanismo como, en general, las transformaciones de jornada en el contrato a tiempo parcial.

²⁰⁵ A. PEDRAJAS MORENO, “Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 204. Como, a pesar de mantener una postura contraria, reconoce: E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo...”, cit., pág. 72.

²⁰⁶ Desde luego, no parece que el legislador haya previsto el pacto de horas complementarias en el contrato del jubilado parcial. Como ha indicado la doctrina, la admisión del pacto de horas complementarias no sólo iría contra la lógica de la reducción de la jornada del trabajador que pasa a la jubilación parcial, sino también a la que informa las transformaciones de la jornada del relevado, exclusivamente dirigidas a su reducción y salida progresiva del mercado de trabajo, y no, a su ampliación. Igualmente el pacto de horas complementarias se ajustaría mal las necesidades de gestión de

extender las previsiones del tercer párrafo del art. 12.4.e) ET. a la jubilación parcial, medida ésta que excede de la lógica del contrato a tiempo parcial para integrarse plenamente en el ámbito prevalente de la jubilación. A lo sumo, supondría un derecho del trabajador relevado al incremento de su jornada o reversión al tiempo completo, que no podría sino solventarse a nivel de seguridad social con la suspensión de su pensión de jubilación parcial al no preverse mecanismo alguno adaptativo²⁰⁷. Por otra parte, admitir tal posibilidad, conllevaría una contradicción con los principios informadores de la jubilación parcial anticipada –no así necesariamente de la parcial ordinaria– de servir de mecanismo de reparto del empleo²⁰⁸. En tercer lugar, parece igualmente excesivo extrapolar la regulación de la compatibilidad de la jubilación parcial con otros trabajos a tiempo parcial del art. 14.1.a) RD 1131/2002, para justificar la ampliación de la jornada del contrato del relevado²⁰⁹. Efectivamente, el art. 14.1.a) RD 1131/2002 dispone la compatibilidad de la pensión de jubilación parcial con otros contratos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial, siempre que no se aumente la duración de su jornada, así como con los posteriores que vengan a sustituir la de éstos, igualmente sin posibilidad de suponer un aumento del global de la misma. Tal excepción de compatibilidad constituye, en nuestra opinión, una concesión a fin de no constituir un motivo de desincentivación de la jubilación parcial, pero a su vez persigue impedir que la jubilación parcial anticipada vea defraudada su finalidad de reparto del empleo a cargo, por lo demás, de los fondos públicos²¹⁰; los estrictos términos en que está tasada la compatibilidad, siempre externos al contrato origen de la jubilación y limitados rígidamente por la jornada ya desempeñada con anterioridad por el relevista, deberían indicar, más que la permisión del incremento y reversión de la jornada del relevado, la opción contraria de su exclusiva utilidad como mecanismo de salida progresiva del mercado de trabajo. Bien es cierto que la nueva dirección de incentivación de la permanencia de los trabajadores en activo incluso más allá del cumplimiento de la edad de jubilación podría justificar ahora la previsión de tal posibilidad por el legislador; de hecho esa es la orientación primordial de la jubila-

la prestación y consiguiente certidumbre de la jornada así como al conocimiento cierto de qué sea jornada vacante a efectos del contrato de relevo (véase por ejemplo: F.J. CALVO GALLEGÓ, “El acceso ...”, cit., págs. 89 a 91; S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, “La jubilación gradual y flexible...”, cit., pág. 98; S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, “El nuevo contrato ...”, cit., págs. 159 a 161). La cuestión se hace aún más patente bajo la regulación del 98, en que, por los motivos citados, la consolidación de las horas complementarias y la filosofía o finalidad subyacente en la misma, atentaba contra la lógica de la jubilación parcial tanto como fórmula de reducción de jornada, de jubilación progresiva y de mecanismo de reparto del empleo (E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo y jubilación parcial”, cit., págs. 76 y 77; A. PEDRAJAS MORENO, “Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 206).

²⁰⁷ J. A. PANIZO ROBLES, “Un nuevo paso en la jubilación flexible (la nueva regulación de la jubilación parcial y del contrato de relevo)”, cit., pág. 91. Descartan la aplicación del art. 12.4.e) ET: S. DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, “La jubilación gradual y flexible...”, cit., págs. 98 y 99.

²⁰⁸ Además, sobre todo bajo la regulación del RD. 144/99 en que no quedaba claro la voluntariedad de los incrementos de la jornada para relevista y empresario, se podía generar un importante conflicto no previsto por el legislador respecto de la posible afectación de la jornada e incluso del mantenimiento del contrato del relevista. Conflicto que, en opinión de GARRIDO PÉREZ, se solventaba sin afectación del contrato y jornada del trabajador relevista salvo pacto novatorio entre empresario y relevista, que sólo vería ésta transformada por imperativo legal cuando fuese necesaria por reducción de la jornada del relevado y no así por su ampliación (E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo...”, cit., págs. 72 y 73; J.A. PANIZO ROBLES, “Un nuevo paso en la jubilación flexible...”, cit., pág. 91. En el mismo sentido, respecto del mantenimiento del contrato del relevista caso de recuperar el relevado su anterior jornada a tiempo completo: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a. E. CASAS, “La Ley 12/2001 y la consolidación...”, cit., pág. 7).

²⁰⁹ Opción que, por el contrario, propone: E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo y jubilación parcial”, cit., pág. 73.

²¹⁰ Como reconoce: E. GARRIDO PÉREZ, “Contrato de relevo y jubilación parcial”, cit., pág. 73.

ción parcial ordinaria que no se ve necesariamente acompañada de un contrato de relevo. Sin embargo, esta medida aún no está prevista y, en cualquier caso, merece un profundo análisis conjunto de todas las iniciativas dirigidas a dicho fin, y de las posibles consecuencias que pueda conllevar su énfasis en detrimento del relevo de los activos en el mercado de trabajo.

Finalmente, la distribución de la jornada del relevado es libre, sometida a las reglas generales del art. 12 ET²¹¹, con la salvedad ya referida de la posibilidad de concertación de horas complementarias. Consiguientemente ésta podrá acumularse dentro del año en concretos periodos, es decir, puede asumir una distribución vertical en el año, en cuyo caso, corresponde la aplicación del art. 65.3 RGCL respecto del trabajo a tiempo parcial concentrado, con los efectos que de ello se deriva en orden al cálculo de prestaciones²¹².

3.2.4 Otros requisitos de acceso

Recordemos que el art. 12.6 ET. exige para el acceso a la jubilación parcial la concurrencia de requisitos de orden contractual, o puramente laboral, y otros vinculados al carácter prestacional de la misma. Entre los segundos, es necesario que el trabajador reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva²¹³ de la Seguridad Social en el momento del hecho causante, salvo la de la edad en la modalidad anticipada, de lo que nos hemos ocupado ya²¹⁴ (arts. 12.6 primer párrafo ET., 166.1 y 2 LGSS., art. 10 RD 144/99).

No resulta de particular interés para el conocimiento de la jubilación parcial el estudio de tales requisitos comunes y que no presentan particularidades al respecto. No obstante, por razones de sistemática haremos una breve exposición de los mismos. Es evidente que el beneficiario de la jubilación parcial cumplirá los requisitos comunes para causar el derecho a toda prestación en el Régimen General de la Seguridad Social previstos en el art. 124.1 LGSS., de estar afiliado y en situación de alta o asimilada a ella, puesto que aquélla tiene como presupuesto la existencia de un contrato de trabajo previo.

²¹¹ Sin que el relevista tenga una garantía legal de que el horario se fijará conforme a sus preferencias, tanto más en cuanto se requiere el acuerdo del empresario para acceder a la jubilación parcial [S. TSJ. Madrid 16-12-2003 (JUR 2004/94838)].

²¹² J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación ...", cit., págs. 52 y ss.

²¹³ La especificación de que se trata de pensión contributiva se incorporó a partir del RD-L 18/93, en coherencia con la reforma operada por la L. 26/90, 20-12. Se ponía así fin a la polémica "forzada", según LÓPEZ CUMBRE, de si era extensible el instituto a la jubilación no contributiva (L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 57). En cambio para MARÍN CORREA era una aclaración absolutamente precisa para evitar interpretaciones jurisprudenciales más amplias como ha sucedido frente a otras instituciones, por ejemplo, el subsidio de desempleo para mayores de 52 años (J.M^a. MARÍN CORREA, "Algunos aspectos del contrato de relevo a la luz del RD-L 18/93", cit., pág. 71). La razón de la restricción a la modalidad contributiva estriba, según algunos, en la tutela del mantenimiento del nivel de percepciones del trabajador que se verían reducidos sensiblemente en caso de que fuese beneficiario de pensión no contributiva (ACARL, "La nuevas normas de contratación laboral", cit., págs. 84 y 85).

²¹⁴ El hecho de tener que cumplir anticipadamente los requisitos previstos para cuando alcance la edad ordinaria, junto a la exigencia de novación del contrato del relevado y formalización del contrato de relevo, llevan a LÓPEZ CUMBRE a calificar el acceso a la pensión de jubilación parcial anticipada como seriamente condicionado (L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución...", cit., pág. 57).

Como requisito específico para el acceso a la prestación económica de jubilación, en su modalidad contributiva, el art. 160 LGSS. exige el cese en la actividad. Condición que lógicamente resulta excepcionada para la jubilación parcial, puesto que se condiciona el nacimiento de ésta al mantenimiento de la relación laboral previa con reducción de la jornada, y puesto que, coherentemente, se reconoce de forma expresa la compatibilidad de la pensión de jubilación parcial con las percepciones correspondientes con el contrato a tiempo parcial derivado, presupuesto de la jubilación parcial (art. 166.3 LGSS). Y no sólo respecto de éstas, sino también frente a las obtenidas en virtud de otros contratos de trabajo a tiempo parcial, pudiendo ser éstos tanto los vigentes al tiempo de acceder a la situación de jubilación parcial, siempre que no se aumente la duración de su jornada, como los concertados con posterioridad a aquélla y que vengan a sustituir como tope máximo la jornada de los mismos (art. 14 RD 1131/2002). Esta es una excepción a la regla general de incompatibilidad con el trabajo del pensionista del art. 165.1 LGSS que desarrollaremos más adelante.

Para tener derecho a pensión es requisito necesario un período mínimo de cotización genérica, o si se prefiere carencia genérica, de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho –cotización o carencia específica– (art. 161.1.b) primer párrafo LGSS.).

3.3 El hecho causante de la jubilación parcial anticipada y el devengo de la pensión

El art. 11 RD 1131/2002 identifica la fecha del hecho causante de la jubilación parcial con el día del cese en el trabajo a jornada completa del relevado²¹⁵, una vez suscritos los contratos a tiempo parcial y en su caso de relevo preceptivos y cumplidos el resto de requisitos. Excepción ésta a la definición general de la contingencia protegida y que se vincula al cese –total– en el trabajo (art. 160 LGSS). En torno a la fijación del hecho causante y el devengo de la pensión la jubilación rondan tres elementos fundamentales, a saber: la solicitud de la pensión, el cese en el trabajo a tiempo completo y la suscripción de los contratos arriba referidos.

3.3.1 La solicitud

El trabajador tendrá que solicitar la pensión de jubilación parcial ante la entidad gestora correspondiente dentro de los tres meses anteriores o posteriores al cese en el trabajo a jornada completa con indicación de la fecha en que vaya a producirse o se produjo éste –y, en su caso, la nueva reducción de jornada– (art. 13 RD 1131/2002). Los efectos económicos de la pensión de jubilación progresiva comenzarán a producirse a partir del día siguiente al del hecho causante, es decir, a partir del momento en que

²¹⁵ Como su precedente art. 10 RD. 144/99, identifica claramente el hecho causante de la jubilación parcial, a diferencia de la indeterminación del mismo bajo regulación anterior del RD 1991/84 y que mereció las críticas de FERNÁNDEZ LÓPEZ así como la propuesta de determinación del mismo en el sentido recogido por el legislador (A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Jubilación parcial y reparto de trabajo", cit., págs. 136, 137 y 139).

se inicie la prestación a tiempo parcial del relevado y, caso de ser necesario, la correspondiente al relevista, admitiéndose una retroacción máxima de tres meses a partir de la solicitud²¹⁶. Transcurridos los referidos tres meses la producción de los efectos económicos de la jubilación progresiva no coincidirán con el inicio de la prestación a tiempo parcial –o, en su caso, nueva jornada reducida–, sino que se fijarán al término de aquéllos²¹⁷.

La nueva regulación, como su precedente, afronta las críticas vertidas respecto de la del 84, garantizando al trabajador el conocimiento preciso de la cuantía de la pensión parcial antes de su efectividad, con objeto de contribuir a la formación de la voluntad del trabajador que solicita su jubilación parcial. De esta forma, antes de dictarse la propuesta de resolución, la entidad gestora informará al solicitante de si reúne las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión y, en su caso, la cuantía que pudiese corresponderle, disfrutando de un plazo de diez días para formular las alegaciones y presentar los documentos pertinentes²¹⁸. Plazo en el que, probablemente, podrá desistirse de su solicitud, caso de que no le interesase vista la cuantía de la prestación. Corresponde ahora a las Entidades Gestoras dar cumplimiento de los trámites previstos por el legislador y de los cuales no se puede sustraer²¹⁹.

3.3.2 El cese del relevado en el trabajo a tiempo completo y la suscripción del contrato de relevo

Requisito esencial de la jubilación progresiva, fijación de su hecho causante y principal referente de sus efectos económicos lo constituye la efectiva prestación de servicios en la nueva jornada reducida. No basta con la suscripción de los contratos de relevo y a tiempo parcial respectivos, es necesario que ambos hayan entrado en vigor –como refieren los apartados primero y segundo del art. 13.2 RD 1131/2002–, que se inicie la nueva jornada del relevado y, en su caso, del relevista.

Como se ha visto antes, la fecha inicial de los efectos económicos podrá no coincidir con el comienzo de la nueva jornada del trabajador relevado, pero lo que no

²¹⁶ Ya lo hemos anticipado al tratar el contrato de relevo. Las previsiones del RD 1131/2002 y del derogado art. 12.1 RD. 144/99 respecto de las formalidades de la solicitud son menos incisivas que las de su precedente art. 11.2 RD 1991/84. En tanto este último condicionaba el reconocimiento de la pensión “a la presentación de los correspondientes contratos de trabajo a tiempo parcial y de relevo”, el actual párrafo cuarto del art. 13.1 RD 1131/2002, textualmente sólo la condiciona a su formalización –o, en su caso, a la modificación de los mismos cuando se trate de los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 12–.

²¹⁷ Efectos de solicitud extemporánea no previstos en el RD 1991/84. En términos generales, la correspondencia entre el hecho causante y la producción de efectos económicos cede en los casos de solicitud extemporánea respecto de prestaciones condicionadas a previa solicitud del interesado y respecto de las que no rige el principio de oficialidad o automatidad, como es el caso de la jubilación. Será, entonces, la fecha de solicitud la determinante del nacimiento del derecho, por lo general con un efecto retroactivo de tres meses (art. 43 LGSS) (S. OLARTE ENCABO, “El derecho a prestaciones de Seguridad Social”, CES, Madrid, 1997., pág. 148).

²¹⁸ Críticas al procedimiento de reconocimiento de la pensión de jubilación parcial en: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Jubilación parcial...”, cit., págs. 138 y 139. El citado autor proponía la regulación de un procedimiento administrativo especial para el trámite de la pensión que permitiese, entre otros, el conocimiento previo sobre el importe de la pensión de jubilación parcial.

²¹⁹ Extendido, probablemente, también a los supuestos del art. 12.2 RD. 1131/2002 (F.J. CALVO GALLEGOS, “El acceso...”, cit., pág. 126).

admitirá es la disgregación de la jubilación parcial y su jornada respecto del contrato de relevo. Efectivamente, la contratación simultánea del relevista, exigida por el párrafo segundo del art. 12.6 ET, y concordantes a nivel reglamentario (por ejemplo, en el propio concepto de jubilación parcial del art. 9, así como en el art. 10.b), debe interpretarse, no como su concertación simultánea, que podría deducirse de los términos usados por los preceptos referidos, ni como la simultaneidad de la jubilación parcial anticipada y de la eficacia del contrato de relevo, sino como la entrada en vigor simultánea de éste último y el contrato a tiempo parcial del relevado –o de su nueva jornada–²²⁰. Consecuencia obvia de la vinculación funcional de uno y otro contrato y consiguiente obligación de cobertura de la jornada vacante del relevado, queda evidenciado también en el propio art. 11, que condiciona la producción del hecho causante de la jubilación anticipada progresiva a la suscripción de los referidos contratos; por supuesto en el régimen de las modificaciones en la jornada del relevado del art. 12.2 y párrafo segundo del art. 13; y desde luego del también comentado art. 13, que en su número 1 condiciona el reconocimiento del derecho a la prestación de jubilación parcial anticipada a la formalización de ambos contratos o modificación de su jornada. Sin embargo, algunas sentencias afirman, al menos incidentalmente, que las irregularidades que puedan apreciarse en el contrato de relevo no afectarán en ningún caso al jubilado parcial en tanto no haya sido participe de las mismas²²¹.

En el caso de la jubilación parcial ordinaria, por el contrario, la única exigencia del devengo de la prestación de jubilación parcial y de sus sucesivos incrementos será la efectividad de la jornada parcial –y de sus alteraciones– del pensionista, toda vez que la contratación del relevista es en este caso potestativa. Por consiguiente, la fecha del hecho causante será la del día en que tome efecto la reducción de la jornada²²².

3.4 La pensión

3.4.1 La cuantía de la pensión y su modificación

Del cálculo de la pensión parcial se ocupa fundamentalmente el art. 12 RD 1131/2002, siendo la cuantía de ésta la que corresponda conforme a las normas generales del Régimen de la Seguridad Social de que se trate²²³, salvo la aplicación de los coeficientes reductores en función de la edad, de acuerdo con los años de cotiza-

²²⁰ L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...”, cit., pág. 66.

²²¹ Por todas: S. TSJ. Castilla-La Mancha 14-4-2005 (JUR 99327); S. TSJ. Navarra 30-12-2000 (AS. 2001/264). En contra, por ejemplo, no procederá la jubilación parcial: S. TSJ. País Vasco 27-11-2002 (JUR 43345). La doctrina judicial ha mantenido el criterio de no afección respecto de la jubilación especial a los 64 años, por ejemplo: SS. TSJ. Cataluña 20-11-2003 y 27-5-2003 (AS. 4229 y 2600); S. TSJ. Cantabria 11-11-1999 (AS. 4447).

²²² J. A. PANIZO ROBLES, “Un nuevo paso en la jubilación flexible...”, cit., págs. 111 y 112.

²²³ Sin que proceda para el cálculo de la base reguladora de la jubilación parcial anticipada la aplicación del RD. 487/98 respecto de los períodos de actividad sacerdotal, pues no se tienen cumplidos los 65 años: S. TSJ. Cataluña 15-10-2003 (AS. 3964).

ción que acredite el trabajador en el momento del hecho causante, en proporción a la reducción de la jornada y sin que pueda ser inferior al importe de la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados de 65 años, en el referido porcentaje (art. 12.1). De esta forma queda en gran medida compensada la reducción del salario del relevado en proporción a la de su jornada. No procede, en cambio, la aplicación del coeficiente adicional del 2% del art. 163.2 LGSS.

Las reglas básicas de cálculo de la pensión progresiva no se han visto, por consiguiente, sustancialmente modificadas desde el 84, apreciándose únicamente las lógicas adaptaciones al nuevo ámbito de la reducción de jornada del relevado y sus posibles modificaciones²²⁴, y a una mejora de carácter técnico, de forma que las cotizaciones acreditadas se remiten al momento del hecho causante y no, como se expresaba antes en el art. 11.3 RD 1991/84, al de la solicitud²²⁵.

Sí es novedosa, en el RD. 1131/2002 como en su antecesor, la expresa previsión de las reglas de cálculo de la pensión en las situaciones de pluriempleo, probablemente a escuchas de las denuncias formuladas por la doctrina al respecto del déficit de regulación del RD 1991/84²²⁶. En la línea de subsanación de los vacíos normativos apreciables bajo el referido real decreto, el art. 12.3 establece que en las situaciones de pluriempleo el cálculo de la base reguladora de la prestación de jubilación se hará únicamente sobre las bases de cotización correspondientes al trabajo desempeñado por el relevado hasta el momento de su jubilación parcial y que es objeto de reducción de jornada.

También la previsión del art. 12.4 sobre revalorización de pensiones²²⁷, remitiéndose al régimen general previsto en el art. 48.1 LGSS.²²⁸, practicándose la misma igualmente sobre los nuevos cálculos derivados de la modificación de la jornada del relevado (art. 12.2).

²²⁴ La base reguladora y el porcentaje de pensión conforme a los años cotizados no se ven afectados por las cotizaciones hechas durante la jubilación parcial, puesto que la modificación de la cuantía de la pensión se calculará sobre la inicialmente reconocida (art. 12.2 RD. 1131/2002). Esto ha sido considerado como un desincentivo de la extensión en el tiempo de la jubilación parcial (F.J. CALVO GALLEGGO, "El acceso ...", cit., págs. 124 a 126).

²²⁵ Cuestión que fue criticada bajo la vigencia del RD 1991/84 por: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Jubilación parcial y reparto...", cit., pág. 137.

²²⁶ Vid.: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Jubilación parcial y reparto...", cit., págs. 137, 138 y 139. En el mismo sentido se manifiesta: L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 65.

²²⁷ Recomendada bajo la vigencia del RD 1991/84 por: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Jubilación parcial y reparto...", cit., pág. 139.

²²⁸ Introducida la revaloración automática de las pensiones contributivas en función del IPC y de su revisión en caso de desviación del real sobre el previsto, por el art. 11 uno L. 24/97, y que bajo la L. 26/85 dejaba un margen de discrecionalidad al Gobierno (vid.: J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, "Reforma parcial de la Seguridad Social: comentario a las Leyes 24/97, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social y 66/97, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998", R.L., nº 92, 1998, págs. 32 y 33; A. MARTÍN VALVERDE, "El régimen jurídico de la pensión de jubilación de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social", Revista del MTAS, nº 4, 1998, págs. 59 y 60).

3.4.2 El régimen de compatibilidades

De conformidad con el párrafo primero del art. 12.6 ET. y el art. 166.3 LGSS. la pensión de jubilación parcial es compatible con el trabajo a tiempo parcial derivado de la novación en él prevista y, lógicamente, con su retribución. Es ésta una excepción al régimen general de la jubilación respecto del que se predica su incompatibilidad con el trabajo del jubilado (art. 165.1 LGSS.), aún cuando, a partir del nuevo párrafo segundo del art. 165.1 LGSS puede considerarse una expresión más de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo a tiempo parcial del pensionista. Por otra parte, tal excepción forma parte de la lógica de la figura de la jubilación parcial y no admite aplicaciones analógicas fuera del supuesto previsto en el art. 12.6 ET²²⁹.

Ahora bien, a modo de concesión, la compatibilidad de la jubilación a tiempo parcial va más allá de lo que viene estrictamente exigido por el instituto, extendiéndose a los trabajos a tiempo parcial anteriores con otras empresas o posteriores a la jubilación parcial que sustituyan a aquéllos siempre que no se aumente la duración de la jornada conjunta de los mismos (art. 14 RD 1131/2002). No obstante, la legalidad de la previsión reglamentaria no puede cuestionarse, estando amparada en la amplia remisión reglamentaria del los art. 166.4 LGSS²³⁰. Curiosamente la compatibilidad se predica respecto de los trabajos a tiempo parcial en plural, sin fijar límite alguno a la jornada sumada de aquéllos. En consecuencia, nada impediría que un trabajador jubilado parcial ostentase una jornada conjunta equiparable a una jornada ordinaria, y por difícil que resulte, que incluso la superase²³¹. Vistos los términos de la compatibilidad de la pensión de jubilación con una pluralidad de contratos a tiempo parcial, cabe cuestionarse por qué se limita a este tipo de contrato y no sencillamente a las jornadas de aquéllos. Probablemente el motivo se encuentre en el razonable deseo de impedir la acumulación de las mismas, caso de extinción de varias de estas relaciones, hasta alcanzar la jornada completa, siendo admisible, en cambio, la suscripción de un contrato a tiempo parcial que sume las jornadas de otros extinguidos. Pero si es así, quizá esta razón haya sido particularmente traicionada a partir de la amplitud de la jornada parcial del art. 12.1 ET/2001, lo que deja de nuevo en evidencia, por otra parte, la disfuncionalidad del mantenimiento de la calificación del contrato en función de la fecha de contratación sobre todo cuando de Seguridad Social se trata. Tanto la lógica de los arts. 165.1 y 166.3 LGSS, como la literalidad del precepto comentado impone, en cualquier caso, que los contratos compatibles con la jubilación parcial sean a tiempo parcial, presumiendo su jornada sensiblemente reducida, e impide el acceso a la jubilación parcial con mantenimiento de otro anterior a tiempo completo o su compatibilidad con la actividad por cuenta propia –necesaria, por lo demás, en evitación del fraude–²³².

²²⁹ Véase en el concepto de la jubilación parcial.

²³⁰ P. RABANAL CARBAJO, "Trabajo a tiempo parcial y desempleo", REDT, n.º. 87, 1998, pág. 125.

²³¹ Así advierte la S. TSJ. País Vasco 27-4-2004 (AS. 1079) que la jornada reducida del jubilado parcial se refiere en todo caso al contrato novado y vinculado a aquélla, y no al conjunto de su actividad laboral (concorre con otro contrato a tiempo parcial del 90% de jornada), solución que además de deducirse de los arts. 12.1 y 6 ET, 12.3 y 14.1.a) RD. 1131/2002, resultaría contraria a la lógica de fomento del empleo que se pretende, pues tal jubilación debe facilitarse particularmente en los supuestos de pluriempleo; únicamente está impedida la jubilación parcial en caso de concurrencia de dos contratos a tiempo completo.

²³² Muestra su disconformidad con tales incompatibilidades: J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación parcial", cit., pág. 71.

Vista la amplitud régimen de la compatibilidad de la pensión de jubilación parcial y la prestación de trabajo por cuenta ajena instaurada a nivel reglamentario, la jubilación progresiva se configura más como la cesión de un porcentaje de la jornada de trabajo con sustitución de la renta perdida²³³ que como una verdadera protección de la pérdida de la capacidad de ganancia del jubilado en el porcentaje correspondiente a la pensión, lo que tampoco extraña, vista la finalidad de reparto del empleo y de reordenación de plantillas que la jubilación parcial anticipada, origen de la regulación, viene a cubrir. Por otra parte, según los términos del art. 14 RD. 1131/2002, la compatibilidad de la pensión de jubilación parcial se predica del resto de la jornada que venía realizando el trabajador para otras empresas al tiempo del hecho causante de la misma, pero no frente a los aumentos de aquella, lo que supone en la práctica un trato diferenciado de los trabajadores relevados en función de la situación que disfrutasen al tiempo de acceder a aquélla. Entonces lo que el legislador persigue es, a modo de concesión, evitar las circunstancias que desincentiven su uso, el mantenimiento en lo posible de la renta del trabajador, y desde luego impedir el trasvase de la jornada cedida en jubilación a otra actividad. Una vez aumentada la duración de la jornada, la pensión de jubilación parcial quedará en suspenso (art. 14.1.a), párrafo 3º)²³⁴.

La pensión de jubilación parcial es igualmente compatible con la de viudedad (art. 14.1.b) RD 1131/2002), lo que no supone ninguna novedad por cuanto está reconocida aquélla con carácter general respecto de cualesquiera rentas de trabajo en los arts. 179.1 LGSS y 10 O. 13-II-67 sobre prestaciones por muerte y supervivencia, que reconocen la compatibilidad de la pensión de viudedad no sólo con el trabajo del beneficiario sino también con la pensión de jubilación o la incapacidad permanente²³⁵.

Por lo que se refiere a la compatibilidad de la pensión de jubilación parcial frente a las prestaciones sustitutorias de las retribuciones de los trabajos a tiempo parcial compatibles con la jubilación parcial, deben entenderse englobadas como tales, entre otras, las prestaciones de incapacidad temporal y las de desempleo. Y referidas en mi opinión tanto al trabajo a tiempo parcial vinculado a la jubilación como todos aquellos compatibles con el mismo. La compatibilidad de las prestaciones de IT con la jubilación parcial más que suponer una excepción a la regla general de incompatibilidad con la pensión de jubilación²³⁶, es la lógica consecuencia de la concurrencia de la

²³³ O como indica un sector doctrinal, con la finalidad de proteger una situación asimilable a la del desempleo parcial (L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 66).

²³⁴ Efecto suspensivo que bajo la vigencia del RD 1991/84 el legislador desconocía, con las consiguientes dudas doctrinales sobre las consecuencias suspensivas o extintivas de la pensión de jubilación parcial en el supuesto comentado (por ejemplo: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Jubilación parcial y reparto...", cit., págs. 138 y 139). En la actualidad un sector doctrinal propone restringir las reglas comunes de la suspensión al caso de aumento de la jornada de los trabajos concurrentes; si lo que se produce es un aumento de la jornada del contrato que originó la jubilación parcial lo que procede es, al menos en la jubilación parcial autónoma u ordinaria, el recálculo de la prestación una vez se retome la jubilación parcial equiparándola a la flexible (J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación parcial", cit., pág. 72).

²³⁵ Siempre que no supere el tope máximo de pensiones (F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, "Prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social", Universidad de Alicante, Alicante, 1997, pág. 214). Al respecto, véase por ejemplo: P. GETE CASTRILLO, "El derecho común de las pensiones públicas", Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 505 y ss.; J.M. LEONÉS SALIDO, "Incompatibilidad entre pensiones de la Seguridad Social: derecho de opción", A.L., T. 1/1993, pág. 103.

²³⁶ Si bien la jubilación no es una salida forzosa de la IT., sino una opción que asume el trabajador con la solicitud de la pensión y firmeza del reconocimiento del derecho a la misma (J.F. GARCÍA NINET, "La incapacidad temporal", en AAVV, "La incapacidad temporal", Tecnos, Madrid, 1996, págs. 105 y 106; M^a.L. MEDIA VILLA CRUZ, "En torno a las causas de extinción de la incapacidad temporal", en AAVV, "La incapacidad temporal", Tecnos, Madrid, 1996, pág. 336).

pensión de jubilación parcial con el trabajo del pensionista en los términos antes vistos²³⁷ y, por consiguiente, derivado de la regla general de la compatibilidad de la incapacidad temporal con las prestaciones de la Seguridad Social compatibles a su vez con el trabajo²³⁸.

La compatibilidad de la prestación de desempleo con la pensión de jubilación parcial, deriva igualmente de la excepción a la regla general prevista en el art. 221.2 LGSS., que reconoce su compatibilidad con las pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social cuando éstas hayan sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo. En concreto, la compatibilidad de la prestación de desempleo con la pensión de jubilación parcial está expresamente reconocida en el art. 15.1 RD 625/85, y ello, tanto respecto de la prestación como del subsidio de desempleo²³⁹, por pérdida de cualesquiera de los trabajos compatibles originariamente con dicha prestación de jubilación parcial, no así de aquéllos que los suplan. Pero sobre ello volveremos al tratar la extinción de la jubilación parcial. Ahora bien, la concurrencia de la pensión de jubilación parcial con la prestación y subsidio de desempleo sólo es predicable en la actualidad de la jubilación parcial anticipada y no así de la ordinaria, en tanto que se mantiene la imposibilidad de su devengo a partir del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, reunidos los restantes requisitos para tener derecho a pensión contributiva de jubilación (arts. 207.d y 215.3 LGSS)²⁴⁰.

La compatibilidad de la pensión de jubilación parcial también se predica respecto de la pensión de incapacidad permanente total para trabajo distinto del que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial (a sensu contrario ex art. 14.2.c) RD 1131/2002), nuevamente derivada de la compatibilidad de la pensión de dicha incapacidad con los salarios del inválido (art. 141.1 LGSS. y art. 24.3 O. 15-4-69). Y aún cuando el RD 1131/2002 no se refiere a ella, también resulta compatible, puesto que no se trata de una pensión, con la indemnización alzada

²³⁷ Al fin y al cabo, como indica TORTUERO PLAZA, la incompatibilidad de la jubilación ordinaria con la prestación de IT, no es más que la consecuencia de la exigencia de cese total del trabajo en la jubilación, de la incompatibilidad de ésta con el trabajo (J.L. TORTUERO PLAZA, "La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social", Tesis doctoral, Madrid, 1987, págs. 315 y 316). Sin que se pueda entender derivada del art. 122.1 LGSS., en cuanto regula la incompatibilidad entre pensiones, no entre pensión y subsidio (J.M. LEONÉS SALIDO, "Incompatibilidad entre pensiones de la Seguridad Social: derecho de opción", A.L., T. 1/1993, págs. 99 y 100).

²³⁸ J. L. TORTUERO PLAZA, "La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social", Tesis doctoral, Madrid, 1987, págs. 313 y 314. Respecto de las líneas jurisprudenciales sobre la compatibilidad del subsidio de IT con la invalidez permanente total y parcial, por ejemplo: M^a.A. PÉREZ ALONSO, "La incapacidad temporal", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 75, 76 y 77.

²³⁹ L. COLLADO GARCÍA y M.C. PIQUERAS, "El subsidio por desempleo", Ed. Trotta, Valladolid, 1997, pág. 172. Excluye de esta compatibilidad el subsidio de desempleo para mayores de 52 años por no ser una renta de sustitución sino de compensación y mecanismo de tránsito a la jubilación total, al igual que la jubilación parcial: J.A. PANIZO ROBLES, "Un nuevo paso...", cit., pág. 117.

²⁴⁰ J. A. PANIZO ROBLES, "La jubilación flexible: últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de Seguridad Social por jubilación", RL, nº 3, 2002, págs. 114 y 115.

²⁴¹ No cabe duda sobre la compatibilidad de la incapacidad permanente parcial con el trabajo, puesto que esta prestación se reconoce a personas cuyos padecimientos no impiden la realización de las tareas básicas de la profesión, porque, como se indica en el texto, da lugar a una indemnización, no a una pensión, y porque ni siquiera supone la extinción del contrato (A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, R. DE LORENZO GARCÍA, F.M. JACOB SÁNCHEZ, M.A. CABRA DE LUNA, "La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente", cit., pág. 119).

por incapacidad parcial²⁴¹ así como con las que correspondan en su caso de previsión social voluntaria²⁴².

Resulta, por el contrario, incompatible con la incapacidad permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que originó la misma, así como frente a la incapacidad absoluta y gran invalidez del relevado, y con la pensión de jubilación por otra actividad distinta de la realizada en el contrato que dio lugar a la jubilación parcial (art. 14.2.a), b) y c) RD 1131/2002). Se recupera ahora la regla general de incompatibilidad de pensiones del Régimen General entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario (art. 122.1 LGSS)²⁴³, derivándose la misma más de un principio de unicidad que de la incompatibilidad de las mismas con el trabajo del pensionista o del inválido²⁴⁴.

Estas reglas nuevamente tienen que adecuarse a la nueva configuración de la jubilación parcial a partir de la L. 12/2001, de manera que caso de tratarse de jubilación parcial ordinaria, es decir, a partir de los 65 años, de concurrir situación incapacidad permanente derivada de contingencias comunes ésta no podrá reconocerse en aplicación del art. 138.1 LGSS., en su nueva versión dada por el RD-. 16/2001, a diferencia de lo que sucede de tratarse de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales.

²⁴² El jubilado parcial puede participar y realizar aportaciones al plan de pensiones para su jubilación total o bien, caso de que así se especifique en el plan pasar a ser beneficiario (arts. 7.a) y 11 RPPF). No obstante, pese a que a este trabajador a tiempo parcial le sea de aplicación el art. 12.4.d) ET, ello no impide que la negociación colectiva limite el premio de incentivación a la jubilación anticipada y el complemento de pensión a los que se jubilen totalmente [SS. TSJ. Madrid 16-9-2004 (AS. 2772), 7-6-2004 (AS. 2931) y 23-1-2004 (AS. 2336); S. TSJ. Comunidad Valenciana 18-5-2004 (JUR 2005/11087); S. TSJ. Cataluña 10-3-2004 (AS. 2196)]. También véase la S. TSJ. País Vasco 25-1-1005 (AS. 27), que a la vista del Acuerdo sobre jubilaciones parciales alcanzado en la empresa, corresponde abonar el complemento hasta alcanzar el 100% del salario bruto que habría correspondido de trabajar a tiempo completo, sin que proceda en menor cuantía por reducción de la base reguladora de la pensión por concurrencia con otra.

²⁴³ Respecto de la compatibilidad entre pensiones de distintos regímenes véase: A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, R. DE LORENZO GARCÍA, F.M. JACOB SÁNCHEZ, M.A. CABRA DE LUNA, "La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente", Escuela Libre Editorial, Madrid, 1999, págs. 128 y 129.

²⁴⁴ Parece decantarse en sentido contrario: L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 67. Efectivamente, la incapacidad permanente total no es incompatible con el trabajo y los salarios del inválido (art. 141.1 LGSS), siempre que el contenido básico de ese trabajo o actividad no sea el mismo respecto del que se acreditó la incapacidad (A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, R. DE LORENZO GARCÍA, F.M. JACOB SÁNCHEZ, M.A. CABRA DE LUNA, "La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente", Escuela Libre Editorial, Madrid, 1999, págs. 118 y 119). Tampoco la incapacidad absoluta y la gran invalidez son óbice al ejercicio de actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (art. 141.2 LGSS y 24.4 O. 15-4-69). Previsión que respecto de la incapacidad en grado de absoluta resulta sorprendente, a la vista de que se define ésta como la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio (no obstante, la doctrina aprecia una línea expansiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la admisión del trabajo del inválido absoluto: A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, R. DE LORENZO GARCÍA, F.M. JACOB SÁNCHEZ, M.A. CABRA DE LUNA, "La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente", Escuela Libre Editorial, Madrid, 1999, págs. 122, 123 y 125) y que sin embargo sí parece tener sentido respecto de la gran invalidez, ya que una vez que no se exige que sea a su vez absoluta sino sólo permanente, no impide razonablemente su compatibilidad con la realización de otros trabajos (F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, "Prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social", cit., pág. 128). Esta compatibilidad de la gran invalidez con el trabajo del inválido, hizo pensar, ante la ausencia de previsión de incompatibilidad en específico respecto de la gran invalidez en el precedente RD 1991/84, que ambas, jubilación parcial y gran invalidez, eran compatibles (L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 67).

Sin embargo, la incompatibilidad de la jubilación parcial con la pensión de jubilación que corresponda por otras actividades sí parece responder además a la genérica incompatibilidad de la jubilación ordinaria con el trabajo del pensionista del art. (J.A. PANIZO ROBLES, "Un nuevo paso ...", cit., págs. 116 y 117).

3.4.3 La extinción de la jubilación parcial

El art. 16 RD 1131/2002 reconoce como causas de extinción de la jubilación parcial, aparte del fallecimiento del pensionista, común como es lógico a toda jubilación, las específicas de este tipo de jubilación, a saber, el paso a la jubilación total del pensionista²⁴⁵ o a la situación de incapacidad permanente absoluta, gran invalidez o total para el trabajo que se preste en virtud del contrato que dio lugar a la jubilación parcial (art. 16.c) en relación con el art. 14.2 RD 1131/2002). El reconocimiento de una de estas pensiones incompatibles dará lugar a la extinción de la jubilación parcial sin derecho de opción entre ambas; la opción, caso de que proceda conforme a las reglas generales, lo es entre la incapacidad permanente y la jubilación total del trabajador²⁴⁶.

Respecto de su precedente, el RD 113/2002 elimina lógicamente las causas de extinción relativas a la duración máxima del contrato o cumplimiento de los 65 años, e introduce una causa de extinción que no estaba prevista en el RD. 144/99, cual es la extinción del contrato a tiempo parcial vinculado a la jubilación en los términos que seguidamente se exponen²⁴⁷. Por descontado y como hemos visto, la jubilación parcial se mantiene independiente de la correspondiente al contrato del relevista, previéndose únicamente en los casos previstos en la Disp. Adic. Segunda RD 1131/2002, el abono a la Entidad Gestora del importe correspondiente a la pensión de jubilación parcial por parte del empresario incumplidor en los términos que examinamos al hilo del estudio del contrato de relevo.

El RD. 1131/2002 opta por el mantenimiento de la jubilación parcial una vez extinguido el contrato vinculado a ella únicamente en los supuestos de despido improcedente del relevado²⁴⁸, a las que debe equipararse la resolución del contrato

²⁴⁵ Es posible el acceso a la jubilación total a través de cualquiera de las modalidades legalmente previstas y por tanto también el pase a la jubilación total a través de la jubilación anticipada especial a los 64 años (F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 82; A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Jubilación parcial y reparto...", cit., págs. 138 y 139). Aún cuando por imperativo del art. 3 RD 1194/85, de 17 de julio, está proscrita expresamente su contratación a tiempo parcial, ya hemos visto que sólo es predicable cuando suponga una amortización de jornada del jubilado. Asimismo el trabajador a tiempo parcial puede considerarse a tales efectos un desempleado parcial. Pero en caso de acceso del jubilado parcial a la jubilación a los 64 años, ¿los requisitos de reemplazo estarán necesariamente acumulados, o son por el contrario compensables caso de contratación inicial del relevista a tiempo completo o, más ampliamente, con jornada más extensa que la mínima exigida? En interpretación finalista de la medida de fomento del empleo y atendiendo a la lógica de la potenciación de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial y no penalización de la contratación a tiempo completo en relevo, creo que la solución al caso debe al menos equipararse a la prevista en el art. 12.2 y Disp. Adic. segunda RD. 1131/2002, y cabría hacer también las mismas críticas que hemos vertido al respecto (véase el régimen de sustitución y cese del relevista, así como las sentencias que se citan al final del estudio del ámbito subjetivo del contrato de relevo). En esta línea: J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación ...", cit., págs. 74 y 75.

²⁴⁶ J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación parcial", cit., pág. 73; J.A. PANIZO ROBLES, "Un nuevo paso ...", cit., pág. 117.

²⁴⁷ La extinción de la jubilación parcial una vez reconocida era, por consiguiente, autónoma de la vigencia del contrato a tiempo parcial en que tuvo su origen en cuanto no se reconocía ésta como causa de extinción [disidente de esta opción legislativa: L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 58]. Véanse notas anteriores sobre compatibilidad de la pensión de jubilación parcial y prestación de desempleo. Autonomía que predicable incluso respecto de la dimisión del relevado, que de esta forma tampoco ve comprometida ni condicionada en forma alguna dicha facultad, y sin que, lógicamente, de tal decisión se puedan derivar perjuicios para terceros [con dudas: Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "Jubilación parcial y contrato de relevo...", cit., pág. 219. En contra: E. GARRIDO PÉREZ, "Contrato de relevo y jubilación parcial", cit., pág. 96; J.A. PANIZO ROBLES, "Un nuevo paso...", cit., págs. 116, 119 y 120]. En última instancia también en este cumplía la finalidad de la institución, por cuanto la jornada cedida no era recuperable por el jubilado parcial salvo suspensión de la jubilación parcial (ex art. 13 RD 144/99) y por cuanto, en definitiva, se postergaba el advenimiento de la jubilación total.

²⁴⁸ Salvo que tenga derecho a prestación por desempleo u otra prestación sustitutoria, la extinción probablemente se produce en el momento del despido, sumadas las vacaciones devengadas y no disfrutadas, con independencia de su «reconstrucción» una vez sea declarada su improcedencia (J. CALVO GALLEGGO, "El acceso progresivo ...", cit., pág. 102).

fundada en justa causa del art. 50 ET, así como en aquéllos otros en que se tenga y en tanto dure el derecho a prestación por desempleo –por tanto, excluidos los trabajadores mayores de 65 años– o cualesquiera otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones percibidas en aquél. Si esta regla de extinción se combina con la de compatibilidad de la jubilación parcial con la prestación por desempleo y demás prestaciones sustitutorias del art. 14.2.b) y con su apartado b) RD. 1131/2002, llama poderosamente la atención el hecho de que una vez extinguido el contrato que dio origen a la jubilación parcial, ésta no pervive tras su sustitución por otro contrato de semejante jornada²⁴⁹, pues no se ha previsto la compatibilidad del contrato a tiempo parcial que suceda al extinguido con la misma empresa y se limita la vida de la jubilación parcial a la extinción de la prestación por desempleo (vid. arts. 221.1 LGSS y 15.2 y 4 RD. 625/1985). El único supuesto que parece quedar a salvo de esta regla es el de la improcedencia del despido, pues en el segundo párrafo del 16.d) RD 1131/2002 se hace una salvedad genérica no sometida a límite temporal alguno. Queda entonces en evidencia la intensa vinculación de la jubilación parcial al contrato en que tuvo su origen situando en cierta medida al trabajador en una situación similar a la del resto de los trabajadores de la plantilla. Ahora bien, también es cierto que el despido –aún procedente– de este trabajador fundado en las causas de los arts. 51 y 52.c) ET resultará más económico en función de la reducción proporcional del salario de aquél, lo que puede propiciar su utilización fraudulenta en la reordenación de las plantillas²⁵⁰.

3.5 Las prestaciones de Seguridad Social y la jubilación parcial

El impulso del relevo exige la eliminación o, al menos la amortiguación de los efectos perjudiciales que pudiesen derivarse respecto de futuras prestaciones por el hecho de trabajar a tiempo parcial. En consecuencia, el legislador establece que durante la jubilación parcial y a efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones, como prestaciones de Seguridad Social de mayor entidad social, de viudedad y demás prestaciones derivadas del fallecimiento del jubilado parcial, de incapacidad permanente absoluta, gran invalidez o total para la profesión que desempeñara el trabajador a través del contrato que dio lugar al retiro progresivo (art. 15.1 y 2 RD 1131/2002), así como la jubilación total, ordinaria o anticipada (art. 18.2 RD 1131/2002), las cotizaciones efectuadas en la empresa se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido de haber trabajado en ese período el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial²⁵¹. De esta forma la base reguladora no reflejará la menor

²⁴⁹ En este sentido, LÓPEZ CUMBRE consideraba que el art. 15 RD 625/85 habilitaba la compatibilidad entre la pensión de jubilación parcial y las prestaciones de desempleo referidas al pluriempleo anterior a la jubilación, pero no a los trabajos asumidos con posterioridad aunque reconozca, no obstante, que no se impedía expresamente (L. LÓPEZ CUMBRE, “Contrato de relevo y distribución...”, cit., pág. 59).

²⁵⁰ Pues el salario regulador será el que se percibe en el momento del despido, sin que se aprecie fraude de ley ni indicios suficientes de discriminación por razón de edad en un caso de despido objetivo improcedente del trabajador que accede tres meses antes del mismo a la jubilación parcial, con contratación de relevista y de otro trabajador con posterioridad a dicho despido [S. TSJ. Galicia 19-1-2004 (JUR 84809)]. Esta sentencia nos parece sobradamente demostrativa del riesgo de utilización de la jubilación parcial como instrumento de abaratamiento del despido.

²⁵¹ Vid.: M. D. RUBIO DE MEDINA, “Cuestiones de Seguridad Social en el contrato de relevo y en la jubilación a tiempo parcial”, RMTAS, n.º. 19, 1999, pág. 101. Este precepto debe interpretarse en el marco del pluriempleo, de manera que las únicas bases que se incrementan son las correspondientes al periodo de trabajo a tiempo parcial en la empresa, y no así respecto de los otros trabajos a tiempo parcial que se hayan simultaneado y que regirán por las reglas comunes del

cotización realizada durante la jubilación parcial respecto de las referidas prestaciones. Igualmente, a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación total, se considera como período cotizado «a tiempo completo» el que medie entre la jubilación parcial y la ordinaria o anticipada (art. 18.3 RD 131/2002).

Ahora bien, esta neutralidad de la jubilación parcial sólo es predicable de los supuestos en que concurran los siguientes requisitos. El primero de ellos es que se acceda a tales prestaciones bien estando vigente el contrato a tiempo parcial del jubilado, bien disfrute de la prestación por desempleo o demás sustitutorias del mismo salvo que la extinción del contrato sea imputable al trabajador por tratarse de un despido disciplinario procedente. Esto último implica a su vez, probablemente, la exigencia de impugnación del despido por parte de aquél, aún cuando ya no sea necesario para el percibo de las prestaciones por desempleo. En segundo lugar, es necesario que en tales períodos concurra con un contrato de relevo, sea éste impuesto o potestativo para el empleador. Resulta llamativa la dependencia de las prestaciones del relevista no de su edad, sino de las decisiones empresariales, completamente ajenas a la voluntad del afectado, premiando a éste por la concurrencia de unas cotizaciones sobre su jornada vacante, pero ¿íntegra? Recuérdese que en el marco de la jubilación parcial ordinaria no es necesario que las sucesivas reducciones de jornada sean asumidas por el relevista cuyo contrato permanezca vigente. Aún más criticable resulta su formulación literal. ¿Qué debe entenderse por simultaneidad con un contrato de relevo? No se hace mención a los supuestos de incumplimiento que pueden ser distintos, ni se delimita en su caso los efectos de los mismos. Cabría pensar que de tal exigencia parece desprenderse que en los supuestos de incumplimiento del empresario de su deber de sustitución del relevado o del relevista o de cobertura de la jornada excedente modificada (Disp. Adic. segunda y art. 12.2 RD. 1131/2002) no corresponderá la aplicación de esta regla ventajosa. Sin embargo no parece que deba interpretarse en un sentido tan reductivo la vaguedad de los preceptos comentados, y que suponen materialmente para el jubilado una irrazonable sanción por incumplimiento de tercero. Tampoco persigue el precepto atribuir la responsabilidad al empresario, similar a la de la Disp. Adicional segunda. 4 RD. 1131/2002, sin que sea claro su extensión por analogía aún cuando probablemente corresponderá su responsabilidad en proporción a la entidad del incumplimiento²⁵², siendo de aplicación, en cualquier caso, el principio de automaticidad de prestaciones (art. 126.3 LGSS). Por el contrario el precepto parece pretender sencillamente la extensión de tales efectos benéficos también a los casos en que el contrato de relevo sea potestativo, manteniéndose en todo caso cuando éste se impone y con independencia de incumplimientos en su cobertura.

trabajo a tiempo parcial (E. GARRIDO PÉREZ, "Contrato de relevo...", cit., pág. 95; M. IGLESIAS CABERO y J.M^o. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia...", cit., pág. 84; M.A. PURCALLA BONILLA y M^o.P. RIVAS VALLEJO, "La contratación indefinida a tiempo parcial. Relación laboral, incentivos y protección social", CISS, Valencia, 2000, pág. 171).

²⁵² Aún cuando no cabe dudar de la responsabilidad patrimonial del empleador en opinión de: F.J. CALVO GALLEG0, "El acceso progresivo...", cit., pág. 136. Propone su aplicación por analogía: J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación parcial", cit., pág. 70.

En estos términos, según la interpretación propuesta, cuando no sea imperativa la contratación del relevista, en los períodos en que no concorra con el contrato de relevo, como en los casos de despido procedente del relevado, el interesado podrá optar entre la determinación de la base reguladora computando las bases de cotización realmente ingresadas durante la situación de jubilación parcial, o que misma se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o, en su caso, dejó de aplicarse el beneficio del incremento del 100 por 100 de la base de cotización, en ambos casos, con las revalorizaciones que se hubiesen aplicado desde la fecha de cálculo de la base reguladora hasta el hecho causante de la misma (arts. 15.3 y 18.4 RD. 1131/2002). Respecto del acceso a la jubilación total su régimen se equipara, por consiguiente, al de la jubilación flexible (art. 8 RD. 1132/2002).

Respecto de las demás prestaciones, una vez que no han sido expresamente excepcionadas, les será de aplicación para su cálculo las reglas generales de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial²⁵³. Por último, el art. 17 RD 1131/2002, reconoce al jubilado parcial como total a efectos de reconocimiento y percepción de las prestaciones sanitarias, tanto médicas como farmacéuticas, así como de las prestaciones de servicios²⁵⁴.

Por lo que se refiere a la cotización y cálculo de los períodos de carencia, según la doctrina mayoritaria le serán de aplicación las reglas generales previstas al respecto para el trabajo a tiempo parcial²⁵⁵. Salvo en los casos de jubilación total durante los períodos en que se haya simultaneado con un contrato de relevo, en cuyo caso, ya lo hemos anticipado, el porcentaje aplicable a la base reguladora se fijará como si se hubiese trabajado «a tiempo completo». Se excepciona, por tanto, la regla general de los arts. 3.2 y 8 RD. 1131/2002 sólo para los referidos supuestos, si bien cabe la duda de si se traduce la misma neutralidad para los casos de acceso desde un contrato a tiempo parcial²⁵⁶ o, sencillamente, corresponde su aplicación conforme a la jornada originaria de dicho trabajador. Tras las sentencias del Tco de 22-12-2004 y 14-3-2005²⁵⁷, entendemos que no es posible la aplicación dúplice de la regla de proporcionalidad, debiéndose traducirse ésta únicamente sobre las bases de cotización útiles para el cálculo de la base reguladora. Es cierto que las citadas sentencias se refieren a las reglas de cómputo de carencia anteriores al RD-L. 18/98 y, como las mismas señalan, dicho criterio de proporcionalidad se ha visto atenuado respecto de la pensión de jubilación a partir de la citada norma con la aplicación del coeficiente multipli-

²⁵³ C. BLASCO RASERO, "Un acercamiento a la jubilación parcial desde la jurisprudencia", cit., pág. 116.

²⁵⁴ Afirmación que si bien ya se recogía en el precedente art. 13.3 RD 1991/84 respecto de las segundas no se hacía frente a las sanitarias, como denunció: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Jubilación parcial y reparto del empleo", cit., pág. 139.

²⁵⁵ C. BLASCO RASERO, "Un acercamiento a la jubilación parcial desde la jurisprudencia", cit., pág. 114; E. GARRIDO PÉREZ, "Contrato de relevo y jubilación parcial", cit., pág. 94; L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 56. Lo que no deja de penalizar al trabajador que transforma su contrato (M. IGLESIAS CABERO y J.Mª. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia...", cit., pág. 86).

²⁵⁶ F. J. CALVO GALLEGU, "El acceso progresivo...", pág.138.

²⁵⁷ RTC 2004/253 y 2005/49 y 50.

cador del 1,5 (Disp. Adic. 7ª LGSS y actualmente el art. 3.2 RD. 1131/2002). Sin embargo, no parece que este factor moderador del perjuicio pueda soslayar la apreciación de la vulneración del derecho de igualdad en la ley ni la discriminación por razón de sexo. Entonces, esta diferenciación entre jubilados parciales y entre éstos y los “flexibles” debe neutralizarse en virtud de los mismos principios esgrimidos por la referida doctrina del Tribunal Constitucional.

Por lo que respecta a las cotizaciones, el RD-L 16/2001 y posterior L. 35/2002, ha introducido algunas ventajas para potenciar la contratación del trabajador de edad que se podrían considerar desarrollo o en la línea de la disp. vigesimosexta LGSS²⁵⁸. y que resultan aplicables a la jubilación parcial, en tanto no se hace exclusión alguna respecto de la misma, puede quedar perfectamente abarcada en estos supuestos generales, y nada se opone suficientemente a que así se considere. Son las que se encuentran en los arts. 112. bis., Disp. adicional vigésima primera LGSS. y Disp. adicional cuadragésima séptima. Tres.8 de la L. 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005. Conforme a tales prescripciones, y partiendo de la base de que el contrato a tiempo parcial del relevado será normalmente un contrato de trabajo indefinido, las cotizaciones de estos trabajadores de 60 o más años de edad, y que por tanto abarca tanto la jubilación parcial anticipada como la ordinaria, y con una antigüedad en la empresa de 5 o más años, darán derecho a una bonificación mínima del 50% de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, incrementándose dicha bonificación en un 10% en cada ejercicio hasta alcanzar un máximo del 100%²⁵⁹. Además, los trabajadores que se jubilen –o permanezcan jubilados– parcialmente a partir de los 65 años²⁶⁰ podrán beneficiarse de las exenciones previstas en el art. 112.bis y Disp. adic. vigésima primera LGSS y RD. 1132/2002. Disponen tales preceptos una medida de carácter permanente, la exención de las cotizaciones a la seguridad social por contingencias comunes, salvo incapacidad temporal derivada de las mismas, y desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, respecto de los trabajadores por cuenta ajena o asimilados con contrato de trabajo indefinido, que tengan 65 o más años y acreditados 35 o más años de cotización efectiva a la Seguridad Social, sin computar a estos efectos las partes proporcionales de pagas extraordinarias²⁶¹.

²⁵⁸ J. LÓPEZ GANDÍA, “El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo”, RDS, nº 14, 2001, pág. 36.

²⁵⁹ En este sentido favorable de aplicación de tales reducciones en la cotización a las situaciones de compatibilización del trabajo y la pensión de jubilación: J. C. ÁLVAREZ CORTÉS, “La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de Pensiones de 2001”, *Temas Laborales* nº 61, 2002, págs. 383 y 386; J. LÓPEZ GANDÍA, “La jubilación parcial”, cit., pág. 50.

²⁶⁰ O edad inferior que corresponda a jubilación ordinaria en la categoría laboral o sector de que se trate (art. 3.2 RD. 1132/2002), aún cuando probablemente sea difícil que aquélla edad se supere en tales sectores (J. LÓPEZ GANDÍA, “El Acuerdo...”, pág. 37).

²⁶¹ Exenciones aplicables a los trabajadores por cuenta ajena con independencia del régimen de Seguridad Social de que se trate, con excepción de los trabajadores incluidos en el REA y en el régimen especial de empleados del hogar (Disp. Adic. octava. 4 LGSS., en redacción dada por la L 35/2002) (J.A. PANIZO ROBLES, “La jubilación flexible...”, cit., pág. 118). Excluidas, no obstante, las aportaciones relativas a trabajadores y asimilados que presten sus servicios en las Administraciones públicas o en los Organismos públicos (art. 112.bis.3 LGSS.).

La L 35/2002 ha introducido otras reglas sobre cálculo de pensión de jubilación incentivadoras, igualmente, de la permanencia del trabajador en activo. Nos estamos refiriendo al art. 162.6 y 163.2 LGSS.. No parece tampoco que haya motivo alguno para excepcionar la aplicación de los mismos a los supuestos de acceso a la jubilación total desde la parcial ordinaria, en tanto que son perfectamente compatibles con los preceptos específicos de la jubilación parcial. En concreto, el art. 18 RD 1131/2002 no es óbice a la aplicación de la regla del art. 162.6 LGSS. para el cálculo de la pensión de jubilación completa, toda vez que ésta última sólo supone una salvaguarda para evitar el engorde artificial de las pensiones a cargo de las exenciones de cotización, predicable del cómputo global de aquéllas hasta el límite del 100% que dispone el referido art. 18.2²⁶².

El art. 163.2 LGSS. establece que cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, acreditados 35 años de cotización, el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora será el resultante de sumar al 100% un 2% adicional por cada año completo de cotización desde el cumplimiento de tales requisitos. Con esta previsión se está permitiendo que el trabajador supere el 100% de la base reguladora de la pensión que le corresponda, sin que exista motivo alguno para excepcionar la medida respecto de la posterior jubilación total del trabajador²⁶³, tenidos en consideración a estos efectos los años trabajados a tiempo parcial en régimen de jubilación parcial ordinaria, toda vez que sólo se excepciona respecto de la prestación de jubilación parcial (art. 12.1 RD- 1131/2002).

Sectores doctrinales ya han criticado la dureza de los requisitos exigidos para la exención de tales cotizaciones, proponiendo su suavización e incluso su extensión a todos los trabajadores mayores de 65 años (J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, "La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de Pensiones...", cit., págs. 385 y 386; J. LÓPEZ GANDÍA, "El Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo", RDS., nº. 14, 2001, pág. 37).

²⁶² En contra: J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, "La protección por jubilación en las previsiones...", cit., pág. 390.

²⁶³ J. LÓPEZ GANDÍA, "La jubilación ...", cit., págs. 51, 68 y 69.

Flexibilidad y objeto del contrato a tiempo parcial

Flexibilidad y objeto del contrato a tiempo parcial

1. Sobre la admisibilidad de las cláusulas flexibles y elásticas en el trabajo a tiempo parcial

No cabe duda de la relevancia del factor tiempo a efectos de tipificación del contrato de trabajo en cuanto resulta ser elemento modalizador intrínseco tanto de su causa objetiva como también, de forma mucho más determinante, de su objeto-prestación de trabajo¹. En lo que respecta este último, la deuda de actividad surgida del contrato de trabajo exige a efectos de la determinación del objeto como requisito esencial de validez de todo contrato, de su determinación, y ésta tanto en su cuantía como en su distribución. Efectivamente, consistiendo, desde el lado del trabajador, el objeto-prestación del contrato de trabajo en una puesta a disposición de su actividad durante un cierto tiempo, el tiempo de trabajo se erige en el contrato de trabajo en la medida de la prestación debida², o incluso, como señala ALARCÓN CARACUEL, en la prestación misma en cuanto que ejecutada en régimen de dependencia corresponde al empresario la facultad de especificación de la prestación adeudada³. El objeto, entonces, deberá delimitarse en todas sus dimensiones, tanto cuantitativas como cualitativas, por cuanto a efectos de su total delimitación y definición del compromiso de las partes, la trascendencia de una y otra es, en pura abstracción, muy similar, viéndose igualmente implicados los intereses que puedan ostentar las partes y que participan en la balanza del equilibrio contractual.

Ese discurso válido en términos amplios para todo contrato de trabajo, asume en el ámbito del contrato de trabajo a tiempo parcial una dimensión y problemática propias.

En primer lugar, por cuanto el contrato a tiempo parcial, desde la perspectiva impuesta por los intereses empresariales, nace para atender exigencias de flexibi-

¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", Tecnos, Madrid, 1988, pág. 36, 37, 65 a 68.

² M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 64 y 65.

³ M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 67. En este sentido, por ejemplo, también: H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 146 a 151.

lidad en el uso de la mano de obra como factor de producción. Su función se corresponde, entonces, con la inicial de flexibilización de los costes, de modo que tales se ajusten a las reales necesidades empresariales con una jornada distinta, menor, de la general⁴. Ello implica, a su vez, si bien no necesariamente, la individualización de las condiciones de la prestación, escapando en gran medida a la regulación colectiva de las mismas, y en concreto, la remisión al contrato de la fijación de los tiempos de prestación⁵. Por otra parte, también desde la funcionalidad del tipo contractual para el trabajador que voluntariamente lo elige a fin de combinar el mismo con la satisfacción de otros intereses o inquietudes particulares, requiere de la concreción de los tiempos de trabajo, tanto en su cuantía como distribución.

En segundo lugar, y definido por el legislador español conforme a una reducción de la jornada contratada respecto de la "completa", el contrato a tiempo parcial implica un mayor margen de maniobrabilidad a efectos de la ubicación de los tiempos de prestación, y ello por su distanciamiento de los topes diarios, semanales... y demás límites de distribución que puedan preverse. El campo potencial de la indeterminación del objeto contractual es mayor que en el contrato a tiempo completo, siendo el interés de las partes por consiguiente también más intenso a efectos de concretar las obligaciones y correspondientes derechos de los contratantes. En el trabajo a tiempo parcial, en consecuencia, se intensificará la trascendencia de la distribución y colocación de la jornada en orden a la fijación de la prestación e intereses comprometidos, equiparándose e, incluso superando, a la vertiente cuantitativa de aquélla.

Ahora bien, en cuanto trabajo subordinado cuya especificación queda en manos del empresario, ya desde una perspectiva más pragmática, el interés del trabajador en la predeterminación de los tiempos de prestación es muy superior al que pueda ostentar el empleador. En gran medida los intereses del trabajador a tiempo parcial voluntario sólo podrán ser satisfechos a partir del conocimiento y mantenimiento de los mismos⁶, y con mucho más motivo, los del trabajador a tiempo parcial no voluntario, que puede ver afectados incluso derechos constitucionales y, por supuesto, el equilibrio contractual.

Por el contrario, el interés en la identificación vaga, amplia o variable de la cantidad de prestación y tiempos de actualización será primordial o exclusivamente empresarial⁷. Difícilmente, como es razonable imaginar, se dejarán la concreta cantidad y los tiempos de prestación a la voluntad o necesidades del trabajador. Remitiéndose entonces la misma a un momento posterior y dependiente de las nece-

⁴ M. R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", Tecnos, Madrid, 1988, pág. 15 y 151; S. GONZÁLEZ ORTEGA, "El tiempo de trabajo", T.L., n.º. 4, 1985, pág. 75 y 76.

⁵ M.ª. D. ROMÁN DE LA TORRE, "Poder de dirección y contrato de trabajo", Ediciones Grapheus, Valladolid, 1992, pág. 242, también en "La fijación del horario de trabajo", en AAVV, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991, pág. 600.

⁶ Hasta el extremo que la jornada reducida y su concreto horario de trabajo puede ser, en determinados casos, elemento decisivo para la conclusión del contrato por el trabajador, e incluso, convertirse en elemento configurador de la causa misma del contrato (A. PEDRAJAS MORENO, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 152).

⁷ S. GONZÁLEZ ORTEGA, "El tiempo de trabajo", T.L., n.º. 4, 1985, pág. 74 y 75.

sidades patronales, se configura como una ampliación del poder directivo y en la práctica disposición permanente del trabajador⁸.

En tercer lugar, no se puede olvidar que, precisamente por ese mayor margen de maniobrabilidad, por la trascendencia definitiva de la cantidad de tiempo a efectos de delimitación del tipo así como del contenido de los derechos y obligaciones de las partes, la identificación de los períodos y cantidad de trabajo se hace necesaria a efectos del conocimiento de las condiciones laborales⁹ y, desde luego, del control del fraude.

1.1 El objeto determinable; admisibilidad y límites

A partir de la consideración de las particularidades del objeto del contrato de trabajo a tiempo parcial que acabamos de exponer someramente, se exige desde su regulación originaria su formalización por escrito dejando constancia en la misma de los tiempos contratados, tanto en su cantidad como en su distribución, variando, no obstante, las fórmulas legislativas conforme a las que podrá entenderse la obligación de predeterminación pormenorizada de la distribución de los tiempos de trabajo y con ello las potestades empresariales en la fijación de los mismos.

En tanto que el escueto Art. 12 ET/80 guardaba silencio sobre las exigencias formales del contrato a tiempo parcial, estando referidas en el art. 8 de dicho cuerpo legal únicamente a la celebración por escrito, la regulación del contenido mínimo del contrato se especificó a nivel reglamentario en el artículo primero del RD 1362/81, de 3 de julio, sobre contratos a tiempo parcial. Dicho artículo primero reiteraba la obligación de formalización por escrito del contrato de trabajo a tiempo parcial en el cual debía especificarse *“los días al año, al mes o a la semana, o las horas en la jornada, respectivamente, inferior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad de que se trate en el mismo período de tiempo, en los que deba realizarse la prestación de servicios...”*, añadiendo en su segundo párrafo que *“en todo caso, el contrato establecerá el sistema de determinación de los tiempos de prestación de servicios”*. Parece que en tanto el primer párrafo, se refería a la cantidad de tiempo contratada en respeto de los límites del contrato, el segundo de ellos –que, no obstante, desaparece en el artículo noveno del Real Decreto 1445/82, de 25 de julio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo– asume y avanza aún más en la flexibilización de los tiempos de prestación del trabajo a tiempo parcial. Efectivamente, admitida la fórmula más flexible de cómputo y consiguiente distribución irregular de la jornada, la de “horas al año”, el legislador no sólo no exige la fijación en el mismo contrato, y como contenido mínimo de éste, de la concreta y pormenorizada colocación de los tiempos de prestación, sino que expresamente prevé la posibilidad de que efectivamente no se encuentren predeterminados y que sean determinables conforme a un sistema pre-

⁸ M^a. D. ROMÁN DE LA TORRE, “Poder de dirección...”, cit., pág. 243.

⁹ H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 147, 152 y 156 a 158.

visto en el propio contrato¹⁰. Es la traducción al contrato laboral de la exigencia de determinación o determinabilidad predicada respecto del objeto de todo contrato como requisito de validez, que abre la posibilidad de previsión de cláusulas flexibles y, por qué no, también elásticas, del tiempo de trabajo. Por cláusulas elásticas podemos entender aquéllas en las que se atribuye al empresario la facultad de modificar el *quantum* de la prestación, en tanto las flexibles en estricto lo que atribuyen es una cierta disponibilidad en la distribución.

Tras la modificación del art. 12 ET por Ley 32/84, de 2 de agosto, nuevamente el texto estatutario omite toda referencia al contenido mínimo del contrato escrito. Por su parte, el art. 5.1 RD 1991/84, de 31 de octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial establecía como contenido mínimo necesario "*el número de horas al día o a la semana o de días a la semana o al mes durante los que el trabajador vaya a prestar su trabajo*", ampliado éste indirectamente respecto de la jornada contratada en el modelo oficial anexo a dicho real decreto, según el cual habría de especificarse los días en que efectivamente se realizase la jornada y la distribución horaria respecto de los mismos. Restringido ahora el concepto de contrato parcial por la exclusión del año como término de referencia, y, aparentemente aún más, como ya se comentó en el Capítulo I, por las fórmulas expresamente tasadas de verificación de la reducción de jornada y limitación de los ámbitos de distribución, parece imponerse la duda más que justificada de la admisibilidad de las cláusulas elásticas y flexibles en el contrato a tiempo parcial. Duda que se hace aún más sólida en atención al debate parlamentario y a las razones que impulsaron la modificación legislativa con expulsión de la contratación de una jornada anual y hasta mensual a efectos de evitar una cierta «inestabilidad en cuanto a la disponibilidad horaria del trabajador»¹¹.

Empiezan entonces a sentarse las bases del debate doctrinal al respecto, asumiendo progresivamente una perspectiva ontológica relativa a las exigencias de validez intrínsecas a los elementos esenciales del contrato, y en particular su objeto, donde inicialmente parece imponerse la opinión doctrinal que reconoce la facultad de las partes de pactar jornadas parciales con márgenes de elasticidad e, incluso, de flexibilidad¹². Su admisibilidad en otros ordenamientos vecinos conduce a su admisión,

¹⁰ Así lo interpretaron al menos alguno de los actores sociales firmantes del ANE y consultados previamente a la realización del citado RD 1362/81, considerándolo un medio para evitar abusos por la parte empresarial y consistente en algún sistema concreto de determinación de la distribución de los tiempos de trabajo, previsto bien por las partes contratantes, bien por los Convenios Colectivos. Al menos en opinión de UGT, vid.: ANE, "Acuerdo Nacional sobre el Empleo", UGT, Madrid, 1981, pág. 184.

¹¹ Vid.: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", en AAVV, "Comentarios a la nueva legislación laboral", Tecnos, Madrid, 1985, pág. 67 y 68 y en "Modalidades de contratación laboral", en F. DURÁN LÓPEZ, A. MONTOYA MELGAR, T. SALA FRANCO, "El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario", MTSS, Madrid, 1987, pág. 120 a 122 y 144.

¹² En un sentido distinto, y fundado exclusivamente en razones de fórmula legal, DURÁN, tras defender como veremos en la siguiente nota la admisibilidad de las cláusulas de flexibilidad, parece reconocer en otro de sus trabajos el injustificado, por rígido, veto de dichas cláusulas de horario de trabajo variable (F. DURÁN LÓPEZ, "Modalidades de contratación laboral", en F. DURÁN LÓPEZ, A. MONTOYA MELGAR, T. SALA FRANCO, "El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario", MTSS, Madrid, 1987, pág. 120 a 122 y 144). También VALDÉS reconoce que las versiones del 80 y del 84 se incorporaron medidas destinadas a garantizar la certeza del horario y distribución (F. VALDÉS DAL-RE, "Tiempo de trabajo y trabajo a tiempo parcial", RL, 1994, T.II, pág. 52).

como también, en lógica de coherencia y en particular frente a las cláusulas elásticas, a la admisibilidad en términos generales de las horas extraordinarias y su pacto, llámensele o no en el contrato de estudio complementarias y corresponda aplicarles o no el régimen jurídico de aquéllas. En este sentido, DURÁN propugna la indiferencia del legislador respecto de la fijación de cláusulas tanto flexibles como elásticas, en cuanto con ello no se conculca nada que ontológicamente venga exigido a efectos de existencia del objeto contractual, y más concretamente respecto de las primeras puesto que corresponden al ámbito de la distribución; ésta podría hacerse con suficientes garantías y cautelas –similares a las previstas en otros países, como Francia y Alemania– que eliminasen la incertidumbre respecto de los tiempos de prestación¹³. Por su parte, la Jurisprudencia solventa la cuestión, si quiera ocasionalmente, reconduciendo las fórmulas flexibles de trabajo a tiempo parcial al modelo contractual independiente de fijo discontinuo¹⁴, lo que confirma, por una parte, que en definitiva ambas modalidades se delimitaban en última instancia únicamente en virtud de criterios distributivos del tiempo de trabajo –bien por la superación del mes como ámbito de la misma, bien en orden a la flexibilidad de aquélla–; e, implícitamente, que no es requisito esencial de validez del contrato de trabajo como tal la predeterminación absoluta de los tiempos de prestación. Aún cuando también hay pronunciamientos más recientes y vigente ya el régimen legal de horas complementarias que niegan la posibilidad de concertación en el contrato de cláusulas elásticas, ciertamente abusivas, por suponer una indeterminación del objeto contractual¹⁵.

Con el RD-L 18/93, se produce la recuperación del año como módulo de referencia, la hora como única unidad de cálculo prevista por el legislador, así como la integración del fijo discontinuo en la modalidad contractual a tiempo parcial. Estos datos, y decididamente la absorción de aquél, imponen la admisión de criterios elásticos y flexibles en la determinación del tiempo de trabajo del contrato a tiempo parcial¹⁶. Opinión que probablemente se confirma por la clara orientación que, según la

¹³ F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 68 a 71. En el mismo sentido: M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, "La fijación del horario...", cit., pág. 600. También RAMÍREZ MARTÍNEZ, pese a declarar la necesidad de identificación de la distribución a efectos de determinación del objeto del contrato, deducimos, puesto que las acepta, que considera que no afecta a las exigencias de determinación del mismo ni las cláusulas elásticas (como los pactos sobre horas complementarias que equipara a las extraordinarias), ni las flexibles (sobre modificación de la distribución y colocación) (J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 291 a 294). Sobre esta idea parece avanzar LÓPEZ MORA, que rechaza la posibilidad del trabajo a tiempo parcial "a la carta" en el que sólo se cuantifique la jornada parcial, dejando su distribución y colocación a la libre determinación del empleador, admitiendo, en cambio, aún con dudas, la contratación de horas complementarias fijadas únicamente en el quantum (F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", Deusto, Bilbao, 1990, pág. 59, 60, 63 y 64). Tampoco parece rechazar la admisibilidad "ontológica" de las cláusulas flexibles y elásticas: J.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 135 y 151.

¹⁴ Véanse por ejemplo: S. TCT. 13-5-1984 (4271) –más tarde, también sobre extras de hostelería, la S. TSJ. Cataluña 13-11-1998 (4942)-, así como las SS. TCT. 5-6-81 (3843), 22-3-83 (2399), 25-11-85 (6430) sobre atención domiciliaria. Véanse también las notas 90 y 120 de este capítulo.

¹⁵ S. TSJ. Comunidad Valenciana 8-11-1999 (AS. 1999/7478) –se pactan 40 horas mensuales, ampliables por necesidades de la empresa hasta 2/3 de la jornada habitual-. Véanse también en similar sentido sentencias reflejadas los subepígrafos dedicados a la forma en el contrato a tiempo parcial (nota 90) y a los efectos del incumplimiento de forma (sobre todo nota 120).

¹⁶ Por todos: F. VALDÉS DAL-RE, "Tiempo de trabajo y trabajo a tiempo parcial", RL, 1994, T. II, pág. 53. Sin que se requiera por el legislador una definición exacta de la distribución de la jornada parcial, pero sí que consten en el contrato los criterios objetivos con arreglo a los cuales va a determinarse la distribución horaria (F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, "Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial", Aranzadi Social, n.º. 19, 1998, pág. 26 y 27).

Exposición de Motivos de dicho cuerpo legal, se le pretende dar al nuevo contrato y más en concreto al cómputo anual de su jornada: la de hacer funcional la organización del trabajo de las empresas a las necesidades productivas. Y que también corrobora, como hemos visto, el amplio margen de jornada parcial en relación a la completa combinado con su tendencial anualidad, lo que, según se ha reconocido, lo configuró como una modalidad de distribución y gestión de tiempo de trabajo más que de duración reducida de la prestación¹⁷.

Ahora bien, como también se deduce del mismo texto, dicha adaptabilidad no se podrá hacer con total desconocimiento de los intereses del trabajador. Parece que se impone esta interpretación a partir de la programática referencia a la adaptación de los tiempos de trabajo a las *"circunstancias personales o familiares del trabajador"*, al menos bajo la regulación que ahora comentamos y que prescinde de toda garantía de voluntariedad del trabajo a tiempo parcial. De esta forma el art. 18 RD 2317/93, de 3 de diciembre, por el que se desarrolla los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial, nuevamente reitera como contenido mínimo del contrato escrito la identificación del *"número y distribución de horas al día, a la semana, al mes o al año durante las que el trabajador va a prestar servicios"*.

No puede negarse la vaguedad de las exigencias de fijación de la distribución en el contrato formalizado por escrito, en tanto trata por igual los aspectos cuantitativos como cualitativos de la jornada, enlazando los ámbitos temporales susceptibles de servir de referentes con la disyuntiva "o" y no con la conjunción "y". Lo que como fórmula de fijación de duración de jornada resulta razonable en orden a la libertad de elección del módulo y anualización de la jornada a nivel general, resulta claramente insuficiente a efectos de la total determinación del objeto contractual en el momento de concertación del contrato. En los términos usados por el legislador tienen cabida, entonces, las fórmulas elásticas o flexibles de fijación de la jornada y con ellas, cláusulas de determinabilidad del objeto del contrato. Ahora bien, nuevamente a través del modelo oficial anexo al Real Decreto parece ampliarse o, si se prefiere, concretarse a modo de interpretación hecha por el legislador de su propia voluntad, dichas exigencias por incluir la identificación de los meses, semanas, días, horas al día y distribución horaria de la jornada parcial contratada.

Descritos, en lo que ahora atañe, los términos del nuevo contrato a tiempo parcial, sorprendentemente se impone la línea doctrinal ya esbozada en la etapa precedente por algunos autores¹⁸, que niega margen alguno de previsión flexible del tiempo-objeto del contrato, es decir, de su determinabilidad, y ello a partir de la consideración de esencial a la propia validez del contrato de la concreta identificación de la cantidad y cualidad de la jornada.

Efectivamente, la trama argumental elaborada doctrinalmente para negar la validez de los pactos sobre jornada u horario variables es bastante tupida, y oscila

¹⁷ CES, "El trabajo a tiempo parcial", Informe n.º. 4, 1996, pág. 34.

¹⁸ Véase, por ejemplo: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 59, 60, 63 y 64; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 291 a 294.

entre criterios puramente formales y de conveniencia¹⁹ a los más trascendentes ligados a las exigencias de determinación de la prestación debida y de reequilibrio de los intereses de las partes implicadas a partir de la desigualdad real de las mismas.

El argumento formal²⁰ no es, en nuestra opinión, decisivo por cuanto es pacífico la no esencialidad de la forma escrita²¹, y, aún más, de su formalización en modelo oficial²², como también el escaso valor de éste a efectos de fijación del régimen jurídico²³, aún cuando no pueda dejar de reconocerse que tales exigencias sustentan un trasfondo de voluntad legislativa en la definición del objeto que hagan las partes. Sin embargo, insistimos, la finalidad perseguida puede ser satisfecha por otras vías. Por otra parte, la excesiva disponibilidad del trabajador a los efectos de la cantidad y distribución de la jornada adeudada, dependería del particular modo de determinabilidad de aquéllas. Finalmente, la formulación del art. 18 del RD 2317/93, de 29 de diciembre, es muy amplia aún cuando debamos reconocer, tal y como consideró la doctrina, que la enumeración disyuntiva de los diversos módulos temporales no estaba referida a la distribución sino a la cuantificación de la jornada²⁴; la distribución al día, a la semana, al mes o al año, no se entiende, lógicamente si irregular, si no es con referencia a todos y cada uno de los términos temporales de que se trate. A salvo, claro está, de previsión de sistemas de colocación de la jornada alternativos a los tradicionales de concreción en cada uno de los márgenes temporales, y sin que en nuestra opinión los mismos vieses impedidos por la amplitud de la fórmula legal.

¹⁹ Desde la perspectiva de la valoración de la suficiencia de los instrumentos de flexibilidad disponibles en términos generales, o, en particular, de la mejor adaptabilidad del trabajo a tiempo parcial (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 240 a 242).

²⁰ Que sustentan la obligatoria determinación tanto de la cuantía como de la distribución de la jornada completa (art. 34.1 y 6 ET), como parcial (art. 18.1 RFO y en la cláusula segunda del modelo oficial anexo al RD 2317/93, que exige que se precise la jornada y su distribución en todos y cada uno de los módulos temporales al utilizar para enlazarlos la conjunción copulativa «y») (L.M. CAMPS RUIZ, "La nueva regulación del mercado de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 142; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 156, 262, 263, 265 y 267; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 239). En el mismo sentido, LÓPEZ GANDÍA, para el que jornada y distribución es además una condición esencial del contrato a efectos de información al trabajador del art. 8.5 ET y RD 1659/98, de 24 de julio (J. LÓPEZ GANDÍA, "Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)", A.L., n.º. 14, 1996, pág. 323). Por el contrario, otro sector doctrinal cuestionó si la exigencia documental de distribución del tiempo de trabajo no constituyó un exceso reglamentario, y propugna, en una línea más flexible la relativización o ponderación de las referidas exigencias formales (J. YANINI BAEZA, "Trabajo a tiempo parcial...", Tribuna Social, n.º. 85, 1998, pág. 20).

²¹ Sobre los efectos del incumplimiento del requisito de forma, por ejemplo: C. PASCUAL ALLEN, "Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo", en AAVV (dir. F. Valdés Dal-Ré), "La reforma del mercado laboral", Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 67 y 68.

²² Por ejemplo: I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "El contrato a tiempo parcial", en AAVV, (coords. M.ª E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré), "Reforma del mercado de trabajo", La Ley, Madrid, 1994, pág. 104.

²³ Reconociendo su menor valor normativo, por ejemplo I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 239; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1985, pág. 288.

Por el contrario, la S. TSJ. Murcia (Sala de lo Social) de 16 de abril de 1998 (publicada en Actualidad Laboral, n.º. 33 de 1998, marginal 1398) califica al modelo oficial anexo a los sucesivos reales decretos sobre el trabajo a tiempo parcial como «desarrollo o complemento mínimo» de las exigencias formales y de contenido mínimo previstas en su articulado reglamentario, «con su mismo rango o fuerza de obligar por venir integrado inseparablemente dicho modelo en la norma reglamentaria concebida como un todo unitario».

²⁴ Por todos: M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral", Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 160; A. OJEDA AVILÉS, "El nuevo contrato a tiempo parcial", Estudios de Jurisprudencia, n.º. 9, 1994, pág. 58.

La contravención de todo un sistema normativo que pretende un equilibrio de las posiciones de las partes, unido al dato de la imprevisión legislativa —a diferencia de los Ordenamientos en los que está previsto el pacto de variabilidad de la jornada parcial— de cualquier mecanismo de tutela o garantía al respecto, sí podría ser un criterio interpretativo —de conformidad con el art. 3.1 C. Civ.— de mayor entidad en orden a impedir la quiebra de aquél con la introducción de un factor de flexibilidad adicional distorsionador de dicho equilibrio y principios en que se inspira el referido sistema, así como vulnerador de concretos institutos jurídicos por convertirse en vía opcional a ellos²⁵. Defraudaría entonces el instituto del artículo 41 ET²⁶. Sin embargo, nada impide la aceptación de la fórmula alternativa del pacto de elasticidad y flexibilidad de jornada en el contrato de trabajo, que se añade al mencionado de modificación posterior de las condiciones pactadas; cuestión distinta de la que ahora nos ocupamos, en cuanto el art. 41 ET no regula la constitución de la relación laboral sino su modificación unilateral por la empresa caso de necesidad probada²⁷.

Tampoco conculcaría en vía de principio el régimen jurídico de las horas extras, previstas éstas por el legislador, en principio, como instrumento de ampliación de la jornada pactada²⁸. También a partir del 86 y, particularmente con la reforma del

²⁵ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 240 a 242; H. MERINO SENOVIÑA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 150 y 157.

²⁶ L. CAMPS RUIZ, "La nueva regulación del mercado de trabajo", cit., pág. 142 y 198. Una exposición sistemática de los argumentos judiciales en tal sentido en: G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La modificación del horario del trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 40. La cuestión radica en el carácter imperativo o no del art. 41 ET y, en consecuencia, en si éste actúa como límite de la autonomía de la voluntad en la determinación del objeto (F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo", A.L., T.2., 1992, pág. 380. En el mismo sentido: A. BLASCO PELLICER, "La individualización de las relaciones laborales", CES, Madrid, 1995, pág. 258 y 259).

²⁷ En esta línea véanse: A. BLASCO PELLICER, "La individualización de las relaciones laborales", cit., pág. 259 a 261; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo", A.L., 1992, T-2, pág. 379 a 381; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La modificación del horario del trabajo", cit., pág. 39 y 41. En una postura cercana a la que mantenemos y respecto de las cláusulas de modificación, admite la licitud de las mismas siempre y cuando no constituyan una autorización genérica pues se vería desdibujado el objeto del contrato: C. SAN MARTÍN MAZ-ZUCCONI, "El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo", Aranzadi, 1999, pág. 75. También admite tales pactos de modificabilidad: J. RENTERO JOVER, "Los pactos de alteración de las condiciones de trabajo", en AAVV —coord. R. Bodas Martín—, "El poder de dirección del empresario", Ibdem, Madrid, 1997, pág. 156. También, respecto de un supuesto de previsión por Convenio Colectivo de un margen cuantificado de jornada ordinaria dejado a la libre distribución del empresario, véase: J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. Comentario a la sentencia TCT 5ª S. 7 febrero 1989", RL, 1989, T.I, pág. 535 y ss.. Considerando la sentencia que el Convenio no otorga al empresario facultades unilaterales contrarias al art. 41 ET, por cuanto han sido convalidadas por la aceptación de los representantes de los trabajadores en el Convenio, el citado autor defiende que la cuestionada cláusula convencional, en relación de complementariedad con la ley, fija los márgenes -no previstos por la ley- que delimitan el ámbito del poder de dirección y las modificaciones meramente accidentales, respecto de aquél que entraña realmente una modificación sustancial en materia de distribución. En una dirección similar, la S. TS. 24-10-2002 (RJ. 458) -que confirma la S. AN. 9-10-2001, AS. 701- admite la reducción de la jornada del trabajador a tiempo completo en un máximo del 30% en base a Acuerdo colectivo, en el marco de un plan de estabilización del empleo, y previo sometimiento a procedimiento de consulta y, en su caso, de mediación. Y también, por ejemplo, la S. TS. 7-3-2003 (RJ. 2003/4499), que admite la licitud de la cláusula del CC que recoge una "bolsa" de modificación de jornada diaria y horario por el empresario sin necesidad de acuerdo con los representantes, por cuanto el art. 41 ET impone unas reglas para la modificación de las condiciones derivadas de convenio colectivo, pero no constituye un límite para los negociadores de dichos Convenios. Igualmente, cabe que por Convenio Colectivo se prevea un régimen de ampliación o reducción de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial por determinadas causas objetivas: S. TSJ. Canarias/Las Palmas 29-5-2003 (JUR 2004/65747).

²⁸ J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad en la distribución...", cit., pág. 540 a 542. En este sentido, las horas de flexibilidad o libre disposición no pueden considerarse horas extraordinarias, sino una modalidad especial de distribución de la jornada sin alteración de la jornada global (J.M. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, "Las horas extraordinarias y su cotización a la Seguridad Social", Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 325). En contra, por considerar que la definición de hora extraordinaria que introdujo la L. 42/94, 30-12, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social en el art. 4.3 L. 10/94, 3 de diciembre, excluía un "tercer género" de jornada (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", Comares, Granada, 1999, pág. 42).

94 las horas extraordinarias, compensables con descansos, cumplen una clara función de flexibilización de la distribución de la jornada ordinaria. Desde luego, y precisamente por la similitud relativa de las funciones de las horas extraordinarias con las flexibles y las elásticas, podría defenderse la incompatibilidad de estas con las primeras, como efectivamente se ha hecho, o, para algunos, negar formalmente la consideración de la hora complementaria como "*tertium genus*" para reconocer inmediatamente que al flexibilizarse la normativa de las horas extraordinarias éstas satisfacen la finalidad de aquéllas²⁹. Sobre ello nos extenderemos más adelante y veremos que ni su concepto ni su funcionalidad son idénticos, ubicándose la hora complementaria en el objeto pactado del contrato, en tanto que la extraordinaria supone una alteración excepcional y externa de aquél. En cualquier caso, en esta etapa inicial de estudio, en la que únicamente nos cuestionamos la admisibilidad de estas cláusulas de jornada flexible desde la perspectiva de la estructura del contrato de trabajo, parece que, precisamente, esa pretendida similitud o identidad con las horas extraordinarias confirma la no afección de la válida previsión del objeto contractual con un discreto margen de variabilidad.

También se ha argumentado por la doctrina el hecho de que la posibilidad de pactos de variabilidad de jornada supondría un tratamiento diverso del trabajo a tiempo parcial respecto del tiempo completo, contrario al principio de igualdad de trato entre ambos; el trabajador a tiempo parcial merece un idéntico marco de garantías en la determinación y variación de su jornada³⁰. Pero acabamos de comprobar que tales pactos son igualmente posibles en el trabajo a tiempo completo, a lo que cabe añadir que, en nuestra opinión, es aún más clara la posibilidad de pacto de variabilidad de la jornada en éste, siempre con respeto a los mínimos de derecho necesario. Efectivamente, una vez que la jornada es inferior a la máxima legal o convencional, los márgenes de variabilidad de la cantidad de jornada por debajo de aquélla con percibo de salario íntegro, supondrían en cualquier caso una mejora de aquellos mínimos. La alterabilidad de la distribución toparía con los máximos legales. Y, en cualquier caso, tendría mayores garantías el equilibrio de prestaciones y difícilmente podría considerarse conculcado –a diferencia de lo que sucede en el trabajo a tiempo parcial– el derecho a un salario suficiente del art. 35 C.E.

Por último, cundió el rechazo de la validez de las cláusulas contractuales de elasticidad y flexibilidad de jornada en orden a principios derivados de la teoría general de los contratos y, en concreto a la exigencia de determinación del objeto del contrato de los art. 1261 y 1273 C. Civ. y de imposibilidad de dejar el cumplimiento de los contratos a una sola de las partes del art. 1256 C. Civ.³¹.

²⁹ Por ejemplo: J.F. LOUSADA AROCHENA, "Las fórmulas de flexibilidad de la jornada laboral en los contratos de trabajo a tiempo parcial en el Derecho comparado y en el Derecho español", en AAVV, "La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 403 y 404.

³⁰ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 157 y 158.

³¹ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 1994, cit., pág. 148 a 152. En el mismo sentido: A. BAYLOS GRAU, "Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo", en AAVV (coord. M. Ramón ALARCÓN), "La reforma laboral de 1994", Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 143; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 239.

No obstante, MERINO SENOVILLA, principal propulsora del argumento estructural en contra de la admisibilidad de las cláusulas de elasticidad de la jornada parcial, reconoce inmediatamente, que su rechazo no deriva tanto de la imposibili-

El legislador de fines del 98 parece dar respuesta a la expuesta tesis fundada en el objeto contractual. Con la nueva redacción de diciembre del 98 se resuelven todas las posibles dudas respecto de la admisibilidad “estructural” de las cláusulas elásticas, a través de la expresa regulación de las horas complementarias, previstas en el párrafo 5 del art. 12 ET, para el trabajo a tiempo parcial indefinido³². Ciertamente, la negación de la previsión contractual de variabilidad de los tiempos de trabajo fundada en la exigencia “intrínseca” al objeto contractual de predeterminación pormenorizada parte de una visión estática de dicho objeto contractual. Por el contrario, en nuestra opinión, el objeto del contrato de trabajo, como objeto de obligaciones de tracto sucesivo, y, aún más, enmarcadas en procesos productivos, fluctuaciones de mercado –económico y laboral– y necesidades u orientaciones de política económica, todas ellas en constante evolución, no puede constituirse como “esencialmente” estático, sino como potencialmente dinámico³³. La intensidad de su dinamicidad variará en función del equilibrio de intereses marcado por el legislador, pero difícilmente de requisitos irresolubles y derivados de la naturaleza misma del objeto.

En nuestra opinión, en respuesta a la tesis comentada, podría argumentarse la admisibilidad de las cláusulas de variabilidad del tiempo de trabajo directamente en la propia normativa civil y, por supuesto, en la particular conformación del objeto laboral. Es decir, se podrían introducir dichas cláusulas en virtud de la determinabilidad del objeto, o bien, como objeto determinado a especificar por el empresario.

En esta dirección la doctrina italiana, a partir de una normativa del trabajo a tiempo parcial que en el 84 no preveía las cláusulas de variabilidad temporal, y sí, en cambio, la predeterminación de la cuantía y distribución de los tiempos de trabajo como requisito formal, tuvo que hacer un particular esfuerzo argumental a efectos de la admisibilidad de las mismas, precisamente, por el contexto legal desde la perspectiva de su legitimidad “objetiva”.

El debate doctrinal italiano tuvo como punto central la sentencia de la Corte Costituzionale de fecha 11 de mayo de 1992, n.º. 210³⁴, en que mostró su propia interpretación del art. 5.2 L. 863 reconduciendo el asunto de su estudio a una cuestión de determinación o determinabilidad del objeto del contrato, lo que deja libre

dad de la autonomía individual de pactar su variabilidad, como del equilibrio de intereses de las partes y de la desigual posición del trabajador confrontada al otro contratante, que quedaría en disposición de determinación arbitraria de uno de los elementos constitutivos de la prestación principal (H. MERINO SENOVIILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 156). En este sentido ya se expresó ROMÁN DE LA TORRE, que si bien reconoció que los pactos sobre ampliación y flexibilidad en la distribución de las horas de trabajo a manos del empresario no son desechables en sí mismos en el trabajo a tiempo parcial -sino, en todo caso coherente con el fundamento no sólo común a todos los contratos, sino al propio de la modalidad contractual específica-, no es admisible que se establezcan sin garantías para el trabajador (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, “El poder de dirección...”, cit., pág. 243 a 245).

³² Tanto más cuando uno de los argumentos esgrimidos con anterioridad para negar la posibilidad de cláusulas de flexibilidad en el contrato a tiempo parcial fue, precisamente, la no regulación expresa de las mismas, y la consecuente carencia de medidas específicas de tutela de la posición del trabajador (por ejemplo: H. MERINO SENOVIILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 157).

³³ S. DE SOTO RIOJA, “El contenido de la prestación laboral”, RL, 1995, T. II, pág. 171 y 172.

³⁴ El texto de la sentencia n.º. 210 ha sido reproducido en numerosas ocasiones, sirvan como referencia: RIDL, 1992, n.º. 4, pág. 731 a 742 con nota de Ichino; GI, 1992, pág. 2043 a 2052, con nota de Genovesi.

la vía de la licitud de las cláusulas elásticas que respeten este principio básico del Derecho Civil, y, en consecuencia, la admisión de aquellas que incluyan una duración y colocación de la prestación de trabajo determinable en función de criterios de carácter objetivo³⁵. En definitiva en opinión del citado Tribunal, el legislador ha excluido la admisibilidad de cualquier forma de contrato «a chiamata o a comando», entendidos éstos como relaciones en las cuales el contrato individual consiente al empresario decidir unilateralmente cuándo utilizar al trabajador, contratos, por otra parte, claramente identificables con figuras contractuales ya presentes en las experiencias de algunos países³⁶.

Consiguientemente, y en opinión de la doctrina y jurisprudencia italianas, la obligación de previa colocación de los períodos de prestación no obsta, en cualquier caso, a la admisibilidad de cláusulas contractuales que incluyan bandas horarias flexibles, tanto en el trabajo a tiempo parcial horizontal como vertical³⁷. Me estoy refiriendo a las que podríamos denominar genéricamente “cláusulas elásticas”, o, si se desea ser más preciso, cláusulas “flexibles” y “elásticas”: ya lo hemos anticipado, las primeras atribuyen al empresario un *ius variandi* respecto de la colocación horaria mientras queda la cantidad inamovible; las segundas permiten modificar la cantidad de prestación en el interior de la banda predeterminada³⁸. Las mencionadas cláusulas han sido tradicionalmente aceptadas cuando mantienen márgenes de oscilación de “breve

³⁵ P. ICHINO, “Limitate, non drasticamente vietate, le clauseole di elasticità nel part-time ad opera della Corte Costituzionale” -nota a la S. Corte Costituzionale 11 mayo 1992, n.º 210-, cit., pág. 732. En el mismo sentido, por ejemplo: M. BROLLO, “La forma e la predeterminazione del contenuto del contratto di lavoro a tempo parziale”, LD, 1993, n.º2, pág. 351 y 352.

³⁶ Así lo reconoce la propia sentencia. En este sentido P. ICHINO, “Limitate, non drasticamente vietate...”, cit., pág. 732; M. BROLLO, “La forma e la predeterminazione del contenuto...”, cit., pág. 351.

³⁷ A. ALAIMO, “Le modificazioni della distribuzione dell’orario nel rapporto di lavoro a tempo parziale”, RIDL n.º 3, 1987, pág. 463 y ss.; A. ALESSE, “Il lavoro a tempo parziale...”, cit., pág. 237 a 240; P. ICHINO, “Il lavoro a tempo parziale”, en AAVV, “Il diritto del lavoro dopo l’emergenza”, Giuffrè, Milano, 1988, pág. 124 a 129; L. MELE, “Il part-time”, cit., pág. 88; S. SCARPONI, “Riduzione e gestione...”, cit., pág. 123 y 124 y en “Part-time «verticale»...”, cit., pág. 218.

³⁸ Entre otros hace esta diferenciación BROLLO, (“Il lavoro subordinato a tempo parziale”, cit., pág. 161 y 162). Por su parte, MELE considera que se deben distinguir unas de otras, aún admitiendo ambas (L. MELE, “Il part-time”, cit., pág. 88).

Probablemente esta separación conceptual no tenga demasiada trascendencia y frente a ambas cláusulas quepa hacer, al menos en líneas generales, apreciaciones y críticas comunes: por ejemplo ALESSE, que a pesar de reconocerlas y analizarlas de forma aislada plantea las mismas dudas de legitimidad y críticas respecto de ambas (A. ALESSE “Il lavoro a tempo parziale”, considerazioni critico-esegetiche sull’art. 5 della legge 19 dicembre 1984, n.º. 863”, RIDL, 1988, n.º. 2, pág. 236 a 243). La misma BROLLO califica genéricamente las cláusulas que denominó “flexibles” como “elásticas” en un artículo posterior (“Forma e la predeterminazione del contenuto del contratto dei lavoro a tempo parziale”, LD, 1993, n.º. 2, pág. 349). Igual las trata y denomina en genérico ICHINO (“Limitate, non drasticamente vietate, le clauseole di elasticità nel part-time ad opera della Corte Costituzionale” (nota a la sentencia Corte Costituzionale, 11 mayo 1992, n.º. 210), RIDL, 1992, n.º. 4, pág. 731 a 742), mientras en otro trabajo (“Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 124 a 129) les otorga un estudio por separado.

Ahora bien, en relación a las cláusulas elásticas, se ha planteado la posibilidad de que éstas se puedan utilizar como vía de elusión de la prohibición de trabajo suplementario establecida para el trabajo a tiempo parcial, cuestión que ha sido rechazada por la doctrina en consideración a que ambos instrumentos constituyen diversas hipótesis; sólo será trabajo suplementario el realizado por encima del tiempo pactado -o, eventualmente, fuera de las bandas de oscilación pactadas- (A. ALAIMO, “Le modificazioni...”, cit., pág. 467; P. ICHINO, “Il lavoro a tempo parziale”, AAVV, “Il diritto del lavoro dopo l’emergenza”, cit., pág. 126 a 127 S. SCARPONI, “Part-time «verticale» e variabilità delle modalità temporali della prestazione lavorativa”, RIDL, 1988, n.º 1, pág. 219; A. ALESSE, “Il lavoro a tempo parziale...”, cit., pág. 239).

Otro planteamiento específico de las cláusulas elásticas en estricto es el que se refiere al fundamento de su admisibilidad y, en consecuencia, a la permisión de las cláusulas de “ancho radio” (me remito a lo que diré en notas sucesivas).

radio"³⁹; más discutidas han sido, en cambio, aquellas que incluyen bandas horarias de "ancho radio"⁴⁰, puesto que parecen abrir la vía del trabajo a "chiamata" o a "comando"⁴¹. Cabría negar, por consiguiente, un *ius variandi* del empresario respecto de la cantidad y colocación del tiempo en el trabajo a tiempo parcial⁴², salvo que éste se le atribuyese como un poder añadido y siempre con suficientes cautelas⁴³ y compensaciones económicas⁴⁴ a través de pacto escrito en contrato individual de trabajo. Es momento de advertir que el panorama normativo italiano en torno a las exigencias de determinación del objeto contractual en el trabajo a tiempo parcial han cambiado ostensiblemente con el Decreto Legislativo de 20 de febrero de 2000, n° 61, y aún más con el Decreto Legislativo n° 276, de 10 de septiembre de 2003 que modifica al anterior en un sentido descaradamente pro empresario. De tal manera con este último, además de avanzar profundamente en la flexibilización de la jornada a tiempo parcial a través del trabajo suplementario, extraordinario y cláusulas de flexibilidad y/o elasticidad, se abre paso en sus art. 33 a 40 la admisión del «trabajo a llamada», rubricado ahora como «trabajo intermitente», aún cuando se prevean lógicamente un mínimo de garantías respecto de la certeza de los tiempos de prestación y equilibrio contractual. Esta es una prueba más de la dificultad de la defensa dogmática de la exigencia de determinación absoluta de los tiempos de prestación fundada en requerimientos derivados del objeto del contrato de trabajo; sus notables resquicios, su ambigüedad, dejan un enorme campo al juego de intereses y, por supuesto, a los que se quiera hacer prevalecer.

³⁹ El pacto, aún dejando indeterminada la colocación temporal, precisa la cantidad de horario de trabajo en relación al período de referencia inmediatamente superior (Ej.: tres horas al día, tres días a la semana, tres semanas al mes o tres meses al año). (A. ALAIMO, "Le modificazioni...", pág. 463 y 464; M. BROLLO, "Il lavoro subordinato...", cit., pág. 162).

⁴⁰ El pacto predetermina la unidad de tiempo referida a períodos no inmediatamente superiores (Ej.: 12 horas a la semana, 12 semanas al año, mil horas al año). (M. BROLLO, "Il lavoro subordinato...", cit., pág. 162).

⁴¹ Sin embargo, se observa por parte de la doctrina un tratamiento diversificado de las cláusulas de "ancho radio" según sean "flexibles" o "elásticas", de manera que consideran que el problema de la apertura del trabajo a tiempo parcial "a comando" se plantea principalmente a la vista de las cláusulas flexibles (Ej.: A. ALAIMO, "Le modificazioni della distribuzione dell'orario...", cit., pág. 464 y 465; M. BROLLO, "Il lavoro subordinato...", cit., pág. 163 y 163 y en "Forma e la predeterminazione...", cit., pág. 351 y 152).

⁴² SS. Cass. 21 abril 1986, n° 2797 (anotada por ICHINO, RIDL, 1986, n° 4, pág. 732 a 739); 8 abril 1987, n° 3450 (anotada por SCARPONI, RIDL, 1988, n° 1, pág. 215 a 222); 22 marzo 1990, n° 2382 (anotada por ICHINO, RIDL, 1990, n° 3, pág. 630 a 638). Así lo afirma la S. Corte Costituzionale, n° 210, que acoge expresamente (con la concreta referencia a la S. de 22 marzo 1990) la doctrina sentada por la Cassazione. En la doctrina valgan por todos: A. ALAIMO, "Le modificazioni...", cit., pág. 471; M. BROLLO, "Il lavoro subordinato...", cit., pág. 168; L. MELE, "Il part-time", cit., pág. 94 y 95.

⁴³ Como puede ser la exigencia de comunicación con suficiente anticipación y de contemperación de las exigencias organizativas de las empresas y las exigencias personales del trabajador (ICHINO, "Note sul...", cit., pág. 737; M. BROLLO, "La forma...", cit., pág. 352). En esta línea se propone el establecimiento, en sede colectiva, de un determinado preaviso [A. LORUSSO, "Forma scritta e determinazione dell'orario di lavoro nel contratto a «part-time»" (nota a la sentencia Corte Costituzionale n° 210), Mass. Giurisp., 1992, pág. 448]. También ha sido defendida la conveniencia de definir contractualmente la franja horaria en que se considera móvil el uso de la prestación, bien directamente, bien por referencia a una banda horaria ya prefijada -Ej.: un turno prefijado- [P. ICHINO, "Limitate, non drasticamente vietate...", cit., pág. 732; A. LORUSSO, "Forma scritta e determinazione dell'orario di lavoro nel contratto a «part-time»" (nota a la sentencia Corte Costituzionale n° 210), cit., pág. 448]. Igualmente, cabría otorgar al trabajador la posibilidad de lícita refutación motivada de la prestación (M. BROLLO, "La forma e la predeterminazione...", cit., pág. 352; A. LORUSSO, "Forma...", cit., pág. 448). En cualquier caso, parece que la negociación colectiva puede jugar un importante papel, no sólo en la determinación del objeto (M. BROLLO, "La forma...", cit., pág. 352 y 353), sino también en el fijación de los límites al *ius variandi* (A. LORUSSO, "Forma...", cit., pág. 448).

⁴⁴ En función del principio de adecuación de la retribución (por ejemplo: ICHINO, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 128 a 129 y en "Note sul...", cit., pág. 738; S. SCARPONI, "Part-time «verticale»...", cit., pág. 220; M. BROLLO, "Il lavoro subordinato...", cit., pág. 166 y en "La forma...", cit., pág. 352).

Nos movemos, entonces, en el ámbito de la determinación o determinabilidad del objeto de la obligación y las consideraciones elaboradas por la doctrina italiana expuestas son trasladables a nuestro Ordenamiento. El art. 1261 C. Civ. exige como requisito esencial de validez de los contratos que el objeto del mismo sea un “*objeto cierto*”. También el art. 1273 C. Civ. requiere que dicho objeto esté determinado o sea determinable. Con esta última posibilidad nuestro Ordenamiento admite la determinación del objeto «primaria o inicial», determinable en un momento posterior conforme a los criterios establecidos por las partes al nacer la obligación y “*sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes*” (art. 1273 C. Civ.)⁴⁵. Por consiguiente, no es requisito de validez de los contratos la total y absoluta determinación de su objeto, sino que la conducta debida puede quedar descrita por las partes a través de unos datos, criterios o módulos más o menos amplios, pero en todo caso suficientes, según exista un interés de los sujetos en una más amplia o detenida fijación. Se puede hablar entonces de una determinación amplia y en una consiguiente relativa indeterminación⁴⁶, siendo admisible siempre y cuando los criterios de determinabilidad preestablecidos sean suficientes para poder identificar y distinguir -de otras, se entiende- desde el comienzo las obligaciones a las que el contrato se sujeta y enjuiciar, igualmente, la conformidad entre lo que quedó programado y lo efectivamente realizado⁴⁷.

Tanto si se parte de la determinabilidad del objeto, como si se hace de su mera individualización por una de las partes⁴⁸, podría considerarse que no cabe extender la determinación del objeto a cualquier situación y bajo cualquier condicionamien-

⁴⁵ L. DIEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, T. I, “Introducción. Teoría del Contrato”, Cívitas, Madrid, 1996, pág. 211.

En el mismo sentido, afirma HERNÁNDEZ GIL que «una interpretación rígidamente literal del art. 1273 permitiría pensar que circunscribe la determinabilidad a la cantidad, pero ello no es así. La relativa indeterminación o la determinabilidad pueden concernir a circunstancias de la prestación distintas de la cantidad... El criterio para fijar la determinabilidad que recoge el art. 1273 es el frecuentemente aceptado de que no se precise un nuevo convenio para llevar a cabo la determinación» (A. HERNÁNDEZ GIL, “Derecho de obligaciones”, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pág. 108). No obstante, como señala SAN JULIAN, no es unánime dicha opinión, reservando algunos autores la determinabilidad a la cantidad del objeto. Según destaca la mencionada autora, normalmente se tratará de señalar la cantidad (vid.: V. SAN JULIAN PUIG, “El objeto del contrato”, cit., pág. 283). Nuestro interés respecto del debate expuesto podría pensarse que es sólo relativo, por cuanto el tiempo es esencialmente medida de la prestación (en este sentido: M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, “El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional”, Revista de Política Social, nº. 95, pág. 82).

⁴⁶ L. DIEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, T.II, “Las relaciones obligatorias”, Cívitas, Madrid, 1996, pág. 290. También, por ejemplo: A. HERNÁNDEZ GIL, “Derecho de obligaciones”, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pág. 107.

⁴⁷ Causas que justifican la exigencia de la determinación del objeto (vid.: L. DIEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, T. II, cit., pág. 290; V. SAN JULIAN PUIG, “El objeto del contrato”, cit., pág. 278 y 279. Así lo destaca, entre nuestra doctrina, por ejemplo: F. ALEMÁN PAÉZ, “El encuadramiento profesional”, Tesis Doctoral, 1991/1992, Tomo I, pág. 292 y 293).

⁴⁸ Los supuestos de prefiguración o determinabilidad de la prestación son muy variados, distinguiéndose por algunos autores la determinabilidad de la prestación a que nos venimos refiriendo, de la individualización o concentración de la prestación concreta que se vaya a realizar y que caracteriza a las obligaciones genéricas y a las alternativas (M. ALBALA-DEJO, “Derecho Civil”, Tomo II, Volumen primero, Librería Bosch, Barcelona, 1997, pág. 26, 38, 39 y 47). Por el contrario, otro sector doctrinal se inclina a considerar a las genéricas y a las alternativas como una modalidad de determinabilidad de la prestación (L. DIEZ-PICAZO, “Fundamentos...”, Tomo I, pág. 211. También en: L. DIEZ-PICAZO y A. GULLON, “Instituciones de Derecho Civil”, Volumen I/2, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 36, 37, 113 y 114. En el mismo sentido: A. HERNÁNDEZ GIL, “Derecho de obligaciones”, cit., pág. 108 y 110; J.M^a. LETE DEL RIO, “Derecho de obligaciones”, Tecnos, Madrid, 1991, cit., pág. 50). Por supuesto, no vamos a entrar a dilucidar sobre tal diferenciación; ya se verá que a los efectos aquí discutidos, y admitida la determinabilidad del objeto, no afecta a nuestras consideraciones.

to. En primer lugar, la causa de actualización -o, en su caso, modificación- de la prestación podría pensarse, como destacó ICHINO, que deba ser de carácter objetivo, independiente de la unilateral voluntad del empresario o de la valoración unilateral de los hechos que le sirvan de referente⁴⁹, por cuanto nuestro ordenamiento no admite que la determinación se confíe a una de las partes (art. 1256, 1449 y 1690.2 C. Civil), lo que sucede no sólo cuando se reconoce abiertamente esta facultad sino también cuando prácticamente así resulta ser. Tal serían los supuestos enmarcables en el clásico fijo-discontinuo, cuya prestación está demarcada por factores cíclicos o estacionales de reiteración periódica en los que la voluntad del empresario y la actividad está externa y objetivamente matizada⁵⁰, y cuyo régimen jurídico integra suficientemente el contenido de la prestación⁵¹. Fuera de éste supuesto difícilmente puede considerarse el *quantum* y distribución de la jornada como “causal”⁵².

⁴⁹ Como indica SAN JULIAN, «los criterios objetivos hacen referencia a la remisión en el contrato a bases, datos o hechos precisos que no dependen de la exclusiva voluntad o valoración humana...» (V. SAN JULIAN PUIG, “El objeto del contrato”, cit., pág. 283). No queda absolutamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato en el que se prevé una posible reducción de jornada -y consiguiente salario y vacaciones- de un máximo del 30% si la facultad empresarial se somete a la deliberación con la representación colectiva y sindical y, en su caso, a la mediación del Servicio de Mediación y Arbitraje; propiamente no nos encontramos en un supuesto del art. 41 ET, sino en uno de los procedimientos previstos en el art. 85.1 ET, enmarcado por lo demás el análisis de su validez en una perspectiva de voluntad de consolidación del empleo en la empresa (S. TS. 24-10-2002, RJ. 458).

⁵⁰ En este sentido se expresa GARCÍA ORTEGA, que abiertamente identifica la temporada con índices de carácter objetivo, consustanciales a la actividad, y la determinabilidad del período de ejecución del contrato relacionada con la naturaleza y circunstancias que concurren en el trabajo y que proporcionan «índices objetivos» para establecer su duración aproximada (J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos”, Bosch, Madrid, 1990, particularmente en las págs. 85, 89 a 91, 93 y 94).

⁵¹ Fundamentalmente el régimen de llamada. Por otra parte, la periodicidad entendida en sentido amplio, satisface suficientemente las exigencias derivadas de las particularidades del objeto de la obligación del contrato de trabajo, en cuanto configurado como deuda de actividad en la que se ve inmersa la persona del trabajador y los derechos fundamentales a él atinentes (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., por ejemplo, pág. 75 a 77); en definitiva, una previsibilidad aproximada de la cantidad y calidad del tiempo de trabajo que impida la apreciación de una excesiva o total disponibilidad del trabajador y la consiguiente indeterminación del objeto de dicha obligación.

En esta línea, la S. TS. 7-3-2003 (RJ. 2003/4499), reconoce como legítimo el criterio fijado en Convenio Colectivo para la llamada y cese del fijo discontinuo en función de antigüedad, exigencias técnicas del puesto y necesidades productivas del centro, si bien interpretado -y eliminada así la ambigüedad- en combinación con otros artículos del Convenio Colectivo con los que se integra definitivamente el régimen de llamamiento y cese evitando así que quede al arbitrio del empleador el cumplimiento del contrato (art. 1256 CCiv). De tal manera, señala la sentencia, el Convenio Colectivo deberá fijar el orden y forma de llamamiento, con la finalidad de garantizar que la ocupación se haga con arreglo a un sistema objetivo previamente conocido por los interesados, sin que dicho Convenio pueda situarlo dentro del libre poder de dirección.

⁵² En este sentido, el Tribunal Supremo rechaza por diversos motivos la legitimidad del contrato eventual intermitente o a llamada: la total disponibilidad del trabajador en la campaña, sometida su prestación laboral a las necesidades de la empresa -que son comunes a todo contrato y que no pueden ser elevadas a causa de la temporalidad, entiéndase como intermitencia o actualización, de la prestación- supone la indeterminación del objeto del contrato, y dejar, consiguientemente el cumplimiento del mismo a la voluntad del empleador contrario al art. 1256 CCiv., y la ruptura del equilibrio contractual con grave perjuicio añadido para el trabajador, puesto que le impide la compatibilización del trabajo para otra empresa y la percepción de prestaciones de desempleo [SS. TS. 17-12-2001, RJ. 2002/2028 y 2116]. Asumen desde las diversas perspectivas la postura sentada en las referidas sentencias: I. BALLESTER PASTOR, “La anulación del régimen del «trabajo a llamada» nacido vía convencional: una especie de híbrido entre el contrato eventual y fijo discontinuo que no respeta la naturaleza y el objeto de ninguna fórmula de contratación regulada en derecho, en especial, la del contrato eventual por acumulación de tareas”, A.S., Vol. IV, 2001, pág. 3030 y ss.; J. CABEZA PEREIRO, “La perspectiva del tiempo parcial y del trabajo fijo-discontinuo”, A.S., Vol. IV, 2001, pág. 3023 y ss.; J.J. DE VAL ARNAL, “Sobre la historia interminable de la relación ley-convenio colectivo y los principios de aplicación del Derecho del Trabajo: jerarquía normativa, norma más favorable y el papel de la autonomía colectiva en el sistema de Relaciones Laborales”, A.S. Vol. IV, 2001, pág. 3046 y ss.; F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, “La ordenación del tiempo de trabajo en el contrato eventual”, A.S., Vol. IV, 2001, pág. 3054 y ss. Lo observan desde la perspectiva de la figura de la suspensión: F.J. CALVO GALLEGOS y A.J. VALVERDE ASENCIO, “Eventuales a llamada: los límites a la posibilidad de configuración de la contratación temporal por la

Pero en lo que ahora nos interesa es necesario señalar que «no hay determinación al arbitrio de una parte por el sólo hecho de haberle autorizado un cierto margen de elección»⁵³. Bastaría entonces el establecimiento de unas bases conforme a las cuales el sujeto contractual facultado pudiese determinar finalmente el objeto de la prestación⁵⁴. En este ámbito se enmarcarían las programaciones delimitadas por bolsas y bandas horarias, es decir, a ámbitos de fluctuación delimitados materialmente, o bien, conformes a los usos y costumbres, así como otras medidas de tutela de los intereses del trabajador, tales como la mayoración de la compensación económica, el preaviso y la posibilidad más o menos amplia de lícita refutación.

No hay indeterminación del objeto; la determinación del mismo se lleva a cabo en el momento del inicio de la relación laboral, permitiendo al empresario en

negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 65/2002, pág. 191 y ss. Pese a que, como puede comprobarse a lo largo de todo este capítulo, compartimos en gran medida los términos en que se expresa el Tribunal Supremo en dichas sentencias, concretamente en este supuesto diferimos de sus consideraciones acercándonos a los razonamientos del voto particular. En lo que ahora interesa, en mi opinión, la cláusula impugnada del convenio colectivo, responde a la adecuación de la contratación eventual a las particularidades de la actividad estacional del concreto sector de temporada de que se trata, favoreciendo o facilitando, a la vista de la jurisprudencia sobre delimitación del contrato temporal y fijo discontinuo, el tránsito al empleo estable. Por otra parte, no es apreciable necesariamente indeterminación del objeto del contrato ni abuso en la ejecución del mismo; los criterios “objetivos” de actualización son los mismos que justifican la irregularidad interna del fijo discontinuo, y el deber de llamamiento, orden y demás elementos de ordenación de la prestación parecen en principio que le serían extensibles a dichos trabajadores temporales (más ampliamente me expreso en “Poder de dirección y tiempos de actividad del trabajador eventual de campaña”, *Temas Laborales*, nº 67, 2002, pág. 203 y ss.). Véanse también las sentencias que referimos en la nota 90 de este capítulo respecto de la inadecuación del fijo discontinuo a la puesta a disposición por las ETTs.

Desde luego, la objetividad de la causa, de la determinación del exacto quantum y colocación de la prestación debida, es un criterio necesariamente relativizado en el Derecho del Trabajo, por cuanto difícilmente podrá considerarse la organización de la empresa como “objetiva” o “científica”, así como sus correspondientes necesidades (vid.: S. GONZÁLEZ ORTEGA, “El tiempo de trabajo”, cit., pág. 89 y 95). En este sentido, no se oculta que en la concurrencia de las necesidades que satisface el fijo discontinuo intervienen las diversas opciones de gestión que asuma el empresario (B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, D.L., nº 16, 1985, pág. 52). También, respecto de la concepción comunitaria de la empresa y las teorías “tecnocráticas” sobre la justificación de la atribución del poder de dirección al empresario (véase: F. DURÁN LÓPEZ, “Lecciones de Derecho del Trabajo”, Tomo I, Curso académico 1991/1992, policopiado, respectivamente, en el tema 2, pág. 15 a 19 y en el tema 8, pág. 6 a 8). Por otra parte, la concurrencia sin más de las referidas necesidades tampoco podría ser criterio alguno de determinación por cuanto carecerían en principio de certeza en sí mismas (M^a. D. ROMÁN DE LA TORRE, “La fijación del horario de trabajo”, cit., pág. 601). Consecuentemente, dicha fórmula de actualización, podría pensarse, sólo puede extenderse a supuestos muy restrictivos, y en los que la intervención de la voluntad empresarial a efectos de dicha actualización, está reconocida en el sector de actividad de que se trate como particularmente reducida y condicionada por factores externos de índole objetiva. Así ROMÁN DE LA TORRE limita la licitud de las cláusulas elásticas a la “objetividad” de su necesidad, impuesta por la naturaleza de las actividades que venga a desenvolver el trabajador, y en definitiva, a las características de la actividad empresarial, asimilándolo, a las actividades itinerantes respecto del art. 40 ET, permaneciendo dentro del poder de dirección del empresario en lugar de configurarse como modificaciones sustanciales (M^a. D. ROMÁN DE LA TORRE, “La fijación del horario de trabajo”, cit., pág. 600 a 602).

⁵³ M. ALBADALEJO, “Derecho Civil”, Tomo II, vol. 1º, Librería Bosh, Barcelona, 1997, pág. 27.

⁵⁴ A. HERNÁNDEZ GIL, “Derecho de obligaciones”, cit., pág. 110. La jornada, en su cuantía y distribución, no exige en principio causa alguna (véase por ejemplo: S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 18, 1999, pág. 21 y 35). La determinabilidad del objeto, no es, por otra parte, en absoluto desconocida por nuestra disciplina. Buena prueba de ello lo es el instituto de la clasificación y calificación profesional, y la “determinación amplia” del objeto contractual que ello supone, así como el régimen mismo de la movilidad funcional ordinaria, sin requerimientos causales que justifiquen la decisión empresarial (paralelismo que en ocasiones ha utilizado nuestra doctrina, por ejemplo: J. CRUZ VILLALÓN, “La flexibilidad en la distribución...”, cit., pág. 546). Noción de determinación amplia que ahora pretendemos trasladar al aspecto temporal del objeto del contrato. A través de esta fórmula la cantidad o cualidad del tiempo de la prestación no dependen de criterios objetivos previamente fijados, sino de la exclusiva voluntad empresarial que de esta forma ve ampliados, por contrato y en virtud de pacto expreso, sus poderes directivos (F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo”, A.L., 1992, T-2, pág. 378).

ejercicio regular de su poder de dirección, la especificación de la deuda de actividad a lo largo de la vida de aquélla y conforme a los márgenes que delimitan la prestación suficientemente predeterminada⁵⁵. Especificación, entonces, es concreción progresiva de la prestación acordada, dotar de contenido concreto al objeto de la obligación del trabajador, identificación de la cantidad y/o calidad de tiempo adeudado dentro del margen posible según norma o pacto, que no supone ni creación unilateral de nuevas obligaciones para el trabajador ni modificación -para algunos, en su caso, sustancial- de las preexistentes. En consecuencia, no obsta al pacto de variabilidad cuantitativa o cualitativa del tiempo de trabajo la exigencia de objeto determinado ni que su determinación y cumplimiento de las obligaciones quede en manos de uno sólo de los contratantes (art. 1449 y 1690.2 Código Civil); éste está efectivamente determinado en la génesis del contrato, tiene su fundamento en los términos del mismo y en los concretos márgenes del objeto acordado por los contratantes explícita o implícitamente, con respeto de los límites de derecho necesario heterónomos y permitido, desde la teoría general de los contratos, en virtud del art. 1255 C. Civil⁵⁶.

Desde luego, los márgenes de especificación tanto respecto de la cuantificación como distribución de la jornada tienen que estar suficientemente definidos, y los intereses del trabajador suficientemente tutelados, de forma que no pueda observarse ni indeterminación del objeto, ni abuso o renuncia de derechos por parte del trabajador⁵⁷. Volvemos, por consiguiente de nuevo, como indicó DURÁN LÓPEZ, a los términos del pacto y/o, caso de existir, a la regulación heterónoma del mismo⁵⁸, para valorar si, efectivamente, lo que se deja en manos del empresario es la individualiza-

⁵⁵ A. MONTOYA MELGAR, "El poder de dirección del empresario", I.E.P., Madrid, 1965, pág. 17; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, "Poder de dirección...", cit., pág. 240 y ss. Así lo afirma, respecto de la calificación profesional: S. DE SOTO RIOJA, "El contenido de la prestación laboral", cit., pág. 186, 187 y 192; F.A. VALLE MUÑOZ, "La movilidad funcional del trabajador en la empresa", cit., pág. 28 a 31, 153 y 154.

⁵⁶ Respetados entonces los límites de duración máxima, y en su caso, los relativos a la distribución, previstos como normas mínimas de derecho necesario, nada impide a las partes, como implica de la contractualidad de los elementos y condiciones del contrato, y se deduce de la aplicación al contrato de trabajo del propio art. 1255 y 1261 y siguientes del C. Civil, configurar el objeto contractual con un margen de elasticidad y/o flexibilidad, con independencia de que el legislador haya previsto la posibilidad expresada, siempre y cuando éstos no conlleven la indeterminación misma de su objeto o abuso de derecho (J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad...", cit., pág. 541 y 546; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo", cit., pág. 376 a 381). En materia de regulación de jornada y horario es sabido que el Estatuto concede un amplio margen de actuación a la autonomía de las partes (SAGARDOY BENGOCHEA, "La regulación...". En este sentido, también: A. BLASCO PELLICER, "La individualización de las relaciones laborales", cit., pág. 256). En última instancia, en el ámbito estrictamente laboral, es evidente que el legislador se hace eco de la posibilidad pacto de variación de la cantidad de prestación adeudada caso de horas extraordinarias pactadas por Convenio Colectivo o contrato individual de trabajo en superación de la jornada ordinaria de trabajo (art. 35.4 ET). Y de forma similar a como sucede con la movilidad funcional, el fundamento último de la variabilidad de la prestación del trabajador se encuentra en el artículo 38 CE, es decir, en la libertad de empresa y en la defensa de la productividad (S. DE SOTO RIOJA, "El contenido...", cit., pág. 185; F.A. VALLE MUÑOZ, "La movilidad funcional del trabajador en la empresa", cit., pág. 149).

⁵⁷ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "Autonomía individual...", cit., pág. 381; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La modificación del horario del trabajo", cit., pág. 41. En opinión de ROMÁN DE LA TORRE, debe suponer una interpretación muy restrictiva por la puerta abierta que puede suponer al abuso de derecho o a la renuncia de derechos por el trabajador, al quedar indefenso ante las alteraciones que todo ello conlleva en una parte del trabajo convenido (M^a. D. ROMÁN DE LA TORRE, "Poder de dirección...", cit., pág. 241).

⁵⁸ Previamente a la regulación legal de las horas complementarias en el trabajo a tiempo parcial, la doctrina confió la tutela del trabajador y delimitación de los márgenes a la negociación colectiva, recelosa de la autolimitación del empresario en un contrato como el de trabajo, con claro desequilibrio de poder entre las partes (M^a. D. ROMÁN DE LA TORRE, "Poder de dirección...", cit., pág. 241 y 245). Véase: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", pág. 68 a 71.

ción o especificación no abusiva de un objeto contractual previamente determinado, o bien la determinación posterior del objeto contractual por la voluntad discrecional de una de las partes⁵⁹.

Una vez alcanzada dicha conclusión, y sometida a tales condiciones, nada parece obstaculizar la concertación de cláusulas de flexibilidad de la jornada ordinaria en el contrato a tiempo parcial a partir de la reforma del 2001⁶⁰.

2. El objeto determinado y márgenes de indeterminación relativa

2.1 La forma en el contrato de trabajo a tiempo parcial, exigencia de determinación de los tiempos de trabajo y vías de flexibilización de la jornada

El art. 12.4.a) ET reitera la tradicional exigencia de forma escrita para el contrato a tiempo parcial, en correspondencia con lo previsto en el art. 8.2 ET y como excepción a la regla general de libertad de forma del párrafo primero de este último precepto⁶¹. Las razones de tal requisito formal están, como es apreciable en el conjunto del listado del art. 8.2 ET, en la especialidad de los caracteres típicos del contrato, y consiguientemente de la necesidad de seguridad, certidumbre y prueba respecto de su contenido dadas sus condiciones peculiares, previniendo, por lo demás, posibles abusos del lado empresarial⁶². En consecuencia, la forma escrita y su contenido mínimo se

⁵⁹ M^a. D. ROMÁN DE LA TORRE, "Poder de dirección...", cit., pág. 241, 243 a 245.

⁶⁰ De hecho, la S. TS. 6-3-2002 (RJ. 4657), rechaza la posibilidad de hacer una declaración de nulidad en abstracto de las cláusulas-tipo de flexibilidad de horarios del contrato a tiempo parcial sin atender al hecho de si el contrato se rige por el régimen del 98 o el del 2001.

⁶¹ En Italia, la obligación de fijar y constatar por escrito la distribución del tiempo de trabajo respecto de todos y cada uno de los parámetros incluidos en el párrafo 2º del derogado artículo 5 L. 863/84 fue admitida por la generalidad de la doctrina y jurisprudencia [Por ejemplo: A. ALAIMO, "Le modificazioni della distribuzione dell'orario nel rapporto di lavoro a tempo parziale", RIDL, 1987, n.º 3, pág. 464 y 465; M. BROLLO, "Il lavoro subordinato a tempo parziale". Jovene. Napoli, 1991, pág. 165; L. MELE, "Il part-time", cit., pág. 85; S. SCARPONI, "Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro", Giuffrè, Milano, 1988, pág. 121, y en "Part-time «verticale» e variabilità delle modalità temporali della prestazione lavorativa" (nota a la S. Cass. 8 abril 1987, n.º 3450), RIDL, 1988, n.º 1, pág. 218]. En la actualidad, también el art. 2.2 D. Legis. 25-2-2000, n.º 61, exige la determinación por escrito de la duración y colocación temporal del horario de trabajo, con respecto al día, a la semana, al mes y al año. Consecuentemente, nada parece cambiar al respecto; la pre-determinación de la cantidad y distribución de la jornada constatada en el contrato se requiere respecto de todos y cada uno de las unidades de tiempo señaladas (M. BROLLO, "Il lavoro a tempo parziale", Ipsa, Milano, 2001, pág. 52).

Por su parte, el artículo L. 212-4-3 del Código de Trabajo Francés dispone también la necesidad de forma escrita como requisito ad probationem, así como el contenido mínimo de éste, que en lo que se refiere al tiempo de trabajo exigirá la constancia de la duración semanal o mensual prevista y el reparto de la duración entre los días de la semana o entre las semanas del mes, así como las condiciones de una eventual modificación de esta repartición y los límites dentro de los cuales pueden ser efectuadas las horas complementarias. Caso de tratarse de un contrato de trabajo intermitente, es decir, con períodos alternativos de trabajo y no trabajo, el art. L. 212.4.13 exige la precisión en el contrato de unos y otros, así como el reparto de las horas de trabajo en el interior de los primeros y la duración anual mínima del trabajo del asalariado (vid.: J.P. LABORDE, "Algunas observaciones acerca del trabajo a tiempo parcial en el derecho francés", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º 18, 1998, pág. 240 y 243; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada", RL, 1998, T.II., pág. 149, 150 y 151).

⁶² Por todos: M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma del contrato de trabajo", Revista de Trabajo y Seguridad Social, n.º 17, 1995, pág. 140 y 146; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales", n.º 18, 1999, pág. 84.

justifica en el contrato a tiempo parcial respecto de su jornada, por ser elemento definidor y peculiar del mismo frente al tipo general a tiempo completo⁶³. Una particularidad que supone la esencialidad de la reducción de jornada en la configuración del tipo contractual y que implica en gran medida la individualidad de las correspondientes condiciones de tiempo de trabajo.

Individualidad y esencialidad que interconectadas entre sí, se ponen igualmente en conexión con la particular problemática a nivel tanto individual como colectivo de la modalidad contractual. Efectivamente, la finalidad prevalente de la exigencia de forma está también unitariamente caracterizada como tutelar al considerar que en el trabajo a tiempo parcial la determinación de la duración y distribución del tiempo de trabajo tiene, como hemos visto, una relevancia mayor que en el trabajo a tiempo completo⁶⁴. Es sabido que el contrato en cuestión, al menos a nivel programático, también responde a intereses particulares del trabajador, como la posibilidad de utilizar su tiempo libre en lo que desee, o, por ejemplo, la realización de otra actividad que le permita la obtención de un salario suficiente ex art. 35 CE.⁶⁵, lo que implica la programabilidad del mismo.

En el ámbito concreto del objeto temporal determinado o determinable la amplitud de la formulación del actual párrafo 4.a) ET retorna intencionalmente a los posicionamientos formales del año 93⁶⁶ y, en nuestra opinión, a la consiguiente admisión de diversas fórmulas de flexibilidad, pero ahora, por diversos motivos, de forma aún más ostensible. En primer lugar porque, a diferencia de lo que sucedió en el 93, el modelo oficial del contrato a tiempo parcial, tanto indefinido como temporal, asume perfectamente la fórmula legal sobre contenido mínimo, sin ampliación -ni aún meramente indicativa- del mismo respecto de los ámbitos de distribución, que se deja libre a las partes. En segundo lugar, porque ya difícilmente podrá mantenerse la imposibilidad ontológica determinación relativa del objeto temporal del contrato a tiempo parcial que se defendió doctrinalmente por aquéllas fechas; la regulación legal de las

⁶³ M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma del contrato de trabajo", cit., pág. 147.

⁶⁴ Entre la doctrina española: M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial", cit., pág. 29; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 84; S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...", cit., pág. 44 y 45; F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)", RL, n.º. 20, pág. 2. Intereses colectivos específicos de la modalidad contractual en la medida en que el trabajo a tiempo parcial tiene -está orientado- a una clara finalidad de fomento de la ocupación [por ejemplo, autores como SCARPONI ("Riduzione e gestione...", cit., pág. 121 y 122) o MELE, ("Il part-time", cit., pág. 82 y 83)].

⁶⁵ A. ALAIMO, "Le modificazioni...", cit., pág. 462 y 463; P. MORGERA, "Lavoro a tempo parziale: volontà delle parti, forma e contenuto del contratto", cit., pág. 423 y 424; S. SCARPONI, "Riduzione e gestione...", cit., pág. 121 y 122, y en "Par-time «verticale»...", cit., pág. 216, 217, 121 y 122. Así pueden verse implicados otros derechos constitucionales, tales como el derecho a la educación, derecho al ocio, a la protección de la familia... y particularmente, por estar directamente relacionados con las peculiaridades de la sinalagmaticidad del vínculo contractual laboral, a la libre elección de la profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a un salario suficiente para satisfacer las necesidades propias y las de la familia del art. 35 CE. (vid.: G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La modificación del horario", cit., pág. 45 y 46).

⁶⁶ Que supone un cambio radical en su redacción respecto de la criticada -sobre todo por el sector empresarial- versión precedente instaurada por el RD-L 15/98. Así lo confirma probablemente la Exposición de Motivos de la L. 12/2001 cuando identifica el objetivo de la reforma del contrato de trabajo a tiempo parcial en la superación de determinados «problemas prácticos o disfuncionales» y la finalidad con ello de potenciación del uso de la modalidad por no haberse alcanzado los niveles de contratación que podían haberse esperado. De cambio deliberado lo califica: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 122 y 123. En el mismo sentido: A.V. SEMPERE NAVARRO, "Una «Reforma» vigésimosecular (a propósito del Real Decreto-Ley 5/2001)", Aranzadi Social, n.º. 1, 2001, pág. 18.

horas complementarias ha inclinado la balanza en favor de las teorías que defendían dicha posibilidad. Tampoco, en nuestra opinión, puede afirmarse ahora, a diferencia de lo que sucedió bajo la regulación del 98, que la hora complementaria sea la única forma de variabilidad pactada de la jornada a tiempo parcial. La funcionalidad de la hora complementaria en estricto se reduce a la “*adición a las horas ordinarias pactadas*” (art. 12.5, primer párrafo, ET), con lo que la exigencia de concreción del número de horas ordinarias contratadas (art. 12.1 y 4.a. ET), la prohibición general de horas extraordinarias (art. 12.4.c ET) y la imposibilidad de pacto de horas complementarias en el contrato a tiempo parcial temporal (art. 12.5.b ET) sólo impedirán la concertación de cláusulas elásticas de jornada distinta de la complementaria del art. 12.5 ET⁶⁷, pero no los pactos de flexibilidad de la jornada parcial ordinaria, relativos a la distribución de las mismas, previstos por convenio colectivo o en contrato individual.

El art. 12.4.a) ET requiere de la exacta determinación del *quantum* de la jornada ordinaria respecto de uno -indistintamente- de los parámetros en el señalados, el día, la semana, el mes o el año. De nuevo se asume legalmente la posibilidad de distribución flexible a lo largo del año y la innecesariedad de identificación de la cantidad de jornada respecto de todos y cada uno de aquellos⁶⁸. En cuanto a la distribución de la jornada ordinaria, no identifica en absoluto las exigencias mínimas respecto de aquélla, si bien, en nuestra opinión el requisito de constatación de la distribución de dicha jornada no tiene sentido si ésta es irregular y no se concreta respecto de todas y cada una de las referidas dimensiones en las que dicha colocación sea variable, es decir, horas al día, días a la semana, semanas al mes y meses en el año, así como el horario⁶⁹. Descartamos, por consiguiente, la interpretación que por el momento resulta mayoritaria entre la doctrina y que viene a negar la necesaria concreción de los periodos de prestación de trabajo a tiempo parcial en todos y cada uno de los referidos módulos, así como, particularmente, del horario⁷⁰. Más concretamente, sectores doctrinales a partir de la nueva redacción del art. 12.4.a) ET consideran

⁶⁷ En contra, sectores doctrinales plantean la posible licitud de tales cláusulas elásticas a partir de la nueva redacción del art. 12.4.a) ET: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 123 y 124.

⁶⁸ Para la certeza del *quantum* de jornada contratada así como para la verificación de los umbrales del trabajo a tiempo parcial basta con su fijación en relación a uno sólo de ellos, pudiéndose fácilmente calcular a partir de éste frente al resto mediante reglas de proporcionalidad (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales”, cit., pág. 66).

⁶⁹ En este sentido: D. BENEYTO CALABUIG, “La reforma laboral de 2001”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº. 217, 2001, pág. 72. En contra, parece admitir -aún cuando lo critique duramente por la incertidumbre que pesa sobre la prestación del trabajador- que con la amplitud de la nueva dicción del art. 12.4.a) ET se está admitiendo la posibilidad de que la distribución pactada se remita exclusivamente a uno de los parámetros temporales, incluso el año: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 122 y 123. En el mismo sentido, aceptando expresamente la suficiencia de que figure la distribución anual de las horas: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE y M^a.E. CASAS, “La reforma del mercado de trabajo...”, cit., pág. 15; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “El principio de estabilidad en el empleo. Avances y retrocesos tras la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, Revista de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, nº. 220, 2001, pág. 31. Advierte de la posibilidad de que se esté dando entrada al trabajo a llamada: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001”, Revista de Derecho Social, nº. 15, 2001, pág. 59. Otros autores reconocen que la nueva redacción otorga una mayor flexibilidad al contenido escrito del contrato (M.C. PALOMEQUE, “La versión 2001 de la reforma laboral permanente”, Revista de Derecho Social, nº. 5, 2001, pág. 20), así como que constituye una regresión en la tutela del trabajador y en el conocimiento previo por parte de éste de los aspectos esenciales de la prestación laboral (C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, “Contratación laboral y política de empleo...”, cit., pág. 52).

⁷⁰ Véase nota anterior.

cumplido el deber de distribución con la consignación de la distribución de la jornada en el módulo temporal utilizado para la fijación de la cantidad de aquélla, utilizando como ejemplo más gráfico el del año. En nuestra opinión, la mera fijación de las horas en el año no supone distribución de la jornada, sino cuantificación de la misma. El ejercicio de la distribución sólo se verá realmente cumplido con la segmentación de la cantidad de jornada contratada en cada uno de los módulos en que la misma sea irregular⁷¹. De lo contrario, sencillamente quedaría pendiente de “colocación”, en definitiva, de especificación de la concreta distribución de la jornada del trabajador a tiempo parcial en dichos ámbitos. Y reconocer semejante flexibilidad contradiría la doctrina que subyace en las ya varias veces referidas SS. TS. 17-12-2001, y cuyos argumentos en gran medida consideramos propios como se verá.

Las razones que esgrimimos para afirmar la exigencia de suficiente concreción de la jornada parcial en todos y cada uno de los módulos temporales referidos en que aquélla sea irregular así como de su horario, es decir, la distribución diaria de la jornada, se fundamenta en los motivos que ya hemos venido exponiendo a lo largo de estos dos epígrafes y que pueden reducirse a dos grandes bloques argumentales, el primero –y pese a las dificultades e incertidumbres que supone– referido a las exigencias de determinación del objeto contractual; el segundo, y no menos importante, vinculado a la necesidad de control y al principio de proporcionalidad de los derechos y retribución del trabajador.

El tiempo de trabajo como objeto-prestación del contrato de trabajo, requiere de determinación, bien absoluta bien relativa, tanto en sus aspectos cuantitativos como cualitativos, imprescindibles todos ellos para la existencia del mismo y consiguiente consentimiento respecto de él (art. 1261 y 1273 C. Civ.). En tanto en el contrato a tiempo completo la integración de dicho elemento temporal contratado se hace sin más por la común en la empresa, la fijada en el convenio colectivo o máxima legal, en el contrato a tiempo parcial el conocimiento de la dimensión cuantitativa y cualitativa del tiempo de la prestación y su consentimiento respecto de la misma requiere necesariamente, por el contrario, de identificación en el propio contrato, en defecto de la existencia de medios colectivos similares que faciliten su complemento. Además, la trascendencia de la distribución de la jornada en el contrato a tiempo parcial, así como -caso de distinguirse de aquélla- de su horario, es muy superior a la del común del trabajo a tiempo completo; así lo determinan el mayor espacio potencial de disponibilidad con respeto de los máximos legales y convencionales colectivos, la

⁷¹ El concepto de distribución abarcaría fácilmente el horario diario, la fijación de los periodos de descanso dentro de aquélla, el régimen de turnos, el carácter continuado o partido de la jornada, la jornada flexible, los periodos de descanso semanales, especificación de los días festivos oficiales y adicionales -tales como puentes-, etc. (J. CRUZ VILLALÓN, “La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. Comentario a la sentencia TCT 5ª. S. 7 feb. 1989”, RL, T.I, 1989, pág. 536. Sobre el concepto restringido del “horario”, véase: G. RODRÍGUEZ PASTOR, “El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 24 a 28). Y desde luego, por motivos similares a los expuestos en el texto debe considerarse integrada la obligación de identificación del horario -en sentido estricto- del trabajador a tiempo parcial en el contrato de trabajo o, caso de que no conste aquélla, de integración en el mismo a partir de su posterior especificación (H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 186, 187, 199 a 201). Y ello, con independencia de la posibilidad de fijación en el contrato o por remisión a otra instancia de arcos temporales de flexibilidad del mismo (en la línea intermedia que propugnamos, véase: F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 68 a 71). Si bien se podría considerar igualmente incluido el horario en el término “distribución”, a pesar de que la última redacción del art. 12 ET parece perseguir la eliminación al menos de la obligación de fijación del horario al omitir el término “concreción” que sí se utilizaba en el art. 12.4.a) ET precedente (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Reflexión crítica...”, cit., pág. 59).

dependencia proporcionada del contenido de la relación a la duración de dicha jornada y la funcionalidad del trabajo a tiempo parcial como mecanismo -entre otros- de conciliación de espacios. Por otra parte, caso de que no se fijase en el contrato de trabajo una distribución completa de la jornada y de su horario, ésta quedaría concretada una vez se especificase dicha prestación, integrando el contenido del contrato a partir de dicho momento con lo que, admitir la libre variación de aquélla con apoyo en la indeterminación contractual de los concretos tiempos de prestación vulneraría el art. 41 ET⁷², únicamente soslayable en tanto que los términos de variabilidad estuviesen expresamente pactados a través de una cláusula de flexibilidad en sentido amplio de contornos suficientemente definidos.

En esta visión equiparadora de los requisitos de concreción cuantitativa y cualitativa de la jornada parcial frente a la completa⁷³ es necesario indicar que nuestra doctrina insiste en negar lo que parece configurarse en favor del empresario como un poder omnímodo de fijación de los tiempos de trabajo a través del calendario y por descontado, excluido ese poder de las manos empresariales en caso de fijación y de alteración del horario de trabajo en Convenio Colectivo⁷⁴.

En consecuencia, la exigencia de determinación contractual de los tiempos de prestación, no deriva sólo del hecho de que se trate de un contrato a tiempo par-

⁷² En este sentido parece pronunciarse: D. BENEYTO CALABUIG, "La reforma laboral...", cit., pág. 72.

⁷³ Aún cuando el contrato a llamada no pueda considerarse una discriminación por razón de sexo contraria al Derecho Comunitario caso de admitirse libertad de refutación de la prestación por la trabajadora, dado que en tal caso los trabajadores a tiempo completo cuya jornada y su distribución sí están fijadas, no pueden considerarse en una situación comparable puesto que están obligados a trabajar quieran o no [S. TJCE 12-10-2004, RTJC 2004/288]. Quizá peque tal visión de un excesivo simplismo al olvidar la subordinación económica y jurídica del trabajador base del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo. Desde luego que dicha sentencia no se pronuncia sobre cuestiones atinentes al objeto del contrato, respecto de las que sólo podrá considerarse la legislación nacional.

En contra de lo señalado en el texto, un sector doctrinal ha señalado que la exigencia de fijación contractual de la concreta colocación de los tiempos de prestación, supone hurtar respecto del tiempo parcial la potestad empresarial de elaboración, de fijación del calendario laboral, integrada en el poder de organización y dirección de aquél [M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial", cit., pág. 29. En contra, por las razones que se exponen en el texto y de las que se deduce que dicha exigencia de determinación, salvo en lo que se refiere a su constancia escrita, no es distinta a la de los trabajadores a tiempo completo: C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: aspectos laborales", cit., pág. 68 y 69. En este sentido, véase también: H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 201]. Desde esta perspectiva se parte de la opinión de que la fijación del horario de trabajo es competencia del empresario inscrita en el poder de organización del trabajo en la empresa (J. GARCÍA VIÑA, "Horario de trabajo", A.L., n.º 24, 1999, pág. 465 y 466). Desde luego, la elección de los horarios, adaptación de los ritmos de trabajo, organización por turnos... pertenece a la empresa en cuanto forma parte de las facultades organizativas genéricas directamente deducibles de la libertad de empresa. Pero no forman parte de su poder de dirección, en cuanto no sería especificación de la prestación previamente determinada (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, "La fijación del horario de trabajo", cit., pág. 592 y 593).

⁷⁴ Vid.: R. BODAS MARTÍN, "La jornada laboral", Dickinson, Sevilla, 2002, pág. 69; J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo...", cit., pág. 544 y 545; J.I. GARCÍA NINET, "Ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 51 y 52; F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, "La nueva regulación del calendario laboral y las horas extraordinarias en el RD-L 2001/1986, de 14 de marzo", Revista de Trabajo, n.º 85, 1987, pág. 92 a 94; A. MARTÍN VALVERDE, "Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo", en AAVV, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991, pág. 695 y 702; M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, "La fijación del horario de trabajo", cit., pág. 591, 593 y 594. El calendario, por consiguiente, no puede entrar a modificar la jornada o su distribución de forma sustancial, sino a adaptar, sistematizar, precisar, o, incluso mejorar, el trabajo anual conforme a la regulación autónoma de cada instituto legal o convencional (J.I. GARCÍA NINET, "Ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 51). En este sentido afirman nuestros Tribunales y doctrina que la elaboración del calendario no puede convertirse en una vía de defraudación del art. 41 ET (vid.: B. PENDAS DÍAZ, "El calendario laboral", cit., pág. 668; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La modificación del horario del trabajo", cit., pág. 46).

cial, sino de la individualización del tiempo de trabajo que el mismo, por lo general, supone⁷⁵. Y como contrato a tiempo parcial, resulta esencial a la determinación y certeza del objeto respecto del que prestan su consentimiento las partes la determinación suficiente de la distribución de aquél.

A consecuencia de todo ello, la jornada y el horario se convierten, al igual que sucede caso de que se pacte en el contrato a tiempo completo, en una "condición personal" inabordable desde la instancia colectiva⁷⁶. Y la rigidez que con ello se aprecie, no es tanto el resultado de la individualización de la jornada y de la contractualización de los tiempos de prestación, sino de la expulsión legislativa de toda vía de flexibilización de la distribución que se incorpore al contrato, bien a través de horas extraordinarias o, en su caso, complementarias, bien de la posibilidad de concertación de cualesquiera otros sistemas flexibles de determinación de la jornada.

Respecto al segundo bloque de razones que anunciamos, la concreción de la distribución de la jornada parcial en cada uno de los ámbitos temporales referidos es imprescindible a los efectos de posibilitar un mínimo control de la jornada parcial, la calificación del contrato, y de los derechos proporcionados a la cantidad –y en su caso cualidad– de la jornada. Caso contrario, el respeto a dicha jornada y su verificación como elemento definidor del contrato se estaría dejando en la práctica a la "benevolencia" del empresario, trasladando al trabajador una prueba diabólica caso que aquélla se vulnerase.

Podrían argüirse otras razones, como son las relativas a sus precedentes más similares, en definitiva, el art. 18 RD 2317/93⁷⁷; la interpretación *pro operario* respecto del oscuro mandato del art. 12.4.a) ET; su mejor adecuación a la normativa internacional sobre trabajo a tiempo parcial que valora respecto de su uso y difusión

⁷⁵ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: aspectos laborales", cit., pág. 68 y 69.

⁷⁶ A. MARTÍN VALVERDE, "Modificación de la jornada y del horario de trabajo", cit., pág. 700 a 702.

⁷⁷ En lo que se refiere al precedente más similar a la fórmula actual del art. 12.4.a) ET, el art. 18 RD 2317/93, todo parece indicar, como vino a confirmar el modelo oficial anexo a dicho real decreto e interpretó la doctrina, que implicaba la concreta identificación de la jornada diaria, semanal y, en su caso, mensual y anual, así como de los días de prestación de trabajo y su horario (entre otros: M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo", cit., pág. 160; A. BAYLOS GRAU, "Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo", cit., pág. 143; L.M. CAMPS RUIZ, "La reforma del mercado de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 86, 88 y 89; A. OJEDA AVILÉS, "El nuevo contrato a tiempo parcial", en "Estudios de Jurisprudencia", Revista Colex, n.º. 18, 1994, pág. 58; M.C. ORTIZ LALLANA, "Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 243 y 246; A. PEDRAJAS MORENO, "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo", RL, T.I, 1994, pág. 413, 419 y 423 y en "El trabajo a tiempo parcial", en AAVV, "La reforma del Mercado Laboral", cit., pág. 139). Tales autores, aún siendo cierto que muchos de ellos se inspiraban en cierto modo en el modelo oficial anexo al real decreto además, no obstante, de otras razones relativas a la necesidad de determinación del objeto del contrato y del significado del propio término, no dudaban interpretar la exigencia de constatación de la jornada parcial en las diversas unidades temporales y de su horario. La formulación del art. 18 suponía respecto de sus precedentes la clara posibilidad de la distribución irregular de la jornada parcial y de la amplia gama de sus combinaciones. Las dudas se centraban, por el contrario, en la admisibilidad de las cláusulas de flexibilidad y elasticidad de la jornada, llegando a negar algunos de ellos incluso, como hemos visto en el epígrafe precedente, la determinación relativa del objeto temporal de la obligación. La imprecisión actual de dichos requisitos en el modelo oficial no desmiente el paralelismo entre uno y otro precepto, como tampoco la alteración del orden de los términos; téngase en cuenta que tanto respecto de la cantidad y como de la cualidad de la jornada el art. 18 enlazaba indistintamente los diversos parámetros temporales con la conjunción "o", con lo que la literalidad de éste podría haber resultado aún más dudosa respecto de la necesaria ubicación de los tiempos de prestación en cada uno de dichos módulos. Reconoce también el paralelismo entre los mentados preceptos: C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo...", cit., pág. 52.

la voluntariedad y las necesidades de los trabajadores y, aún más en concreto, al art. 12 de la Recomendación n.º 182 de la OIT. sobre trabajo a tiempo parcial; la prohibición de horas extraordinarias y realización de horas complementarias, que requieren para su verificación y control del previo conocimiento de la cantidad y distribución de la jornada ordinaria⁷⁸; y la ya expuesta posible inconstitucionalidad del precepto en su interpretación más flexible motivada, no sólo por el diverso trato recibido por el trabajador a tiempo parcial en relación con la libre variación de la jornada con vulneración del art. 41 ET, sino por la también expuesta posibilidad de que con ello se estuviere potencialmente impidiendo la efectividad del art. 35 CE. y más en concreto del derecho a un salario suficiente.

Finalmente, lejos de que la interpretación que propugnamos respecto del art. 12.4.a) ET pueda parecer inmovilista y dirigida a dejar sin efecto alguno la intencionada reforma del mismo, admite que se ha producido un trascendente cambio respecto de la regulación precedente en cuando permite –ahora, además, sin contradicciones que se desprendan por vías indirectas como puedan ser las exigencias de contenido prescritas en el modelo oficial– la previsión de pactos de distribución flexible de la jornada parcial ordinaria y, con ello, la variabilidad de la colocación de la misma y la posibilidad de su trasvase dentro de los márgenes pactados, así como la integración de su contenido por remisión a otras instancias y una mayor facilidad, por consiguiente, de la gestión y adaptación de la jornada contratada a lo largo de la vigencia de la relación. Parece evidente, por el contrario, que tales previsiones y facultades estaban excluidas en la anterior versión del art. 12.4.a) ET⁷⁹. Pese a la apariencia inocua, de mero retoque, de la reforma a la luz de los objetivos formalmente reconocidos y de lo puntual de los aspectos afectados por la misma, lo cierto es que con el conjunto de aquellos realmente lo que se produce es un giro trascendental en la visión y hasta funcionalidad misma del contrato. Es lo que la doctrina ha calificado de conversión del contrato en una forma de gestión variable del tiempo de trabajo en detrimento de su categorización como contrato de jornada reducida⁸⁰ a través de la reforma de tres puntos claves o estratégicos, a saber, la desaparición del umbral del trabajo a tiempo parcial, la reformulación del contenido formal mínimo, y la modificación de algunos aspectos de las horas complementarias⁸¹.

Efectivamente, en tanto que en las formulaciones precedentes al RD-L 15/98 las vías de flexibilidad de la jornada a tiempo parcial por omisión de su regula-

⁷⁸ M.C. ORTIZ LALLANA, “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”, RL, T. II, 1998, pág. 243.

⁷⁹ Ya lo hemos visto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 6-3-2002 (RJ. 4657), rechaza la posibilidad de declarar en abstracto la nulidad de las cláusulas-tipo de flexibilidad de horarios –concreción de horarios mensualmente con comunicación con 15 días de antelación, con garantía de un mínimo de jornada anual y diaria- sin atender a si el concreto contrato se rige por la regulación del 98 o del 2001.

⁸⁰ Por todos: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE y M^a.E. CASAS, “La reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»”, cit., pág. 18.

⁸¹ Ampliamente, una exposición global del cambio de tendencia del 2001 respecto de la regulación del RD-L 15/98 en: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 117 a 120. También destacan la magnitud de las modificaciones: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS y M^a.E. CASAS, “La reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»”, cit., pág. 15 a 18, y en “La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»”, RL, n.º. 17, 2001, pág. 3.

ción -salvo la reducida regulación del fijo discontinuo- podrían entenderse dejadas en manos de la negociación colectiva⁸² o, en su caso, de los contratantes⁸³, el art. 12 ET/98 toma partido al respecto y reconduce dicha flexibilidad al cauce único del pacto de las horas complementarias en él previstas. Así se deduce del conjunto del art. 12.4.a) ET/98 y del tenor de su redacción, que exige la estricta identificación de la cuantía y distribución horaria pormenorizada del tiempo de trabajo en el contrato de trabajo a tiempo parcial⁸⁴. Interpretación que se vio confirmada por la modificación que se llevó a cabo en dicho apartado respecto de los fijos discontinuos por el art. 19 Dos la L. 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁸⁵. Unido, desde luego, a la prohibición de horas extraordinarias, a la previsión misma de las horas complementarias, a la excepción del deber de obediencia respecto de aquéllas que no se ajusten a las previsiones legales o convencionales, y a la cons-tricción de éstas a los contratos indefinidos y algunos fijos discontinuos⁸⁶. Finalmente, y completando la orientación tutelar de las previsiones sobre la jornada parcial en la reforma del 98, no podría dejar de tomarse en cuenta el restablecimiento del umbral del contrato a tiempo parcial.

⁸² En términos generales, observa al respecto una relación de complementariedad entre Ley y Convenio a efectos de fijar los márgenes del ius variandi respecto de las modificaciones sustanciales del tiempo de la prestación: J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad de la distribución del tiempo de trabajo. Comentario a la sentencia TCT 5ª S. 7 feb. 1989", RL, T.I, 1989, pág. 538 y 546. También asume la idoneidad del Convenio a tales efectos: M^o.D. ROMÁN DE LA TORRE, "La fijación del horario de trabajo", en AAVV, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991, pág. 598 y 599.

⁸³ Realmente algo debió cambiar en el 98, pese a las opiniones doctrinales expuestas en el epígrafe anterior y que asumi-an las exigencias formales -y subsiguientemente objetivas- como idénticas a las que se proclaman con el RD-L 15/98 a la vista de los precedentes modelos oficiales. Siquiera, porque el tenor literal en el 98, insistimos, ya no deja lugar a dudas, en tanto con anterioridad, creemos, dejaba abiertos cauces legítimos de flexibilidad marginal previstos por las partes o por Convenio Colectivo, y, en opinión de un sector doctrinal, también el fomento indirecto de prácticas abusivas [C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 66]. Del cambio de redacción cabe deducir, en consecuencia, una intención rigidificadora (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...", cit., pág. 34). De hecho bajo la regulación del 93 se destaca por la doctrina la previsión en Convenios o sencillamente la práctica contractual de cláusulas de flexibilidad de la jornada parcial o fórmulas de determinación de ésta y su colocación calificables muchas de ellas como de "trabajo a llamada", como pueda ser, sencillamente, la ausencia total de distribución, con fijación exclusiva del número de horas contratadas [C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales", cit., pág. 67 y 68; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 84. Ejemplos de Convenios Colectivos que preveían de una u otra forma jornadas parciales flexibles en: J. GARCÍA BLASCO, "El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 49; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "Trabajo a tiempo parcial", en AAVV, "Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva", CES, Madrid, 1998, pág. 349 y 350; J. LÓPEZ GANDÍA, "Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)", A.L., n^o. 14, 1996, pág. 323 y 324 -aún con dudas sobre su legitimidad-]. Así lo corroboran, por lo demás, las aireadas críticas vertidas por las organizaciones empresariales en relación a este apartado a) del párrafo 4 del art. 12 ET/98.

⁸⁴ El requisito del art. 12.4.a) ET/98 de constatación por escrito y en modelo oficial del "número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios", es, desde luego, un inciso problemático en cuanto a su conveniencia en opinión de las organizaciones empresariales y de diversos sectores de la doctrina, pero no en lo que se refiere a su interpretación; la exigencia de absoluta determinación del objeto contractual -o parte de él, caso de los contratos a tiempo parcial indefinidos- parece incuestionable, a diferencia de nuestra legislación precedente. Y dicho apartado, en definitiva, la exigencia de constatación escrita de duración y distribución absoluta de la jornada ordinaria en todos y cada uno de los módulos posibles de referencia temporal, constituye una norma imperativa, indisponible por la autonomía individual o colectiva (J. GARCÍA BLASCO, "El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 53; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "La incidencia del trabajo a tiempo parcial en las empresas de trabajo temporal", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n^o. 18, 1999, pág. 156).

⁸⁵ A la vista de la imposibilidad de cumplimentación del requisito de absoluta predeterminación de la jornada del fijo discontinuo irregular, denunciada prontamente por la doctrina, el art. 19. Dos, de la Ley 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 312), modifica el párrafo 4.a) del art. 12 ET/98, añadiendo una expresa excepción, que se entiende por consiguiente como única, y regla sustitutoria respecto de la determinación de la duración y distribución de la jornada de aquellos.

⁸⁶ S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...", cit., pág. 34.

Para concluir este epígrafe haremos una breve alusión, en la línea crítica de la rigidez de la jornada del contrato de trabajo a tiempo parcial, al posible efecto inverso que las exigencias de determinación de los tiempos de trabajo puedan tener en el fomento de la contratación indefinida a tiempo parcial en las ETTs⁸⁷. En nuestra opinión, la posible incidencia que pueda suponer el contrato a tiempo parcial de las ETTs en el índice de contratación temporal es secundario en relación a las consecuencias que puede implicar la base de su fomento. Me explico. Las soluciones para solventar el expresado desfase en la contratación indefinida a tiempo parcial pasarían hipotéticamente por la utilización de las horas complementarias y cláusulas de flexibilidad no abusivas, la sucesión de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y/o por encauzarlo a través de la contratación fija discontinua. Si la utilización de horas complementarias no parece suficiente, al menos conforme a la regulación legal, ni probablemente interese a nadie⁸⁸ y si la vía de las cláusulas de flexibilidad es difícilmente satisfactoria ante la necesidad de integrar un mínimo plan obligacional –imprevisible en estos casos salvo un denodado esfuerzo de compensaciones y garantías de certidumbre–, la siguiente de las dos suscita dudas sobre su admisión, siendo la tercera vía inadmisibles.

Con la introducción de la modificación sustancial sistemática y programada por estructural a la finalidad del contrato se podría estar imponiendo en la práctica -sobre todo si los tiempos de puesta a disposición son relativamente cortos- una disponibilidad similar a la propia del tiempo completo con ruptura del equilibrio contractual, y una utilización torticera de la institución regulada en el art. 41 ET, por la razón básica de que no serían “modificaciones extraordinarias” de la prestación pactada, sino que ésta se encontraría prácticamente indeterminada, y sometida a sucesivas determinaciones conformes a las aleatorias necesidades de la ETT⁸⁹. Y es precisamente esa aleatoriedad en las necesidades a cubrir y en su actualización la que excluiría igualmente la posibilidad de asimilación de la actividad de las ETTs a la de las empresas de temporada y la utilización del fijo discontinuo⁹⁰.

⁸⁷ En este sentido: F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “La incidencia del trabajo a tiempo parcial en las empresas de trabajo temporal”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º. 18, 1999, pág. 153 a 157. Destaca también el autor las dificultades del uso del trabajo a tiempo parcial temporal por similares motivos de rigidez de la jornada ordinaria bajo el régimen del 98, a los que deben sumarse la prohibición de realización de horas extraordinarias comunes y la imposibilidad de pactar horas complementarias.

⁸⁸ Las ETTs difícilmente estarán interesadas, sobre todo bajo la regulación del 98 ante el riesgo de consolidación de aquéllas (en este sentido, críticamente: F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “La incidencia del trabajo a tiempo parcial en las empresas de trabajo temporal”, cit., pág. 155 y 156).

⁸⁹ En cierto modo dándonos la razón, las sucesivas variaciones -en este caso de la jornada- no constituyen modificaciones sustanciales del art. 41 ET sino producto de una facultad de variación inserta en el propio objeto del contrato: C. GALA DURÁN, “Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias”, Colex, Madrid, 1998, pág. 121 y 122. Y ello aún cuando nada parezca impedir técnicamente que se reiterare la referida modificación ex art. 41 ET, por cuanto a efectos de la misma no se limita en absoluto la frecuencia de las mismas.

⁹⁰ De eliminarse los trazos esenciales del fijo discontinuo y, en particular, el elemento característico de la regularidad o periodicidad, se estaría introduciendo la disponibilidad absoluta del trabajador y una total indeterminación de los tiempos de prestación. En esta dirección, advierte de la mayor indeterminación de los contratos de puesta a disposición que la de los fijos discontinuos: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 200. Así como del peligro de constituirse en un trabajo “a llamada”: J. CRUZ VILLALÓN, “El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal”, en AAVV –Coord. M.R. ALARCÓN Caracuel-, “La reforma laboral de 1994”, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 98. Además, el criterio de la determinabilidad del objeto ya no sería de carácter objetivo sino relativo a necesidades empresariales dependientes del flujo de la demanda y cuya pretendida causalidad sólo perseguiría la asunción por el trabajador de los riesgos empresariales (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 200). En este sentido, nos parece ejemplificadora la S. TSJ. Andalucía/Granada 25-6-2001 (AS. 822), que

2.2 El difícil ajuste del fijo discontinuo a tiempo parcial a los requisitos de fijación de la jornada del Art. 12.4.a) ET

Una vez incorporado en el 93 el fijo discontinuo al tipo contractual a tiempo parcial, el común de la doctrina destacó la dificultad de aquél para atender las exigencias formales previstas con carácter general para el contrato a tiempo parcial, sobre todo respecto de la modalidad fija discontinua irregular en que la incertidumbre característica de sus tiempos de prestación hacían y hacen imposible el cumplimiento de los requisitos formales de concreta predeterminación en el contrato de los aspectos cuantitativos de la jornada, así como de los cualitativos vinculados a aquellos⁹¹. Por otra parte, la rigidificación del concepto, regulación de la jornada y requisitos formales del contrato a tiempo parcial con el RD-L. 15/98, hizo aún más evidente la necesidad de adaptación de las exigencias de identificación del objeto contractual a las singularidades propias del contrato a tiempo parcial fijo discontinuo de fechas inciertas. A ello vino a dar respuesta la modificación introducida por el artículo 19.2 de la L. 55/99, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. A partir de ese momento, el art. 12.4.a) segundo párrafo ET/99 recoge un contenido mínimo, una exigencia de determinación del objeto contractual del fijo discontinuo irregular funcional a la incertidumbre que lo caracteriza en cuanto a las fechas de actualización y, consiguientemente, de la entidad de la prestación. Y puede comprobarse que tal formulación se mantiene tras la reforma del 2001, si bien trasladada al segundo párrafo del art. 15.8 ET en lógica correspondencia con la segregación del fijo discontinuo irregular respecto del contrato a tiempo parcial. No se exige, por ser de cumplimiento imposible, la exacta cuantificación de la prestación de trabajo. La delimitación del objeto contractual temporal sólo puede hacerse en función de criterios de determinabilidad, que permiten, no obstante y por lo gene-

niega el carácter de fijo discontinua a camarera de pisos de Hotel que es requerida por éste en función de las necesidades esporádicas del mismo, puesto que está ausente la nota de la periodicidad o necesidad cíclica y homogénea de las tareas desempeñadas en la empresa. En un supuesto similar –camarera de pisos-, también niega su carácter fijo discontinuo por la ausencia de la nota de periodicidad –regular, homogénea...- de las necesidades, así como el carácter eventual por su permanencia y ausencia de forma escrita: S. TSJ. Andalucía/Granada 6-3-2001 (JUR. 2001/194558). Y, por no ser fijas discontinuas las lavanderas de Hotel que podríamos designar también como «a llamada» no tienen derecho a prestación de desempleo [SS. TSJ. Galicia 19 y 28-11-2001 (JUR. 2002/10986 y 24409)]. Como respuesta inversa pero que sigue la misma lógica, no son fijos discontinuos –y los camareros que realizan extras puesto que su prestación, aún asidua, carece de las notas de regularidad u homogeneidad propias de dicha modalidad contractual [S. TSJ. Madrid 31-10-2001 (AS. 2001/4473)]. Y nuevamente, se recuerda para un supuesto morfológicamente muy similar, si bien con la trascendental –en mi opinión- importancia de que se trata de una empresa de temporada, la ilegitimidad del contrato eventual intermitente o a llamada [S. TS. 17-12-2001, RJ. 2028 y 2116)]. Y se insiste, otra vez, en la objetividad de los tiempos de prestación del fijo discontinuo y en el carácter integrador del objeto del contrato del régimen jurídico suficientemente determinado de llamamiento y cese del trabajador [S. TS. 7-3-2003 (RJ. 2003/4499)].

Pero alguna sentencia ha admitido la contratación fija discontinua realizada por ETTs ex art. 15.8 ET. para la puesta a disposición de los trabajadores contratados para labores de reparto y clasificación postal con empresa usuaria, surgido en cumplimiento de un acuerdo de empresa de la ETT con los representantes legales de los trabajadores, siendo los llamamientos y ceses por orden de antigüedad en virtud de dicho pacto [S. TSJ. Madrid 29-4-2003 (AS. 2003/3268)]. La sentencia, que resuelve una reclamación por despido que reconoce como mero cese, no entra a valorar la legitimidad “objetiva” del contrato, que la da por válida e integrada en el art. 15.8 ET.

⁹¹ Por ejemplo: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales”, cit., pág. 71; A. BAYLOS GRAU, “Trabajo a tiempo parcial, fijo discontinuo y contrato de relevo”, cit., pág. 154 y 155; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 237; A. PEDRAJAS MORENO, “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 419 y 429; S. DEL REY GUANTER Y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido”, cit., pág. 29; J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 52, 62 y 79.

ral, un conocimiento aproximado o estimativo de la duración de la campaña y de la prestación del trabajador en concreto⁹².

Muy distinto del supuesto del fijo discontinuo irregular (y por descontado del periódico) con jornada reducida al interno de la temporada, que requerirá del cumplimiento de los requisitos formales comunes del contrato de trabajo a tiempo parcial⁹³. Resulta evidente, no obstante, que muchos de esos datos pueden ser desconocidos en el momento de la contratación del fijo discontinuo irregular, y aún durante la prestación misma de la actividad por lo que el sentido común impondrá la limitación de tal exigencia documental a los que efectivamente sea posible. Sin embargo, en nuestra opinión, no cabe la expulsión sin más de la jornada parcial en el fijo discontinuo irregular⁹⁴, es decir, no cabe propugnar la exclusiva verticalidad de la reducción de jornada en el fijo discontinuo de campaña incierta, en cuanto no sólo no está expresamente prohibida, sino que estuvo implícitamente recogida en el art. 12.5.b) ET/98 respecto de las horas complementarias y, según defendimos en el Capítulo II, expresamente permitida ahora en el párrafo tercero del art. 15.8 ET. Recuérdese que en su momento defendimos que precisamente uno de los motivos de la remisión al Convenio Colectivo sectorial de la utilización de la jornada parcial en el fijo discontinuo del último párrafo del art. 15.8 ET responde a estas necesidades de ajuste –que no de autorización de su uso– respecto de la cuantificación, verificación y cumplimiento de requisitos formales generales del art. 12 ET. Es más, las exigencias de constatación de la distribución de la jornada del trabajador a tiempo parcial a partir del RD-L 5/2001 son bastante más flexibles, con lo que se facilita la opción que se mantuvo respecto de la regulación precedente como vía de superación de las dificultades prácticas.

⁹² En cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de constatación de la jornada laboral estimada y su distribución horaria, sectores doctrinales propusieron la suficiencia de la indicación de las mismas en referencia a una determinada unidad temporal, por lo común el día o la semana, previsiblemente como módulos de cálculo y distribución de mayor garantía en el fijo-discontinuo irregular, en cómputo semanal y diario (J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 119), o un principio lógico informador de esta obligación, que es la de no exigir más de lo que pueda cumplirse, y en esta línea forzar a cumplimentar únicamente los datos conocibles (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 72). Por ejemplo, también GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ excepcionó a los fijos discontinuos irregulares de la determinación pormenorizada de los tiempos de prestación, aunque no de los momentos en que la misma debiera desarrollarse (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 237). Más flexible, PEDRAJAS MORENO, resolvía estas dificultades de formalización con la genérica fórmula de que las condiciones se concretaran cuando llegue la campaña (A. PEDRAJAS MORENO, “Nuevo diseño legal...”, cit., pág. 429). No en vano, antes de la incorporación del fijo discontinuo al contrato a tiempo parcial la distribución de la jornada se hacía conforme con la duración establecida en el convenio, por medio de Calendario Laboral, pactado con los representantes de los trabajadores (J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 119). El legislador del 99 –y el del 2001, consiguientemente– opta por seguir esta línea según confirma el modelo oficial, conforme a la cual por la exigencia de constatación de la “jornada laboral estimada y su distribución” debe entenderse cumplida con la identificación de la jornada diaria estimada dentro del periodo de actividad y por su distribución horaria también –parece– en dicho módulo. Dada la ambigüedad o amplitud que admite la fórmula contractual y la consiguiente inseguridad jurídica, ESCUDERO y MERCADER proponen la concreción –o especificación– de la jornada y su distribución respecto del concreto trabajador al inicio de la campaña (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, “Modificaciones...”, cit., pág. 97). En nuestra opinión, dicha especificación es propia de la elaboración del calendario laboral, como argüimos en el texto, por su finalidad y ámbito colectivo y por su fácil gestión. La especificación pormenorizada de la prestación que corresponde al concreto trabajador, en muchas ocasiones, ni siquiera será posible al comienzo de cada ciclo de actividad.

⁹³ Aún más flexiblemente de cómo nos expresamos, parece exonerar totalmente del cumplimiento de tales requisitos: J. CABEZA PEREIRO, “La perspectiva del tiempo parcial ...”, cit., pág. 3024.

⁹⁴ Sin embargo algunos autores decididamente consideraron incompatibles ambas modalidades contractuales cuando de fijo discontinuo inestable se tratase (J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 125).

La articulación de los requisitos formales propios de la jornada parcial, en consecuencia, se verterán sobre los datos ciertos de que se disponga, y la cuantificación de la jornada ordinaria y reducción que supone así como su distribución, se concretarán normalmente de forma exclusiva sobre la jornada diaria o, a lo sumo -probablemente-, semanal a tiempo completo⁹⁵. Estos referentes temporales, por otra parte, serán comúnmente los más útiles a efectos de la verificación de la jornada parcial delimitada respecto de la menor jornada vertical estructural del fijo discontinuo dentro de la campaña derivada de la irregularidad de la prestación.

En definitiva, si comúnmente se ha destacado por la doctrina la escasa utilización de la jornada a tiempo parcial en el contrato fijo discontinuo de campaña incierta, en el que, por lo general lo que se produce es el fenómeno inverso, es decir, la explotación intensiva de la mano de obra en el ciclo de actividad⁹⁶, la configuración normativa del contrato a tiempo parcial a lo largo de nuestra historia normativa, se le ha revelado disfuncional, al menos en lo que a los requisitos de formalización se refiere⁹⁷. Tanto más cuando el contrato a tiempo parcial requiera ocasionalmente por el legislador no sólo de una cuantificación de la jornada, sino de estricta predeterminación de aquélla en el momento de la contratación. Por otra parte, la "voluntariedad" de la cantidad y calidad de la jornada no casan bien con un contrato fijo discontinuo de campaña irregular de jornada reducida dentro de aquélla. No obstante, para los supuestos en que aquél resulte conveniente, las dificultades no resultan en absoluto insuperables, y pueden considerarse muy similares tanto éstas como su resolución a las anteriores a la subsunción de la modalidad en el contrato a tiempo parcial en el 93. En esta línea, no resultaría novedoso proponer además de lo visto, por ejemplo, la previsión de cláusulas de salvaguardia que concreten temporada tras temporada por el empresario la adecuación de los elementos esenciales referidos a modo de calendario laboral más o menos individualizado...; recuérdese el -en ocasiones- criticado⁹⁸ hábito de formalizar un contrato en cada temporada o campaña⁹⁹, y que muy bien podría

⁹⁵ Ya advirtió la doctrina que estos eran los módulos temporales más fiables para medir y distribuir la jornada del fijo discontinuo irregular: J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 119.

⁹⁶ B. RIOS SALMERÓN, "La contratación de trabajadores fijos discontinuos", cit., pág. 25 y 32; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo", PPU, Barcelona, 1991, pág. 115 a 117.

⁹⁷ De imposible cumplimiento en el fijo discontinuo irregular: J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 79. Lo que ha provocado que algún autor considerase la incompatibilidad del trabajo a tiempo parcial y el fijo discontinuo irregular (J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos", Bosch, Barcelona, 1990, pág. 125).

⁹⁸ Por contribuir a la apariencia de la multiplicidad de contratos temporales, por ejemplo: J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 144; J. TARRAGA POVEDA, "Los trabajadores fijos discontinuos...", cit., pág. 46 y 47.

En cambio, otros autores recomiendan la documentación escrita de cada período de actividad laboral del trabajador por razones prácticas y de tutela de los derechos del trabajador en relación a la facilitación de la obligación de llamamiento, asimilación del alta en la Seguridad Social, acreditación de la situación de desempleo, etc. (V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, "El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico", REDT, nº. 36, 1988, pág. 593).

⁹⁹ Que desde luego no puede entenderse en sentido propio como un contrato, puesto que esté se celebra una sola vez, sin que afecte a la naturaleza fija discontinua la apariencia de sucesivos contratos (J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos", cit., pág. 144; J. TARRAGA POVEDA, "Los trabajadores fijos discontinuos...", cit., pág. 46 y 47; J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 77).

servir, siempre con respeto de la antigüedad, como acuerdo novatorio¹⁰⁰, o bien como mera concreción o complementación para la campaña de que se trate de los criterios básicos marcados en el contrato¹⁰¹. En última instancia se tendría que acudir al procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET para alterar la distribución¹⁰², escasamente útil, no obstante, por la exigencia de preaviso de 30 días a la fecha en que será efectiva la modificación (art. 41.3 ET)¹⁰³.

3. Instrumentos de tutela del equilibrio contractual desde la perspectiva del objeto del contrato a tiempo parcial

3.1 Forma, contenido esencial y formalidades en el contrato a tiempo parcial. Consecuencias de su incumplimiento

Ya lo hemos dicho, el artículo 12.4.a) ET requiere, como tradicionalmente se ha venido exigiendo en las precedentes regulaciones de la modalidad contractual, la formalización escrita y en modelo oficial del contrato de trabajo a tiempo parcial. Excepciona el principio general de libertad de forma de los art. 1278 C. Civ. y 8.1 ET en atención a las peculiaridades o caracteres típicos del contrato frente al común indefinido y a tiempo completo y de la consiguiente necesidad de seguridad, certidumbre y prueba respecto de aquellos, siempre con la finalidad prevalente de tutela del trabajador¹⁰⁴. Nuestra doctrina y jurisprudencia ha reconocido indubitadamente su valor *ad probationem*¹⁰⁵ en virtud del referido principio general de libertad de forma, únicamente excepcionado cuando expresamente se exija; y, por supuesto directamente, en razón de la admisión de prueba en contrario de la presunción de celebración por tiempo indefinido y a jornada completa del contrato no formalizado por escrito (art.

¹⁰⁰ El mutuo acuerdo es una de las vías de actualización del pacto en cada temporada (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.R. MERCADER UGUINA, "Modificaciones...", cit., pág. 97).

¹⁰¹ En un sentido similar, un sector doctrinal propuso respecto de la identificación contractual de la duración y distribución de la jornada de los fijos discontinuos de campaña incierta, la cumplimentación de la cláusula segunda del modelo oficial del contrato a tiempo parcial, hábil bajo la regulación anterior, con una fórmula por la que se remitía su concreción al momento en que llegue la campaña (A. PEDRAJAS MORENO, "Nuevo diseño legal...", cit., pág. 429).

¹⁰² R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J.L. MERCADER UGUINA, "Modificaciones...", cit., pág. 97.

¹⁰³ Cuyo incumplimiento determinará que la medida no sea ejecutiva, pudiendo el trabajador ejercitar su ius resistientiae (C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, "El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo", Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 147).

¹⁰⁴ Por todos: M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma del contrato de trabajo", Revista de Trabajo y Seguridad Social, n.º. 17, 1995, pág. 140 y 146; M.ª E. CASAS BAAMONDE, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 427; M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo...", cit., pág. 758; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 113 y 115; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 27; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 258, 261 a 263.

¹⁰⁵ O conforme a la clasificación clásica de BAYÓN CHACÓN, forma declarativa o constitutiva relativa (G. BAYÓN CHACÓN, "Los problemas de forma en el contrato de trabajo", Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 336 y 337. Clasificación que también asume, por ejemplo, ARRUE MENDIZÁBAL, y que advierte de la frecuente utilización atécnica del término *ad probationem*, puesto que en sentido estricto implica la reducción de los medios de prueba a la forma prescrita por el derecho (M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma del contrato de trabajo", Revista de Trabajo y Seguridad Social, n.º. 17, 1995, pág. 139). Nosotros utilizamos igualmente tal expresión en el sentido atécnico expuesto.

8.2 y 12.4.a) ET), conforme también al valor general de las presunciones como *iuris tantum* salvo cuando expresamente se excepcione dicha prueba (art. 1251 C. Civ.)¹⁰⁶. Por tanto, la ausencia de forma no afectará a la validez, nulidad o naturaleza del contrato a tiempo parcial, consecuencias naturales a la forma *ad solemnitatem* o constitutiva, provocando única y exclusivamente el surgimiento de la referida presunción de contrato común, es decir a tiempo completo, desvirtuable mediante prueba en contrario¹⁰⁷. Y, por supuesto, sin detrimento de la virtualidad de la presunción general de

¹⁰⁶ Por ejemplo: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 76; M. GARCÍA PIQUERAS, "Los contratos de trabajo temporales. El empleo incentivado", Comares, Granada, 1993, pág. 323 y en "Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral", Comares, Granada, 1995, pág. 252; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 114; M. IGLESIAS CABERO y J.Mª. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial", cit., pág. 28; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 27 y 29; A. MARTÍN VALVERDE, "La nueva regulación del trabajo a tiempo parcial", Derecho de los Negocios, nº 99, 1998, pág. 61; Mª.C. ORTIZ LALLANA, "Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 246.

Situación muy diferente de la vivida en la regulación italiana del contrato de trabajo a tiempo parcial en que sí ha sido discutida duramente la naturaleza de la exigencia de formalización escrita del contrato recogida en el art. 5 del D.L. nº. 726/1984 (convertido con modificaciones en la ley nº. 863/1984), hasta producirse un cambio de sentido por el decreto legislativo de 25 de febrero de 2000 en que es zanjada la cuestión a través de los primeros incisos de los art. 2.1, y 8.1 del Real Decreto Legislativo de 25 de febrero de 2000, definiendo claramente éste último la naturaleza ad probationem de la exigencia de forma escrita que dispone el primero. Previamente, como decimos, la discusión doctrinal fue intensa, en tanto que los Tribunales se decantaron prevalentemente por la consideración de aquella como forma *ad substantiam*. Entre la doctrina, compartieron la postura jurisprudencial por ejemplo: F. AMATO, "La disciplina legale del lavoro a tempo parziale: l'art. 5 della legge 19/12/84, nº. 863", cit., pág. 349; G. FONTANA, "La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico", RIDL, nº 3, 1993, pág. 344 a 346; A. LORUSSO, "Forma scritta e determinazione dell'orario de lavoro nel contratto a «part-time»" (nota a la S. Corte Costituzionale nº. 210), cit., pág. 449). Otros han considerado que la forma escrita era exigida como requisito ad probationem o como mero requisito de mera regularidad contractual [A. ALESSE ("Il lavoro a tempo parziale: considerazioni critico-esegetiche sull'art. 5 della legge 19 Dicembre 1984 nº. 863", RIDL, 1988, nº. 2, pág. 232), M. BROLLO, "Il lavoro subordinato...", cit., pág. 135, y en "La forma...", cit., pág. 342].

¹⁰⁷ Puesto que la ausencia de forma escrita no veda la calificación del contrato como a tiempo parcial, dependiente aquella de su propio contenido [SS. TSJ. Cataluña 5-5-1992 (AS. 2809); TSJ. Comunidad Valenciana 12-11-1992 (AS. 5874); S. TSJ. Madrid 5-7-2004 (AS. 2385)]. En ausencia de forma escrita y en virtud de dicha presunción del art. 8.2 ET, son fijas a tiempo completo: S. TSJ. Cataluña 2-2-2001 (AS. 421) y S. TSJ. Galicia 23-3-2001 (UUR 129448).

Siempre en referencia a la relación común, según destacan algunos autores, dado que conforme al art. 2.2 ET caso de tratarse de una relación laboral de carácter especial habrá que acudir a su regulación específica (M. GARCÍA FERNÁNDEZ, "La forma del contrato de trabajo", cit., pág. 340). No obstante, una vez que se admita la transversalidad del contrato a tiempo parcial y las diversas relaciones laborales especiales, procederá la aplicación de la regulación propia de tal modalidad contractual y, consiguientemente, las exigencias formales y consecuencias de su incumplimiento, es decir, la presunción de jornada completa. Nada cabe cuestionarse respecto de la aplicación de la regla discutida en el trabajo a tiempo parcial de los deportistas profesionales (vid. art. 4.2 RD 1006/1985, 26-6), ni de los artistas en espectáculos públicos (art. 5.2 RD 1435/85; vid.: O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "La forma ...", cit., pág. 213 y 214; R. ROQUETA BUJ, "El trabajo de los artistas", cit., pág. 18 a 20 y 62), ni de los minusválidos en centros especiales de empleo (art. 7.1 RD 1368/85, de 17 de julio; vid.: P. TUSET DEL PINO, "La contratación de trabajadores minusválidos", Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 158 y 159; en contra: O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "La forma ...", cit., pág.214), como tampoco la contratación especial de estibadores portuarios cuando se celebre un contrato común a tiempo parcial con una empresa estibador (art. 10, segundo párrafo y art. 19 del RD-L. 2/1986, 23-5; vid.: P.T. RODRÍGUEZ RAMOS, "La relación laboral especial de los estibadores portuarios", Trotta, Valladolid, 1997, pág. 319), o la del personal civil no funcionario en establecimientos militares (art. 11 RD. 2205/80, 13-6). No parece tampoco que la indiferencia de la celebración por escrito o de palabra del art. 4.1 RD 1424/85, de 1-8, respecto de la relación especial de servicio del hogar familiar pueda razonablemente interpretarse como una excepción de las exigencias del art. 12.4.a) ET, tanto más a la vista de la remisión implícita a la regulación de cada modalidad contractual en el Estatuto de los Trabajadores del art. 4.2 RD. Las relaciones más problemáticas al respecto serán las del personal de alta dirección y de los representantes de comercio, dada la relación de fuentes de regulación del art. 3 RD 1382/1985 y art. 12 RD 1438/85 -aún cuando respecto de éstos últimos el art. 2 RD exige la forma escrita-. Por ello, y por razón de las particularidades relativas a la jornada de estos colectivos, sectores doctrinales excluyen las exigencias comunes de forma del contrato de trabajo a tiempo parcial y las consecuencias de su incumplimiento respecto del personal de alta dirección y mediadores mercantiles (O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "La forma ...", cit., pág. 211 y 212; A.L. DE VAL TENA, "El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico", Cívitas, Madrid, 2002, pág.123). No obstante, la S. TSJ. Baleares 8-5-1996 (AS. 1588) extiende in cuestionadamente al personal de alta dirección la exigencia de formalización escrita del contrato de trabajo a tiempo parcial y la presunción, caso contrario, de su celebración a jornada completa salvo prueba en contrario de la parcialidad de su jornada. También la Circular de 11

celebración por tiempo indefinido (art. 8.2 ET); ambas presunciones, pueden considerarse como dos compartimentos estancos prácticamente incomunicados dada la transversalidad de la jornada parcial¹⁰⁸. Por otra parte, el incumplimiento del deber de formalización escrita constituirá a su vez infracción administrativa grave (art. 7.1 RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones)¹⁰⁹.

La exigencia de forma a efectos de la presunción del art. 12.4.a) ET únicamente viene referida respecto de su formalización escrita y no frente a su documentación en modelo oficial cuyo incumplimiento sólo constituirá a lo sumo infracción administrativa de carácter leve (art. 6.6 RD Leg. 5/2000)¹¹⁰ o provocará consecuencias de orden económico, tales como pérdida o, mejor, no alcance de las ventajas económicas que se prevean en favor del trabajo a tiempo parcial, o, conforme a regulaciones precedentes, la inaplicación del sistema especial de cotización de la modalidad

de febrero de 1998 de la TGSS (I.L. 671) que se pliega a la doctrina sentada por la S. TS. 4-2-1997 (RJ. 975) sobre la transversalidad del contrato a tiempo parcial y la relación laboral de alta dirección, y tras variar su criterio precedente y admitir que el personal de alta dirección esté sujeto a un contrato de trabajo a tiempo parcial con las correlativas consecuencias de cotización a la Seguridad Social, advierte expresamente sobre “la necesidad de que dicha modalidad contractual conste por escrito, de conformidad con lo establecido en el art. 8.2 del ET, en la redacción dada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, y de que figure la distribución de la jornada de trabajo”. En definitiva, admitido en tales relaciones especiales que las partes puedan libremente concertar una jornada inferior constitutiva de un contrato a tiempo parcial, como tal está sometido a la regulación general del mismo como modalidad contractual en lo que no contradiga a su régimen especial, como asegura la S. TS. 4-2-1997, respecto del art. 12 ET, y en concreto de lo que recogía en cuanto a las bases de cotización.

¹⁰⁸ La lista de sentencias demostrativas de ello sería interminable. Baste una limitadísima muestra: S. TSJ. Asturias 17-12-1999 (AS. 4119); S. TSJ. Murcia 3-11-1998 (AS. 4430); S. TSJ. Valencia 6-2-1996 (AS. 1061); S. TSJ. Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 27-7-1992 (AS. 3768). Aunque la demostración del carácter fijo-discontinuo o, más concretamente, fijo periódico, lleva necesariamente aparejada la de realización de una jornada anual inferior a la completa. Pero también ello supone, a su vez, la más clara muestra de la independencia de la jornada respecto de la duración del vínculo [por supuesto, sin ánimo exhaustivo: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 22-12-2003 (JUR 2004/68241); S. TSJ. Cataluña 22-5-2002 (JUR. 190448)]. La necesidad de forma escrita y la presunción de celebración a jornada completa del art. 8.2 y 12 ET no se extiende a las prórrogas del contrato, en cuyo caso habrá que acudir a la regulación específica de la modalidad contractual temporal de que se trate y que regula de forma común, también para el contrato a tiempo parcial, dicha exigencia y las consecuencias de su incumplimiento [S. TSJ. Castilla-La Mancha 27-11-1998 (AS. 4254)]. Ahora bien, la conversión en indefinido del contrato temporal a tiempo parcial por continuación del trabajador en la actividad tras finalización del mismo conlleva la aplicación de presunción de celebración a tiempo completo del art. 8.2 y 12.4.a) ET [S. TSJ. Murcia 15-5-2000 (AS. 1732)].

¹⁰⁹ Referida, en opinión de un sector doctrinal y por razones de tipicidad, exclusivamente al incumplimiento del deber de formalización por escrito y no de constatación del contenido mínimo, que sería una infracción de carácter leve enmarcable en el art. 6.6 RD Legislativo 5/2000 (O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, “La forma...”, cit., pág. 243 y 246). Tal levedad, no puede ser admisible cuando de datos tan trascendentes se trate, desvirtuando precisamente la finalidad de la celebración escrita del mismo de manera tal que deba considerarse equiparada o inmersa en el art. 7.1, y salvada siempre la posibilidad de que suponga un fraude de ley (art. 7.2 de la citada norma).

¹¹⁰ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 70; M. ARRUE MENDIZÁBAL, “La forma...”, cit., pág. 157; M. GARCÍA FERNÁNDEZ, “La forma del contrato de trabajo”, cit., pág. 340 y 341; F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 30. La Disposición final 1ª del RD-L 15/98 autoriza al Director general del Instituto Nacional de Empleo para aprobar los modelos de contrato a tiempo parcial a que se refiere el art. 12.4.a) ET, lo que constituye una desnormativización del mismo, ya que hasta el momento tales han venido fijados en Anexos de los reglamentos de desarrollo (A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 245 y 246) y, consiguientemente según dictado de la S. TSJ. Murcia 16-4-1998 (AS. 2257), con el mismo rango o fuerza de obligar de la norma reglamentaria a que inseparablemente se anexa en un todo unitario. Respecto de las diferentes consecuencias que otorga la jurisprudencia a la ausencia del contenido exigido normativamente (y su diversa graduación) en los contratos temporales, respecto de la falta de expresión de otros datos exigidos en el modelo oficial, véase: M. ARRUE MENDIZÁBAL, “La forma...”, cit., pág. 151 y 152.

contractual¹¹¹. Tampoco alcanzarán mayores consecuencias el incumplimiento de los deberes de comunicación del contenido del contrato a la oficina pública de empleo (art. 14 RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto)¹¹² que claramente se desgaja a partir del RD 2317/93 del nacimiento de la presunción.

¹¹¹ En tal caso, aún cuando se conociese la cuantificación y distribución de la jornada contratada y desvirtuada la presunción de celebración a tiempo completo, no sería aplicable el régimen específico hasta tanto no se cumplimentase la formalización escrita. Así lo dispusieron el art. 7 y la disposición transitoria primera del RD 1362/81, el art. 10.2 RD 1445/1982 y finalmente, el art. 5.3 RD 1991/84, que fue declarado nulo por las sentencias del Tribunal Supremo, sala de lo contencioso-administrativo, de 5-3-1990 (1823), 9-4-1990 (3069), 4-6-1990 (5418), 21-6-1990 (4681), 11-10-1990 (7441); 3-12-1990 (9703), 18-7-1991 (5997) -modificando su propio criterio, vid. S. TS., sala contencioso-administrativo, de 30-10-1989 (7060)- en aplicación del principio de legalidad y jerarquía normativa, al estar prevista cotización específica del trabajo a tiempo parcial del art. 12.2 ET sin condicionante alguno y sin que se habilite al reglamento en ese sentido para su desarrollo. Sentencias posteriores confirmaron reiteradamente este criterio. Sobre la exigencia de forma y el condicionamiento legal de la cotización específica al cumplimiento de dicho requisito, véase: SS. TCT. 4-7-1983 (6413), 22-10-1986 (10053). Véase también, sobre presunción a tiempo completo y por tiempo indefinido en ausencia de pacto y sin formalización escrita: respecto de trabajadora en centros escolares SS. TCT. 21-10-1986 (9964), 6-6-1987 (12471). Desaparecida previsión similar a partir del 93, sectores doctrinales advierten, no obstante, que se encuentra integrada tal consecuencia en la presunción de celebración a jornada completa salvo que se logre demostrar, y aquí reside la diferencia, el carácter a tiempo parcial de la prestación (M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 759; H. MERINO SENOVIÑA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 267). De hecho, a partir de la declaración de nulidad del art. 5.3 RD 1991/84, la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social dirige su actuación sobre la presunción de celebración del contrato a jornada completa salvo acreditación de que la prestación de trabajo lo es a tiempo parcial (Véase: M. GARCÍA PIQUERAS, "Los contratos de trabajo temporales...", cit., pág. 325 y 326). Así, por ejemplo, la S. TS. (contencioso-administrativo) de 5-12-1991 (9025), niega la aplicación del sistema específico de cotización del contrato a tiempo parcial, no en virtud de la ausencia de forma escrita, sino motivado por la falta de acreditación de que la jornada realizada por los trabajadores es inferior a los dos tercios de la habitual en la actividad. También troca la presunción de celebración por tiempo indefinido en la de concertación de jornada completa, aún con solución distinta puesto que efectivamente se acredita la jornada parcial, por ejemplo: S. TSJ. Galicia 22-4-1993 (1930). En este sentido, previamente sectores doctrinales habían señalado que la consecuencia específica de la ausencia de formalización escrita del contrato a tiempo parcial consistía en la presunción de celebración a jornada completa, justificando así la inaplicación del régimen específico de cotización de la modalidad contractual conforme a la sanción prevista en el art. 5.3 RD 1991/84 (F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 76 y en "Modalidades de contratación laboral", cit., pág. 124 y 125). Por el contrario, otros autores, con apoyo en las SS. TCT. 20-9-1983 (7592) y 8-10-1983 (8304), rechazaron bajo las regulaciones precedentes al 93 la presunción de celebración por tiempo completo del contrato no formalizado por escrito en virtud de tres argumentos: uno hermenéutico a partir del examen de los trabajos parlamentarios y el rechazo de dos enmiendas que pretendían establecer tal presunción; otro de derecho positivo fundado en la inexistencia de tal presunción a diferencia de la prevista para la contratación temporal (art. 8.2 y 15.1 y 7 ET/84), y en el desconocimiento de una jornada útil a los efectos de sustitución de la jornada prevista por las partes, dada la amplia libertad de éstas para concertar aquella, únicamente limitada por los máximos legales; y un tercero, vinculado a la escasa relevancia de la presunción dado su carácter *iuris tantum* (F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 28 y 29).

También en esta línea de interpretación de las consecuencias del incumplimiento de forma en el contrato a tiempo parcial, sectores doctrinales denunciaron idéntico exceso reglamentario respecto del art. 18.3 RD 2317/1993, toda vez que se anticipó al art. 8.2 ET -L. 11/94- en la identificación de las consecuencias específicas de la ausencia de forma en el contrato a tiempo parcial (por todos: I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "El contrato a tiempo parcial", R.L., n.º 5-6, 1994, pág. 98; A. PEDRAJAS MORENO, "Nuevo diseño legal...", cit., pág. 424; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "La regulación del trabajo a tiempo parcial: balance y perspectivas", A.L., 1994-1, pág. 171). Por el contrario, en nuestra opinión cabe apreciar una diferencia trascendental a los efectos señalados de respeto del principio de jerarquía normativa y legalidad, y que se funda en una perspectiva distinta de la normativa declarada nula dado su carácter sancionador, en tanto que la presunción actual obedece al reconocimiento -ya deducible de nuestro ordenamiento jurídico laboral- del contrato a tiempo completo como común y se enmarca en el ámbito de la prueba. No obstante, algunos autores ya bajo la vigencia del régimen del 84 negaron los efectos *ex nunc* de la formalización escrita posterior del contrato a efectos de la aplicación del régimen específico de cotización en interpretación correctora del art. 5 RD. 1991/84, en base a tres argumentos: la relativización de la importancia de la forma en el contrato en orden a las sanciones y responsabilidad del empresario para la Seguridad Social, la duplicidad de sanciones por la omisión de forma que supondría para el trabajo a tiempo parcial -y en exclusiva respecto de el-, y la necesaria interpretación restrictiva de tal excepción (A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido", cit., pág. 43).

¹¹² Por todos: M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma...", cit., pág. 160; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo...", cit., pág. 120; M.ª C. ORTIZ LALLANA, "Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 246; A. PEDRAJAS MORENO, "Nuevo diseño legal...", cit., pág. 424. La L. 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha modificado los art. 8.3.a) y 16.1 ET, provocando un cambio en el sistema de registro de los contratos, de manera que el mismo se realizará a través de comunicación del conte-

Queda por resolver si la presunción de celebración a jornada completa abarca además de la forma escrita a su contenido esencial y, caso de que así sea, concretar cual sea éste. Conforme al art. 12.4.a) ET, y claramente a partir del 98, la presunción de celebración a jornada completa se predica tanto de la exigencia de forma escrita como de su contenido esencial, es decir, la cuantificación y distribución de la jornada ordinaria¹¹³. La esencialidad de la constatación de la distribución de la jornada, aún en los términos más flexibles en que ahora se predicen, y el surgimiento de la presunción de celebración a jornada completa en caso contrario, se extrae del tenor literal del segundo párrafo del art. 12.4.a) ET/2001, que al referirse a la observación de las exigencias formales se remite implícitamente también a la constancia

nido del contrato a la oficina pública de empleo. No obstante, y de manera transitoria, la O. 2-1-2001 de desarrollo de los art. 32 y 33 de la citada Ley, fijó el cumplimiento de comunicación mediante la presentación en la oficina pública de empleo de la copia del contrato y de sus prórrogas (vid.: O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "La forma...", cit., pág. 117 a 119; J.R. MERCADER UGUINA, "La opacidad de las Leyes de Acompañamiento. (Materias laborales y de Seguridad Social en la Ley de Acompañamiento para el 2001)", R.L., n.º. 7, 2001, pág. 116). En la actualidad la modalidad y contenido de la comunicación está regulado por el RD. 1424/2002, de 27 de diciembre, y por su Orden de desarrollo TAS/770/2003, de 14 de marzo.

¹¹³ La relación entre el art. 8.2 y el art. 12.4.a) ET es la de especificidad frente a generalidad (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 31), lo que es distinto de afirmar que la ausencia de forma provoca la aplicación del art. 8.2 ET. y la omisión de las condiciones de jornada, el art. 12.4.a) ET (vid.: G. RODRÍGUEZ PASTOR, "El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 132, y en "La distribución de la jornada de trabajo a tiempo parcial. Horas complementarias", cit., pág. 725; A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 246). En nuestra opinión, por el contrario, el art. 12.4.a) ET integra tanto la ausencia de forma como la omisión del contenido esencial puesto que las "exigencias" a que se refiere el segundo párrafo de la mentada disposición se remite al párrafo precedente, y entre aquéllas a la exigencia de forma escrita. Por otra parte, y aún cuando un sector doctrinal interpreta la literalidad del art. 8.2 ET como referida exclusivamente a los defectos de forma escrita y no a los de contenido mínimo, lo cierto es que reconocen igualmente que la Jurisprudencia ha extendido igualmente el art. 8.2 ET a los incumplimientos relativos al mismo al menos en el marco de la contratación temporal (O. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, "La forma en el contrato de trabajo", cit., pág. 185, 186, 191 a 195). Si no se incluyen los elementos esenciales se desvirtúa totalmente la finalidad de la forma.

Los art. 8.2 ET/84 y 5.3 RD 1991/84, atribuyen al incumplimiento de –exclusivamente– forma escrita del trabajo a tiempo parcial la presunción de celebración por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acreditase la naturaleza temporal del mismo. La referida consecuencia en el contrato a tiempo parcial constituía indudablemente una incorrección que fue soslayada por nuestros Tribunales atribuyéndole la presunción de jornada completa (por todos: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 76). Su contenido esencial consistía por creación doctrinal confusamente en la fijación de la duración de la jornada y, con mayores dudas, en la distribución del tiempo de trabajo, sin que las consecuencias previstas para el incumplimiento del deber de formalización aportasen un dato decisivo sobre la identificación de dicho contenido esencial (vid.: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 30 y 31; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", en AAVV -dir. E. Borrajo Ducruz-, "Comentarios a las Leyes Laborales...", cit., pág. 285 a 288).

La integración de la presunción específica de la ausencia de forma en el contrato a tiempo parcial se hace por primera vez en el art. 18.3 RD 2317/93 y, en el art. 8.2 ET tras la L. 11/94 (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 266). Con dicho art. 18 RD 2317/93, de 29 de diciembre, sectores doctrinales limitaron la presunción de celebración a tiempo completo ambiguamente a la no especificación, con suficiente claridad, del carácter parcial de la prestación contratada (M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma...", cit., pág. 156). Otros, en atención a que la cuantificación y distribución de la jornada son los elementos que singularizan la modalidad contractual, o bien atendiendo al contenido del modelo oficial extendieron abiertamente dicho contenido esencial a la distribución de la jornada (por ejemplo: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo...", cit., pág. 115 y 116; A. PEDRAJAS MORENO, "Nuevo diseño legal del trabajo...", cit., pág. 423).

Lo que sí determina claramente la redacción del art. 12.4.a) ET a partir del 98, y con rango legal, es el contenido esencial que debe constatarse a los efectos de la comentada presunción y deja rigurosamente claro en qué deba consistir la prueba en contrario. Pero en tanto que sectores doctrinales han destacado la mayor concreción en la fijación de la jornada ordinaria del trabajador a tiempo parcial que exigió la regulación del 98 respecto de las etapas precedentes (por ejemplo: M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 758), otros autores han valorado como única novedad la legalización del contenido reglamentario (por ejemplo: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 31).

escrita de su distribución¹¹⁴. De hecho, sólo a través de la constancia de tales datos, también de la distribución, puede entenderse cumplida la finalidad tuitiva de la exigencia de forma en el contrato de trabajo a tiempo parcial¹¹⁵. Documentados los datos esenciales del acuerdo de cuantificación y distribución de la jornada convenida, la omisión de los restantes que refiera el modelo oficial carecerán de trascendencia a los efectos de la presunción de celebración a tiempo completo de los art. 8.2 y 12.4.a) ET¹¹⁶.

Es de destacar que en tanto el art. 12.4.e) ET/98 requería para la desvirtuación de la presunción de celebración a jornada completa, tanto de la demostración del carácter parcial como de la distribución pormenorizada de la jornada¹¹⁷, el actual art. 12.4.e) ET, tras el RD-L 5/2001, recuperando la redacción de etapas precedentes, exige exclusivamente prueba de la parcialidad de los servicios. ¿Supone ello una devaluación de la exigencia de constancia de la distribución de la jornada a tiempo parcial a efectos de prueba y calificación del contrato? No parece que pueda considerarse así, no tendría sentido, ni cabe deducirse que nuestros Tribunales lo hayan entendido de tal manera; la diferente redacción, coherente con la mayor flexibilidad que se reconoce a la distribución en el 2001¹¹⁸, no ha supuesto radicalmente una distinta configuración legal de la prueba sobre contrato a tiempo parcial; a lo sumo los términos del 98 han constituido un elemento más, un argumento añadido, para negar la regularidad de las cláusulas abusivas sobre jornada o más ampliamente su indeterminación¹¹⁹. En

¹¹⁴ En contra: M.A. PURCALLA BONILLA y M^a.P. RIVAS VALLEJO, "Los contratos formativos y a tiempo parcial al amparo del nuevo régimen jurídico introducido por el RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo", cit., pág. 11.

¹¹⁵ La necesidad de constatación no sólo de la cuantificación sino también de la distribución se sostiene por tanto desde la perspectiva de la especialidad de la jornada parcial, de su individualización, de la voluntariedad de la misma, y de la exigencia de determinación del objeto contractual sobre el que recae el consentimiento de las partes. Y, por supuesto, desde la observación del régimen jurídico del contrato, más en concreto, de las limitaciones a la distribución de su jornada -por ejemplo, reglas sobre jornada partida- y a la alteración cuantitativa de la misma -prohibición de horas extras y régimen de horas complementarias- que exigen un conocimiento certero de cuál sea la jornada ordinaria y de las que se desprende la aceptación condicionada de dichas variaciones, así como para permitir el control de la misma (J.M^a. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación laboral...", cit., pág. 21 y 22).

¹¹⁶ O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, "La forma ...", cit., pág. 186 y 187; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 118 y 119; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 31.

¹¹⁷ En tanto que el art. 8.2 ET y, en su correspondencia, el art. 9.1 RD 2720/1998, 18-12, de desarrollo del art. 15 ET, configuran la prueba en contrario a la presunción de la jornada completa como una acreditación del carácter a tiempo parcial de los servicios, el art. 12.4.a) ET/98, prevalente por su modernidad y, en todo caso, por su especialidad, requiere la prueba del "carácter parcial de los servicios y el número y distribución de las horas contratadas en los términos previstos en el párrafo anterior", es decir, la concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios (AAVV, "Trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 29 y 31; C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 69 y 70; M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 427; M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del Real Decreto Ley 15/1998", cit., pág. 758 y 759; M.A. PURCALLA BONILLA y M^a.P. RIVAS VALLEJO, "La contratación indefinida a tiempo parcial. Relación laboral, incentivos y protección social", CISS, Valencia, 2000, pág. 43).

¹¹⁸ F. CAVAS MARTÍNEZ, M. CARDENAL CARRO y G. BARRIOS BAUDOR, "Contratación y modalidades contractuales", cit., pág. 50; J.M^a. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación laboral...", cit., pág. 22.

¹¹⁹ Reconoce como contrato a tiempo completo en aplicación de la presunción de celebración del art. 12.4.a) ET al vínculo sometido a la regulación del 98, por no incluir la distribución horaria de la prestación aún cuando reconoce que efectivamente se realizaba la jornada parcial semanalmente pactada: S. TSJ. Comunidad Valenciana 16-7-2002 (JUR 2003/155786). E, igualmente respecto de contrato sometido a la regulación del 2001, en reclamación sobre horas extraordinarias, considera indeterminada y contraria al art.12.4.a) ET, la cláusula de contrato que fija la distribución de la jornada semanal entre las 0 y las 24 horas: S. TSJ. Andalucía/Sevilla 20-1-2004 (JUR 2005/75029).

tales casos de inexistencia, abusividad o ilegalidad del pacto de duración y/o distribución, con apreciación en su caso de indeterminación del objeto del contrato, es desde luego adecuada, siempre a exclusiva voluntad del trabajador, la efectiva presunción de celebración a tiempo completo derivada de la nulidad parcial del contrato en aplicación de los art. 8.2, 9.1 y 12.4.a) ET y del carácter común que de ellos se deduce en favor de la jornada completa¹²⁰. En tal caso por jornada completa se entenderá la ordinaria que corresponda conforme al art. 34.1 ET, y que una vez descartada la vía contractual será la fijada por convenio colectivo o, en su defecto, la máxima legal¹²¹. Entonces, el verdadero elemento distorsionador no parece que sea de momento identificable con las exigencias de constancia escrita de la cantidad y distribución en todos y cada uno de los ámbitos de la jornada pues siguen manteniéndose incólumes. El problema estriba, en mi opinión en que éstas son de fácil cumplimiento por las partes, instaurándose en tal caso una suerte de presunción de jornada parcial que ante incumplimientos del plan obligacional puede hacer inoperante la exigencia de concreción de la jornada. Me explico, el triunfo de la finalidad del art. 12.4.a) ET. dependerá de la valoración y calificación que ante el vacío legal de previsión de los efectos del incumplimiento del pacto hagan nuestros Tribunales, de manera que de nada sirve extremar las exigencias formales ante la benevolencia que puedan recibir los incumplimientos del plan obligacional y, más concretamente respecto de los excesos de jornada, su calificación como horas complementarias incluso en ausencia de pacto escrito¹²².

¹²⁰ Solución en la que podríamos enmarcar la S. TSJ. Murcia 16-4-1998 (AS. 2257) respecto de contratos sometidos al RD. 1991/84, que si bien sin declarar el carácter a tiempo completo de la relación, cuestión que no se plantea, sí niega la legalidad de la cláusula del contrato a tiempo parcial que no integra el contenido mínimo de determinación de la distribución de la jornada, sino que fija en su lugar la referencia al "horario flexible". Los argumentos de la sentencia no se fundan en el fraude de ley, aunque claramente subyace en la resolución del caso, ni estrictamente en el incumplimiento de las exigencias formales y sus consecuencias legales, sino en la razón que inspira a aquéllas y que se funda en la necesaria limitación atemperada al tenor legal de las disponibilidades empresariales sobre la mano de obra. También creemos que subyace la idea de nulidad de la cláusula contractual, aún sin referencia expresa a esa idea, en la S. TSJ. Andalucía/Granada 25-6-2001 (AS. 822), que reconoce el carácter indefinido a tiempo completo en un supuesto de contratación verbal «a llamada» de camarera de pisos de Hotel; por ausencia de la nota de periodicidad cíclica y homogénea no es fija discontinua, y en aplicación de la presunción del art. 8.2 ET. En cambio, en un supuesto de despido de camarera de pisos con contrato verbal y prestación de servicios a lo largo de todo el año en días diversos y variables de mes a mes, con superación de los límites del art. 12.1 ET/98, no es fija discontinua ni eventual (art. 8.2 ET), sino indefinida a tiempo completo –pues excede de los referidos límites del trabajo a tiempo parcial-, sin claro pronunciamiento –es más, el fallo reconoce el derecho de reincorporarse en las mismas condiciones– sobre si se sustituye por la jornada común [S. TSJ. Granada/Andalucía 6-3-2001 (JUR 194558)]. En la similar línea les niega a tales trabajadoras «a llamada» el carácter de fijas discontinuas puesto que al margen de la posibilidad de extensión del trabajo a todos los días de la semana en función de las necesidades de la empresa, el trabajo que esencialmente se contrata es de carácter periódico pues se repite en fechas ciertas; consiguientemente, no tienen derecho a prestación de desempleo ante la interrupción del trabajo: SS. TSJ. Galicia 19 y 28-11-2001 (JUR 2002/10986 y 24409). Respecto de ésta última, nos parece evidente la confusión terminológica en que se incurre al identificar la periodicidad con el contrato a tiempo parcial común, y por descontado, nos parecen más que dudosamente admisibles dichas cláusulas «a llamada».

También en este sentido se podría incluir la S. TSJ. Murcia 17-2-2003 (AS.469), que reconoce el derecho de la trabajadora a percibir el salario por los días no trabajados en contrato eventual «a llamada» como consecuencia de la nulidad parcial del contrato y en aplicación del art. 30 ET, que implícitamente supone la S. TS. 17-12-2001 (RJ. 2002/2028).

¹²¹ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ se refiere a la jornada habitual en el ámbito de que se trate, que comúnmente será la convencional (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo...", cit., pág. 116).

¹²² Puesto que a la ausencia de pacto de horas complementarias no se extiende la presunción del art. 12.4.a) ET: S. TSJ. Madrid 17-9-2002 (JUR 2002/281517). Al respecto, véase en el marco del estudio de las horas complementarias el subepígrafe dedicado a los efectos del exceso en la jornada.

¿Caben otras soluciones posibles a la nulidad del pacto de jornada parcial o, más ampliamente presunción de jornada completa?¹²³ Aún no previstas por nuestro legislador otras medidas de integración y subsanación de los defectos formales distintos de la presunción de celebración a tiempo completo y aún cuando no son las seguidas por nuestros Tribunales, no deben descartarse en todo caso otras vías alternativas de subsanación de la irregularidad del pacto. Así en determinados supuestos, cabría declaración también de la nulidad parcial del contrato, pero mantenida la calificación del mismo como parcial a instancias del trabajador, sustituido su objeto por las previsiones que al respecto fije el convenio colectivo, caso de existir aquéllas y de admitirse la naturaleza normativa de las mismas (art. 9.1 ET)¹²⁴. También sería posible la integración del contenido obligacional del contrato a través de las manifestaciones

¹²³ El legislador italiano atribuye diversas consecuencias posibles a los defectos de forma. El art. 8 RD Leg. 25-2-2000, n° 61, divide el precepto en dos apartados, a los que se le ha sumado un apartado «2-bis» con la L. n° 276/2003 que se refiere a incumplimientos relativos a las cláusulas elásticas y flexibles. El primer apartado está dedicado a la falta de forma escrita y el segundo a la falta o indeterminación en el contrato escrito de la duración o la distribución de la jornada en los términos exigidos por el art. 2.2 del mismo cuerpo legal, en definitiva, de su contenido esencial. La ausencia de forma escrita y faltando prueba de concertación a tiempo parcial, a petición del trabajador podrá ser declarada la relación a tiempo completo (M. BIAGI, "Il lavoro a tempo parziale", Il Sole 24 ore, Milano, 2000, pág. 169 y 170; O. DESSI, "Il lavoro a tempo parziale nella prospettiva comunitaria e italiana", Rev. Il Diritto del Lavoro, n° 5, 2001, pág. 523). Efectos que, a petición del trabajador, también provocará la omisión o indeterminación de la duración de la jornada, en este caso, sin que el legislador prevenga expresamente la posibilidad de prueba en contrario. Se equipara esta situación al defecto de prueba de contrato a tiempo parcial, por lo que el trabajador podrá optar por mantener su contrato de trabajo a tiempo parcial o por solicitar del juez su reconocimiento como contrato a tiempo completo (M. BROLLO, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 195). No obstante, caso de optar el trabajador por el mantenimiento de la relación a tiempo parcial tendrá que individualizarse por el juez el objeto del contrato, concretándose la cantidad de jornada bien por integración del convenio colectivo, bien por la prestación efectivamente realizada, y, análogamente a las previsiones sobre ausencia de distribución de la jornada, en función de las peculiares exigencias del trabajador y empleador (M. BIAGI, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 172). Por lo que se refiere a la indeterminación de la distribución de la jornada con fijación de su duración, ésta será concretada por el juez a partir de la integración de tal cláusula con las previsiones del convenio colectivo, bien, en su defecto, conforme a su valoración equitativa atendiendo a los intereses del trabajador. Y no está previsto para la ausencia de distribución de jornada la conversión de la relación a tiempo completo. En común tienen los tres supuestos irregulares –falta de forma, falta de determinación de la duración y no constatación de la distribución– la limitación de los efectos de la sentencia declarativa, la insistencia en que ésta sólo puede resolver tales discrepancias a instancias del trabajador, y la posibilidad de resolución por conciliación o arbitraje previsto en el Convenio Colectivo. En nuestra opinión, parece partir este precepto de la diversa consideración de la ausencia de forma respecto, no ya de la falta de constancia de su contenido que siempre estará ausente en el contrato no formalizado, sino de constatación judicial de la indeterminación de éste o de dificultades para su concreción con un exceso de disponibilidad (parecen pronunciarse en este sentido: M. BROLLO, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 194; M. BIAGI, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 172). De hecho, tanto en caso de ausencia de cantidad como distribución de la jornada se prevé una indemnización por resarcimiento de daños al trabajador con lo que se parte de un exceso de disponibilidad no compensado con la mera retribución de las horas trabajadas (parece también partir de ello, puesto que fija como posible criterio de fijación de la indemnización la imposibilidad o dificultad para asumir otro trabajo: G. NICOLINI, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 75 y 76). Ello justificaría, por otra parte, la omisión de la referencia a la prueba en contrario en la indeterminación del objeto del contrato –cuantitativo–. Por otra parte subyace una valoración diversa respecto de la ausencia de pacto sobre la duración de la jornada frente a la indeterminación de su distribución.

¹²⁴ Quizá esta posibilidad ha sido implícitamente recogida por la S. TS. 6-3-2002 (RJ. 4657), cuando en un proceso de conflicto colectivo que reclama la declaración de nulidad de las cláusulas tipo recogidas en los contratos a tiempo parcial celebrados por la empresa, relata sin discusión posterior la consideración del juez de instancia de que el efecto de nulidad no derivaría tanto del art. 12.4.a) ET, que prevé el efecto de la presunción, sino de la contravención de los preceptos que al respecto se recogen en el Convenio Colectivo.

En este sentido, sectores de la doctrina italiana atendiendo a los sujetos sobre los que inciden tales cláusulas, han encuadrado como normativas las relativas a las modalidades temporales de desentoladura de la prestación (F. AMATO, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 74; M. BROLLO, "Il lavoro...", cit., pág. 237 a 252; A. MARESCA, "Il part time", cit., pág. 61; S. SCARPONI, "Riduzione e gestione...", cit., pág. 147 y 148). Caso de admitirse su naturaleza normativa el trabajador tendrá derecho a la adecuación de las condiciones de su contrato a las pactadas colectivamente así como la posibilidad de negar su prestación cuando ésta no se adecue a los límites convencionales (vid.: A. MARESCA, "Il part time", cit., pág. 61).

ya realizadas respecto del mismo, en cuanto los art. 8.2 y 12.4.a) ET admiten prueba en contrario¹²⁵. Y cabría utilizarse, no ya respecto de vacíos formales sino respecto de incumplimientos del pacto. En definitiva, los excesos de jornada sistemáticos que no alcancen la jornada completa podrían suscitar al menos y a petición del trabajador la consolidación de la jornada parcial practicada derivada de un acuerdo tácito de voluntades. Más difícil puede resultar la integración del contenido obligacional por la jornada practicada en lo que se refiere a la distribución si ésta se ha realizado de modo irregular¹²⁶; la labor de integración podría resultar más creativa que de concreción del plan obligacional. Otra solución ocasionalmente posible, respetuosa con la voluntad de las partes en cuanto se someta a los límites de derecho necesario en materia de jornada, sería la del mantenimiento del pacto de jornada y/o distribución –por ejemplo, un pacto de jornada flexible– exterior a la modalidad contractual. Es claro que por debajo de la jornada máxima legal o convencional, las partes son libres de fijar la misma en el contrato de trabajo. Y ya hemos defendido insistentemente la posibilidad de concertación de pactos de jornada flexible y elástica en términos generales, aún cuando puedan estar ocasionalmente limitados en la modalidad contractual. Entonces, teóricamente cabría el reconocimiento de una jornada reducida y concretada –o no– en su duración, y, en su caso, relativamente indeterminada en su distribución –puesto que no se podría integrar por regulación colectiva alguna–. En tal caso, el mantenimiento de la licitud del pacto supondría la exclusión del régimen de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial y de su calificación como tal. El salario adeudado sería el correspondiente al tiempo pleno, en aplicación de la presunción de celebración a tiempo completo del art. 12.4.a) ET¹²⁷, o el proporcionalmente reducido no tanto como regla general de nuestro ordenamiento jurídico sino como deducible de la estructura salarial correspondiente en atención a tales circunstancias especiales¹²⁸.

Finalmente, conforme dispone el art. 8.4 ET, el trabajador a tiempo parcial podrá exigir en cualquier momento la formalización del contrato por escrito. El deber de formalización escrita de la jornada contratada y su distribución es predicable tanto del trabajo a tiempo parcial originario, como de aquél que provenga de la transformación de una relación previa a tiempo completo, puesto que concurren idénticas

¹²⁵ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 31.

¹²⁶ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 70; M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 427.

¹²⁷ Así, sectores doctrinales han afirmado que la prueba de jornada parcial, inferior al 77% de la jornada a tiempo completo, no destruye bajo la regulación del 98 la presunción de celebración a tiempo completo caso de no probarse la concreta distribución practicada de dicha jornada, procediendo en tal caso el reconocimiento de una jornada inferior, y un salario y cotizaciones a tiempo completo (P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", en AAVV, "Trabajo a tiempo parcial", Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 31).

¹²⁸ En un caso de reclamación de cantidad en contratación a tiempo parcial con jornada pactada que supera el límite de jornada previsto en el art. 12.1 ET/98, considera el Tribunal que se ha producido un fraude de ley y que el salario adeudado a la trabajadora es el salario a tiempo completo considerado al 100% de la jornada, puesto que el empresario debió dar ocupación efectiva durante toda la jornada a la trabajadora: S. TSJ. País Vasco 13-11-2001 (JUR 2002/81813). Disentimos de la solución de la sentencia, en cuanto no hay tanto fraude de ley como calificación errónea del contrato; el pacto de jornada cuantitativamente inferior es lícito, aún externo al contrato a tiempo parcial, el deber de ocupación efectiva se limita a dicho margen pactado, y el salario adeudado sería el proporcionalmente reducido, en principio, conforme a la estructura salarial prevista en el Convenio Colectivo.

razones de tutela y seguridad jurídica¹²⁹. Aún cuando el art. 12.4.a) ET no se refiera a ellas, las modificaciones de la jornada parcial tanto referidas a su cuantía como a su distribución deben documentarse igualmente por escrito en virtud de las mismas razones cuando deriven de acuerdo de las partes, y con el mismo valor probatorio de la parcialidad de la jornada y correspondencia de la que efectivamente se practique. Las modificaciones unilaterales ex art. 41 ET sobre la distribución serán notificadas conforme a lo establecido en la referida disposición. Por otra parte, el trabajador a tiempo parcial cuya relación sea de una duración superior a cuatro semanas tendrá que ser informado de los elementos esenciales de su contrato y de sus modificaciones, de conformidad con el RD 1659/98¹³⁰, y siempre abierta la posibilidad de recabar la información a los servicios públicos de empleo (art. 5.1 RD. 1424/2002, 27-12).

Por lo que se refiere a la representación de la empresa, y de conformidad con el art. 8.3.a) y 64.1.2 ET, el empresario tendrá que entregarle copia básica de los contratos a tiempo parcial, en cuanto necesariamente se celebrarán por escrito, a excepción de los contratos de alta dirección, respecto de los que sólo pesa un deber de notificación¹³¹. Dicha copia básica tendrá que remitirse a la oficina de empleo (art. 8.3.a) ET)¹³². Conforme al art. 64.1.6 ET tendrá que conocer los modelos de contrato de trabajo escrito, entre ellos el contrato a tiempo parcial, que se utilicen en la empresa. También la representación de la empresa tendrá que recibir información trimestralmente acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de contratos a tiempo parcial y de la realización de horas complementarias por los trabajadores a tiempo parcial (art. 64.1.1 ET)¹³³. Esta última es una información añadida por el artículo pri-

¹²⁹ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 120 y 121. Así se exigía por el art. 6 RD. 1991/84.

¹³⁰ Si bien con la correcta formalización del contrato en su modelo oficial difícilmente será necesario añadir información alguna por tal medio, puesto que al menos la versión del art. 12.4.a) ET del 98, supera el contenido de dicho real decreto salvo, claro está, que no se entregue al trabajador copia de dicho contrato (M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial", cit., pág. 29). El deber de información por escrito de los elementos esenciales del contrato del art. 8.5 ET y RD 1659/98, ampara también a las modificaciones de la jornada en su distribución o cuantía (art. 2.2.f) y 4 RD) (M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma...", cit., pág. 163 y 164).

Dicha información debía recabar los datos que respecto de la cuantificación y distribución de la jornada exigió el legislador en el art. 12.4.a) ET/98, puesto que en virtud de dicho apartado no cabe entender de otra forma la esencialidad de la duración y distribución de la jornada del art. 2.2.f) RD 1659/1998, en el contrato a tiempo parcial. En la actualidad el deber de información sobre distribución de la jornada no puede sustraerse a la posición que en su caso se tome sobre los deberes de pacto sobre distribución. Toda vez que nosotros hemos mantenido la necesidad de constatación y pacto de aquélla en todos y cada uno de las dimensiones temporales, también en esos términos debe reflejarse la comentada información. Por contra la doctrina mayoritaria considera que el art. 12.4.a) ET/98 -y, probablemente, la posición que nosotros mantenemos también bajo la regulación actual- excede de los contenidos exigidos en dicho RD. 1659/98 y, en contraposición, se adecua a éste último la nueva redacción del art. 12.4.a) ET/2001 (F. CAVAS MARTÍNEZ, M. CARDENAL CARRO y G. BARRIOS BAUDOR, "Contratación y modalidades contractuales", cit., pág. 49; M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 758; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 123; R. PRADAS MONTILLA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", D.L. n° 64, 2001, pág. 9).

¹³¹ El incumplimiento constituirá una infracción grave del art. 15.4 RD Leg. 5/2000 (M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma...", cit., pág. 161).

¹³² Por todos: I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "El contrato a tiempo parcial", cit., pág. 99; M^a.C. ORTIZ LALLANA, "Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 246.

¹³³ También será aplicable el art. 64.1.4.b) ET cuando se trata de trabajo a tiempo parcial modificado unilateralmente en la reducción de la jornada inicial (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato...", cit., pág. 120 y 121).

mero dos del RD-L 15/98, y no así la primera que tiene tan sólo un valor de especificación puesto que la información sobre las previsiones de contratación a tiempo parcial constituye una mera aclaración al estar integrados en la referencia genérica de “modalidades y tipos de contratos”¹³⁴.

3.1.1 La jornada partida

La disponibilidad del trabajador no cabe medirla exclusivamente en función del tiempo efectivamente trabajado, ni aún cuando se valore la variabilidad de la cuantía y distribución de los tiempos pactados. Otros factores influyen sobre la verdadera disponibilidad del trabajador sobre el tiempo propio, y que exigen ir más allá de la mera delimitación entre el tiempo de trabajo y el de no trabajo. Tal es el caso de la colocación de la jornada diaria, de su distribución interna, en la que, por ejemplo, se produzcan interrupciones a lo largo de la misma que determinarán, según la concreta casuística, el tiempo de la vida del trabajador que verdaderamente queda comprometido en su relación de trabajo.

En este sentido debe entenderse la regla del art. 12.4.d) ET¹³⁵, en virtud de la cual el legislador dispone que si bien la jornada diaria del contrato a tiempo parcial podrá ejecutarse de forma continuada o partida, caso de que se opte por ésta última y la jornada diaria sea a su vez inferior a la de los trabajadores a tiempo completo, «sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante Convenio Colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior»¹³⁶.

¹³⁴ Por todos: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 72. No obstante, en opinión de un sector doctrinal ello, a pesar de no ser innovador, puede justificarse de alguna forma ante la consideración de que el contrato a tiempo parcial no es propiamente una modalidad contractual sino una de las posibles formas de utilización del tiempo de trabajo (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, “El “nuevo” contrato de trabajo a tiempo parcial”, en AAVV -coords. M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 62 y 63).

¹³⁵ Destacando la finalidad de limitar el tiempo bruto de trabajo: M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del Real Decreto Ley 15/98”, cit., pág. 759; A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial (I): Modalidades y contenido”, *Aranzadi Social*, T. V., 1998, pág. 246. Señalando su finalidad equilibradora de la obligación del trabajador y las contraprestaciones que recibe: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 78 y 79.

¹³⁶ Regla probablemente inspirada en la experiencia francesa del trabajo a tiempo parcial y la constatación de la excesiva fragmentación de su jornada diaria, que impuso tomar partido por su contención a través de la Ley Aubry de 13 de junio de 1998, a fin de evitar la excesiva penosidad del horario de trabajo. En virtud de tal limitación, a partir del 1 de enero de 1999 no ha sido posible que a lo largo de la jornada diaria en el contrato a tiempo parcial se produzca más de una interrupción de la actividad, sin que ésta pueda ser superior a dos horas (art. L. 212-4-4 CTF), disponible, no obstante, por convenio colectivo sectorial estatal de efectos generales a cambio de contrapartidas específicas (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada”, cit., pág. 154; F. NAVARRO NIETO y A. TRICLIN, “El debate francés sobre la reducción del tiempo de trabajo”, cit., pág. 103; J.P. LABORDE, “Algunas observaciones acerca del trabajo a tiempo parcial en el Derecho francés”, cit., pág. 244; P. VARAS GARCÍA, “Contrato a tiempo parcial”, en AAVV, “Trabajo a tiempo parcial”, Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 32 y 33). Esta limitación a la jornada partida en el contrato a tiempo parcial tampoco desconocida en nuestro ordenamiento, como muestra el art. 5 D. 1362/81, de 3 de julio, que impedía el horario partido a los contratos que no superasen las cuatro horas diarias de trabajo (vid.: J. GARCÍA BLASCO, “El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 56).

Aún cuando el art. 12.4.b) ET comienza con la admisión expresa y en términos de igualdad de la jornada partida y la continuada, podría extraerse del conjunto del párrafo una cierta preferencia por esta última¹³⁷, en tanto la primera se limita en el número de las interrupciones de la prestación diaria, con la consiguiente restricción de las facultades empresariales de organización de la producción desconocida en la prestación a tiempo completo¹³⁸. Es más, esta forma discontinua de prestar diariamente el trabajo es muy habitual en un sector de actividad donde abunda el contrato a tiempo parcial, el sector servicios, respecto del que el art. 22 RD 1561/95 regula expresamente las jornadas fraccionadas, excepcionando el descanso ininterrumpido de doce horas entre jornadas si así está previsto por Convenio Colectivo¹³⁹. El art. 12.4.b) ET supone, entonces, una excepción a la posibilidad de fraccionamiento de la jornada diaria en más de dos facciones, únicamente disponible por Convenio Colectivo, no así por contrato de trabajo¹⁴⁰. Las razones de la contención del número de interrupciones susceptibles de producirse en la jornada reducida diaria del trabajador a tiempo parcial parecen estar encaminadas –aún con muy poca determinación– a dificultar situaciones de abuso por resultar comprometido un tiempo real de trabajo excesivo en razón a la jornada efectivamente trabajada y proporcionalmente remunerada, con impedimento de la realización de otras actividades, de organización de la vida propia y afección del equilibrio de prestaciones¹⁴¹. El presupuesto base se encuentra en el mayor margen de distribución de la jornada diaria reducida con respeto de los topes legales o convencionales tutelares del descanso, y en la remuneración proporcionada al tiempo efectivamente trabajado. En cualquier caso insistimos en la falta de contundencia de la limitación en la jornada partida en el contrato de trabajo a tiempo parcial, no sólo por su absoluta disponibilidad por el convenio colectivo de cualquier ámbito, sin condicionamiento causal o de compensación económica, sino porque, por ejemplo, no se ocupa de otras posibles vías de penosidad relacionados con la jornada parcial como puedan ser la fijación de límites máximos a la extensión de la interrupción¹⁴².

¹³⁷ Probablemente atendiendo a las ventajas que tradicionalmente se le han reconocido desde la perspectiva del trabajador y que se vinculan a la reducción del tiempo bruto dedicado al trabajo y la posibilidad de realizar otras actividades en la facción que reste del día (respecto de las referidas ventajas, extensamente: J.I. GARCÍA NINET, "Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias", Edersa, Jaén, 1977, pág. 127 a 131).

¹³⁸ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 78; A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial (I): Modalidades y contenido", cit., pág. 246.

¹³⁹ Cuestión que destaca: C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 78.

¹⁴⁰ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 78; M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Ley, negociación colectiva y autonomía individual en la regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial", en AAVV -coords. M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 119.

¹⁴¹ P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", en AAVV, "Trabajo a tiempo parcial", Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 33.

¹⁴² Recomienda que de ello se ocupen los convenios colectivos: P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", en AAVV, "Trabajo a tiempo parcial", Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 33.

En el análisis del art. 12.4.b) ET, se suscitan inicialmente tres cuestiones a resolver. Por un lado tendremos que identificar qué se entiende por jornada partida, toda vez que a raíz de la L. 11/94 desapareció la referencia a ésta, y qué resulta ser la jornada continuada, que menciona pero no define el art. 34.4 ET. Por otro será necesario saber qué se entiende por “ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo”. Por último, es imprescindible también conocer que deba entenderse a los efectos del art. 12.4.b) ET por “interrupción”¹⁴³, pues sólo así podrá configurarse completamente este límite a la distribución del tiempo de trabajo diario en el contrato de trabajo a tiempo parcial.

En la actualidad, y toda vez que ha desaparecido la definición de la jornada partida¹⁴⁴, debemos considerar, a sensu contrario del art. 34.4 ET, y a la luz de la finalidad perseguida por el art. 12.2.b) ET, que será aquélla sesgada por un descanso superior al calificable como mera pausa. Tiene por consiguiente un sentido diverso, aún relacionado, del que ostenta la referencia a “la jornada diaria continuada” del art. 34.4 ET. En dicho artículo no se define la jornada continuada, y dicha “continuidad”

¹⁴³ Utilizaremos este término pese a que ALARCÓN CARACUEL señala que ni los descansos diarios, ni los semanales o anuales son propiamente interrupciones periódicas, ni suspensiones, puesto que no hay obligación de trabajar (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 54 y 57).

¹⁴⁴ No así su concepto, si bien ya no se remite a los parámetros anteriores de una hora ininterrumpida de duración del descanso (F.J. PRADOS DE REYES, “La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores”, RL, T.I./1996, pág. 517 y 518). El legislador del 94, como ya hiciera en otras ocasiones, prescinde de la delimitación e incluso referencia a los términos relativos a la jornada partida y la continuada. La distinción entre las dos jornadas se introdujo primero en las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales y después en la L.R.L., sin que tampoco se definieran en los art. 23.6 y 24.1 de ésta última, aún cuando se refería a ambos tipos de jornada para fijar los descansos mínimos -quince minutos retribuidos y computables como de trabajo a todos los efectos- en la continuada (Vid.: J.I. GARCÍA NINET, “Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias”, Edersa, Jaén, 1977, pág. 123; T. SALA FRANCO, “La jornada partida”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 127). El precedente art. 34.2 ET, conforme a la redacción dada por la L. 4/83, de 29 de junio, se aludía a éstas a los únicos efectos de señalar los tiempos mínimos de descanso intra-jornada y fijar así reglas de distribución diaria del tiempo de trabajo. Definía la jornada partida como aquélla en la que se disfrutaba de un descanso ininterrumpido de un mínimo de una hora de duración, y podría entenderse en sentido contrario como continuada, aquélla cuyas pausas fuesen inferiores en duración ininterrumpida a la señalada (por todos: F. DURÁN LÓPEZ, “Ordenación del tiempo de trabajo”, en F. DURÁN LÓPEZ, A. MONTOYA MELGAR, T. SALA FRANCO, “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”, MTSS, Madrid, 1987, pág. 162; J.I. GARCÍA NINET, “Jornada”, en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982, pág. 66 a 68; T. SALA FRANCO, “La jornada partida”, cit., pág. 128 a 131; Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Pausas intra-jornada y descanso inter-jornadas”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 281). Por su parte, las pausas mínimas de quince minutos ininterrumpidos, reintroducidas por la Ley 4/83, se exigían únicamente en la jornada continuada y ésta, consiguientemente, se conceptuaba autónomamente a las mismas (vid.: Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Pausas intra-jornada...”, cit., pág. 272. Si bien podían también disfrutarse como condición más beneficiosa en la jornada partida en opinión de: T. SALA FRANCO, “La jornada partida”, cit., pág. 135; Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Pausas intra-jornadas...”, cit., pág. 273 y 279). Por el contrario, en la actualidad el art. 34.4 ET prescinde de esta delimitación a la hora de fijar los descansos obligatorios que dependerán únicamente de si la continuidad del trabajo prestado alcanza los límites establecidos (J.I. GARCÍA NINET, “Ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 38). Ciertamente, a nivel legislativo la delimitación entre una y otra jornada se ha sostenido principalmente sobre la duración de la interrupción o descanso, y de forma incidental, sobre todo por la doctrina y normas sectoriales, su vinculación a la finalidad del almuerzo, y, consiguientemente, su normal ubicación en el medio día (véase, por ejemplo: J.I. GARCÍA NINET, “Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias”, Edersa, Jaén, 1977, cit., pág. 123 a 125). Sin embargo, y respecto del primero de los aspectos, la jurisprudencia ha venido considerando la hora ininterrumpida de descanso como un factor meramente interpretativo, admitiendo la calificación de las partes como jornada partida de aquéllas divididas en dos fases pero con un descanso inferior al referido. En cuyo caso, cabe la exigencia de adecuación del tiempo de interrupción entre las fases de la jornada al mínimo de una hora dispuesto en la Ley, pero no afectará a la conceptualización de la jornada como partida (vid.: Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Pausas intra-jornada y descanso inter-jornadas”, cit., pág. 282. Una contundente crítica a esta línea judicial en: T. SALA FRANCO, “La jornada partida”, cit., pág. 129 a 131).

no califica la jornada sino que se refiere a la prestación de servicios realizados sin pausa o descanso que alcance los mínimos garantizados en la fracción de la jornada de que se trate¹⁴⁵, utilizando el mencionado término con la única finalidad de imponer tal descanso¹⁴⁶. Por el contrario, el art. 12.4.b) ET parte de la jornada continuada como concepto con entidad propia frente a la partida, sin definir tampoco qué sea cada una de ellas, aunque vinculando ésta última al término interrupción¹⁴⁷.

La nueva delimitación, por consiguiente, entre una y otra modalidad de jornada diaria se fundamenta sobre un concepto jurídico indeterminado a nivel legislativo, pero determinable por Convenio Colectivo o calificación de las partes. En nuestra opinión, un criterio razonable respecto de la duración del descanso, podría tendencialmente limitar el concepto de la "pausa" a la media hora ininterrumpida, reservando la "interrupción" de la jornada partida a las que al menos superen dicho tiempo.

La elección de esta cuantía delimitadora de la pausa y la que supone la interrupción de la prestación con división de la jornada diaria en dos fases diversas, es decir, la pausa que tiene efectos calificadorios sobre la jornada partida¹⁴⁸, está justificada por su razonabilidad en atención a las características y finalidades propias de una y otra. En este sentido, aún cuando ambas están dirigidas a la reparación de las fuerzas del trabajador, la diversa finalidad de una y otra se vincula necesariamente a la entidad de la duración de las mismas. De tal manera, a la interrupción de la prestación de trabajo en la jornada partida, se le viene reconociendo un efecto de desalineación del que carece la mera pausa¹⁴⁹, y que se traduce, aún no necesariamente, por una mayor libertad de abandono del centro de trabajo durante la misma¹⁵⁰ y por no computar –también en términos generales– como jornada efectiva. También tradicionalmente se le viene reconociendo una finalidad reparadora pero vinculada a la comida del medio día, al almuerzo¹⁵¹, que conforme a nuestra cultura es de mayor enjundia y requiere de mayor espacio de tiempo y reposo que la mera pausa del "bocadi-

¹⁴⁵ AAVV -dir. C. Molero Manglano-, "Estructura del contrato de trabajo", Dykinson, Madrid, 1997, pág. 513; F.J. PRA-DOS DE REYES, "Jornada, horario y descansos en la reforma del Estatuto de los Trabajadores", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral", Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo e Industria, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, pág. 149.

¹⁴⁶ J. GARCÍA BLASCO, "Flexibilidad del tiempo de trabajo: jornadas y descansos", en AAVV, "La reforma de la legislación laboral", Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 307.

¹⁴⁷ También destacan la diversa calificación del intermedio en la actividad como descanso o interrupción en los art. 34.4 y 12.4.b) ET respectivamente: M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial", cit., pág. 30.

¹⁴⁸ Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, "Pausas intra-jornada y descansos inter-jornadas", cit., pág. 281.

¹⁴⁹ F. FITA ORTEGA, "Límites legales a la jornada de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 74.

¹⁵⁰ Nuestros Tribunales vienen negando la facultad de salida en el período de pausa, salvo previsión en contrario en negociación colectiva, atendiendo a que lo escaso de su duración lo configura como un mero derecho a dejar de prestar actividad (vid.: Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, "Pausas intra-jornada...", cit., pág. 280). También la doctrina viene caracterizando de esta forma la pausa para el bocadillo: J. GARCÍA COMBAU, "El trabajo a turno", Deusto, Bilbao, 1991, pág. 106.

¹⁵¹ Por ejemplo, esa vinculación se destaca por: M. ALONSO OLEA y M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo", Civitas, Madrid, 1999, pág. 268; Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, "Pausas intra-jornada y descansos inter-jornadas", cit., pág. 282; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La distribución de la jornada de trabajo a tiempo parcial. Horas complementarias", A.L., nº 37, 1999, pág. 724.

llo”, desayuno, o incluso almuerzo ligero¹⁵², que supone un mero tentempié¹⁵³ a realizar incluso en ocasiones a pié de máquina y, como hemos visto, sin posibilidad de salir del centro de trabajo¹⁵⁴.

Pero la elección de la media hora como índice de interpretación en la calificación de una y otra forma de jornada no se fundamenta exclusivamente en la expuesta razonabilidad, siempre cuestionable. También se justifica por razones de tradición jurídica respecto de la duración de la pausa¹⁵⁵, así como su correspondiente configuración actual en que la ausencia de definición expresa, la finalidad del precepto que ahora comentamos y la interpretación más favorable al trabajador, conducen a que la distinción entre jornada partida y continua oscile preferentemente –a salvo de los matices del caso concreto– sobre la media hora, frente a cualquier otra duración superior. Efectivamente, el actual art. 34.4 ET fija la entidad mínima de la pausa en quince minutos ininterrumpidos para el común de los trabajadores, y en treinta minutos para los trabajadores menores de dieciocho años¹⁵⁶. En consecuencia, el descanso de media hora parece que deba integrarse preferentemente en la pausa prevista en el art. 34.4 ET y la jornada calificada como continuada.

Ahora, ¿qué debe entenderse por “ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo”? La regla limitadora de las interrupciones de la prestación de trabajo en el módulo del diario únicamente viene referida al trabajo a tiempo parcial prestado en las referidas condiciones. No así en el supuesto en que el trabajador a tiempo parcial preste sus servicios en jornada diaria completa, entendida ésta independientemente de la concreta distribución irregular que se haga

¹⁵² En este sentido la S. TS. 3-6-99 (RJ 5064) afirma que “la finalidad del descanso de la jornada continuada es romper la permanencia del esfuerzo laboral durante más de seis horas y proporcionar un tiempo libre para un refrigerio...”. La jornada continuada implica una reducción del tiempo dedicado a la comida pero no la exclusión de la misma (J. GARCÍA COMBAU, “El trabajo a turno”, Deusto, Bilbao, 1991, pág. 100 y 101).

¹⁵³ Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Pausas intra-jornada y descansos...”, cit., pág. 273.

¹⁵⁴ Aunque, lógicamente, cada uno come si quiere y lo que quiere [vid.: S. TSJ. Murcia 15-12-1993 (AS. 5470)].

¹⁵⁵ También nuestra tradición jurídica ha utilizado en alguna ocasión el referente de la media hora para la calificación de la interrupción de la prestación, como es el caso del art. 20.2 de la OM de 8 de mayo de 1961 en redacción dada por la OM. de 13-12-1961 respecto de las pausas -computables como trabajo- en jornada continuada para efectuar la comida; o de la primera definición general de la jornada partida, introducida por el RD 1622/1976, de 18 de junio, cuyo artículo 3 cifraba la interrupción de la jornada partida en un tiempo superior a la media hora (una perspectiva histórica del descanso en la jornada en: J.I. GARCÍA NINET, “El descanso de media hora en las jornadas continuadas de ocho horas”, Revista de Trabajo, nº. 44-45, 1973-1974, pág. 37 y ss. y “Jornada”, cit., pág. 62 y 63; véase también: AAVV, “Estructura del contrato de trabajo”, cit., pág. 512; F. FITA ORTEGA, “Límites legales a la jornada de trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 69 y 70; T. SALA FRANCO, “La jornada partida”, cit., pág. 127). No obstante, también se ha utilizado en diversas ocasiones el referente de la hora ininterrumpida de descanso. Por ejemplo, el Decreto de 8 de junio de 1938, que cifraba en un mínimo de una hora el descanso de la comida, siempre y cuando la empresa tuviese un local comedor cubierto y en las debidas condiciones (vid.: J.I. GARCÍA NINET, “Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias”, cit., pág. 124) y “El descanso de media hora en las jornadas continuadas de ocho horas”, Revista de Trabajo, nº. 44 y 45, 1973/74, pág. 37 y 55). También utilizó el referente de la hora ininterrumpida de descanso el Estatuto de los Trabajadores, ya en su redacción inicial como en la correspondiente a la L. 4/83, de 29 de junio si bien nuestros Tribunales configuraron dicha duración como meramente interpretativa, admitiendo las jornadas partidas por interrupciones inferiores (véase: L. CAMPS RUIZ, “El Estatuto de los Trabajadores y la normativa anterior sobre las relaciones laborales individuales”, IES, Zaragoza, 1980, pág. 58; J.I. GARCÍA NINET, “Jornada”, cit., pág. 63, 64, 66 y 67; T. SALA FRANCO, “La jornada partida”, cit., pág. 128).

¹⁵⁶ Si bien un sector doctrinal plantea la posibilidad de que el descanso se desdoble en dos de quince minutos: J.I. GARCÍA NINET, “Ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 42.

de dicha jornada completa para el común de la empresa. El legislador, en suma, lo que pretende es impedir la desproporcionada penosidad del trabajo a tiempo parcial, ahora desde la perspectiva del tiempo real invertido en el trabajo cotidiano y su salario reducido. Consecuentemente, y como el propio párrafo reconoce, el módulo de referencia será el diario, y es en el día donde se predica su dedicación y remuneración a tiempo completo o, por el contrario, a tiempo parcial. Corresponde, entonces, la comparación de la jornada diaria que se realice efectivamente por el trabajador a tiempo parcial con la que corresponda a la jornada diaria teórica a tiempo completo conforme a una supuesta distribución regular, con abstracción de la concreta distribución que se haga de la jornada completa en la empresa.

Finalmente, será necesario resolver qué deba entenderse por “interrupción”, conforme a la finalidad de limitación de la distribución interna de la jornada de trabajo a tiempo parcial. Ya hemos visto que el legislador no define qué sea “jornada partida” ni qué entidad debe tener la “interrupción”, pero sí vincula una y otra, por lo que según hemos visto, a los efectos del art. 12.4.b) ET la jornada partida será la que presente una interrupción, y ésta se calificará con tal carácter –como criterio interpretativo– por exceder del concepto de pausa o descanso del art. 34.4 ET, en defecto de concreción por convenio colectivo o contrato. Consecuentemente, parece que debe entenderse que, caso de realizarse una jornada diaria inferior a la completa y en modalidad de jornada partida, la única interrupción que se admite es precisamente aquélla que divide la jornada diaria en dos facciones. Están excluidas de esta calificación de “interrupción”, las pausas del art. 34.4 ET, eventualmente acumuladas a la interrupción de la jornada partida, y por supuesto todas aquéllas interrupciones de la prestación calificables como de trabajo efectivo y, consiguientemente, retribuidas puesto que en tal caso difícilmente podrían considerarse inmersas en la lógica del art. 12.4.b) ET. Sólo en supuestos muy excepcionales en que por la naturaleza de la actividad las pausas sean muy reiteradas, amplias y no remuneradas podrá observarse casuísticamente por nuestros Tribunales la extensión de la tutela del art. 12.4.b) ET, por verse comprometidos en el supuesto concreto los intereses por él tutelados.

La disponibilidad de la limitación prevista en el art. 12.4.b) ET. por el Convenio Colectivo es libre, según se deduce de la incondicionalidad de su reconocimiento, sin cortapisas, condiciones, ni necesidad de pactar compensación económica o de cualquier otro tipo¹⁵⁷. A pesar de esta liberalidad, y en un tono más optimista, cabría pensar que la misma necesidad de negociación de la excepción de por sí confiere a los trabajadores una posición negociadora que podría funcionar, al menos, como letra de cambio para otras ventajas o concesiones. Por otra parte, y vista la gradación de la preferencia respecto de los niveles convencionales reseñados por el legislador, dicha disponibilidad está claramente dirigida a solventar los problemas relativos a la organización del trabajo conforme a las particularidades preferentemente sectoriales¹⁵⁸, y sub-

¹⁵⁷ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 79.

¹⁵⁸ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 79; J. GARCÍA BLASCO, “El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 56.

Sin preferencia por el nivel estatal, separándose de las recomendaciones del AINC (M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación colectiva y autonomía individual”, cit., pág. 126).

sidiariamente empresariales. Conlleva, por consiguiente, la derogación de la regla de no concurrencia de Convenios Colectivos de distinto ámbito y de prevalencia del prior in tempore del art. 84.1 ET cuando de Convenios Colectivos de ámbito inferior del sectorial se trate¹⁵⁹. Por el contrario, la concurrencia entre Convenios Colectivos sectoriales de diverso ámbito se resolverán conforme a las reglas generales del art. 84 ET¹⁶⁰, y posible la afección del Convenio sectorial por otro sectorial inferior por tratarse la distribución interna de la jornada diaria de uno de los posibles “aspectos –aún relativos a una modalidad de contratación– de adaptación al ámbito de la empresa” a que se refiere el art. 84.2º y 3º ET¹⁶¹.

Por último, y en cuanto a la condición y ámbito de la norma colectiva, algunos autores entienden incluidos en la autorización del art. 12.4.b) ET a los Convenios Colectivos, también los pactos colectivos informales y los convenios extraestatutarios¹⁶², si bien reconocen el escaso papel que le corresponde a éstos últimos por cuanto no podrán afectar a lo previsto en Convenio Colectivo estatutario¹⁶³.

3.1.2 La prohibición de horas extraordinarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial

El párrafo 4.c) del actual art. 12 ET introduce a partir del RD-L 15/98 una modificación novedosa en la tradición española del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial, fuertemente contestada por las Organizaciones de empresarios integradas en el CES¹⁶⁴ y destacada por la doctrina como una de las especialidades de su régimen jurídico frente al común del contrato a tiempo completo¹⁶⁵. Nos estamos refiriendo a la prohibición de realización de horas extraordinarias por el trabajador a tiempo parcial y su sustitución, según se deduce ya desde el comienzo de la inmediatez de su mención, por las horas complementarias¹⁶⁶.

¹⁵⁹ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 79; M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación colectiva y autonomía individual”, cit., pág. 127.

¹⁶⁰ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 79; M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación colectiva y autonomía individual”, cit., pág. 127.

¹⁶¹ M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación colectiva y autonomía individual”, cit., pág. 127.

¹⁶² C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 79.

¹⁶³ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 80.

¹⁶⁴ Que califican la exclusión de las horas extraordinarias como excesiva, sin que las horas complementarias alcancen a compensar la rigidez que supone dicha prohibición. Propugnan, en su lugar, la posibilidad de realización de horas extraordinarias, sin más límite que la jornada máxima prevista para esta modalidad contractual (Dictamen nº. 10, CES, cit., 1998, pág. 8 y 14).

¹⁶⁵ S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido”, cit., pág. 23.

¹⁶⁶ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 84. Partimos del concepto legal de hora extraordinaria del art. 35 ET, es decir, el exceso de jornada realizado por encima de la jornada ordinaria pactada, coincidente o no con la máxima legal, o, caso de trabajo a tiempo parcial, con los toques de jornada máxima parcial (vid: H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 168 y 216). Un ensayo sobre el concepto de hora extraordinaria en: L.E. DE LA VILLA GIL, “El concepto de hora extraordinaria”, en AAVV –Coord. L.E. de la Villa Gil-, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 365 y ss. Véase también, por ejemplo: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación de la jornada de trabajo”, cit., pág. 79; L.M. CAMPS RUIZ, “La nueva regulación del mercado de trabajo”, cit., pág. 147; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial”, Aranzadi

Las razones que hipotéticamente han podido motivar esta regla excepcional¹⁶⁷, basculan en nuestra opinión fundamentalmente en torno a cuestiones relativas al régimen jurídico de la hora extraordinaria más que a razones directamente derivadas de la función económico-social del contrato a tiempo parcial. Piénsese que las horas extraordinarias son en gran medida sustituidas por las horas complementarias, que a su vez se someten a una regulación que corrige importantes desajustes de las primeras respecto de esta modalidad contractual. En concreto, probablemente ha resultado decisiva la expulsión de las horas extraordinarias a efectos del principio de proporcionalidad de los derechos en función del tiempo trabajado, límite o expresión del principio de igualdad, puesto que supondría una excepción inadmisibles a la regla específica del art. 12.4.d) ET. Nos estamos refiriendo fundamentalmente¹⁶⁸ a los derechos de Seguridad Social y a las reglas de cálculo de la base reguladora de las prestaciones y cómputo de los períodos de carencia, para los cuales no se toman en cuenta las horas extraordinarias cotizadas¹⁶⁹. Desde luego es seguro que en la prohibición

Social, nº. 19, 1998, pág. 22. Prescindimos por el momento del debate doctrinal sobre el concepto de hora extraordinaria confrontado al de la complementaria. De ello nos ocuparemos en el epígrafe dedicado a ésta última. No obstante, puede verse una exposición de las diversas posturas doctrinales al respecto en: R.Y. QUINTANILLA NAVARRO, "La adaptación del Ordenamiento interno español al Derecho comunitario en materia de contratos a tiempo parcial", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 18, 1999, pág. 79 y 80.

¹⁶⁷ Con anterioridad a la reforma del 98, sectores doctrinales criticaron duramente la realización de horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial. Una exposición general de las críticas doctrinales en: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", Comares, Granada, 1999, pág. 43 a 45. Así, entre otras cuestiones, se indicó la disfuncionalidad de las horas extraordinarias respecto de los objetivos y premisas del contrato a tiempo parcial como modalidad contractual específica. Un contrato como éste, que según se deduce de su evolución legislativa y de las virtualidades que le son reconocidas, se encuentra fuertemente vinculado a la política de empleo, contradiría ese espíritu de reparto del trabajo que también le informa si permitiese o potenciase el uso de las horas extraordinarias. Y esto, particularmente bajo la regulación inicial estatutaria del contrato, ya que se orientaba prevalentemente como medida de fomento del empleo (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 213 a 216 y 221 a 223; J.F. LOUSADA AROCHENA, "Las fórmulas de flexibilización de la jornada...", cit., pág. 406 y 407). También se ha criticado por contradecir la especificidad de la modalidad contractual; si el contrato a tiempo parcial se caracteriza por la duración reducida de su jornada, en correspondencia estricta a necesidades empresariales de tal calibre, la hora extraordinaria resultaría innecesaria por ser el contrato suficientemente flexible (J. LÓPEZ GANDÍA, "Flexibilidad del tiempo de trabajo...", cit., pág. 323; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 222 y 223. En contra, F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 61 y 62). Además, la extensibilidad de aquella denotaría, probablemente, la contratación de una jornada inferior a la realmente practicada y requerida, lo que resultaba particularmente preocupante ante la aparición del trabajo a tiempo parcial en su modalidad "marginal": H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 223.

¹⁶⁸ Pero no exclusivamente, téngase en cuenta que la retribución de las horas extraordinarias sólo se produce cuando se realizan efectivamente, sin otras repercusiones indirectas, tales como el importe de las vacaciones (L.F. ROA RICO, "El pago en dinero de las horas extraordinarias", en AAVV –Coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991, pág. 436).

¹⁶⁹ Recordemos que bajo la regulación anterior al RD-L 15/98 en que se permitía la realización de horas extras, tanto a efectos del cálculo de la base de cotización, como de la base reguladora de las prestaciones y de la determinación de los períodos de carencia se computaban únicamente las horas trabajadas -o la retribución de éstas- (art. 12.4, 1º y 2º párr. ET). Cuando el tercer párrafo del precedente art. 12.4 ET/97 (12.3 ET/95) definía las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial como aquellas que se realicen sobre la jornada de trabajo pactada en el contrato, extendía expresamente los efectos de su calificación a los de Seguridad Social. Interpretado como una remisión al régimen común de las horas extraordinarias, éstas no computarían, a pesar de poder considerarse como horas efectivamente trabajadas de conformidad con el segundo párrafo del mismo artículo, ni para el cómputo de los períodos de carencia ni para el cálculo de la base de cotización y base reguladora de las prestaciones, con excepción de las contingencias profesionales (art. 109.2.g) y 120.2 LGSS) [F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 33 y 34; J. LÓPEZ GANDÍA, "Flexibilidad del tiempo de trabajo...", cit., pág. 324 (con propuesta de lege ferenda de que al menos en los contratos a tiempo parcial las horas compensadas con descansos se consideren ordinarias a efectos de Seguridad Social). Véase también: E. MONREAL BRINGSVAERD, "Régimen jurídico de las horas extraordinarias", Cuadernos Laborales, nº. 7, Edersa, Madrid, 2000, pág. 171 y 172]. La cuestión es aún más llamativa si se tiene en cuenta que a efectos de la marginalidad del trabajador a tiempo parcial no computaban dichas horas extraordinarias, y, además, de calificarse como estructurales su cotización era menos gravosa para el empresario que la correspondiente a la hora ordinaria (J. LÓPEZ GANDÍA, "Flexibilidad del tiempo de trabajo...", cit., pág. 323 y 324).

de trabajo extraordinario ha pesado la “ingritud” de las horas extraordinarias a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social¹⁷⁰. Buena prueba de ello es que esos efectos perniciosos para el trabajador se corrigen para las horas complementarias. Y aún cuando las sentencias del Tribunal Constitucional de 22-12-2004 y 13-3-2005 reduzcan los perjuicios de la cotización a tiempo parcial respecto del cómputo de los períodos de carencia¹⁷¹, aquellos se mantienen en lo que respecta al cálculo de la base reguladora en aplicación de las reglas comunes, lo que indudablemente supone un desajuste más gravoso para el trabajador a tiempo parcial que para aquél cuya prestación y consiguiente retribución son “completos”.

Por otra parte, la configuración por la L. 11/94 de las horas extraordinarias como mecanismo no ya de elasticidad sino de flexibilidad de la jornada, puede haber jugado un papel en la exclusión de las mismas en el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, en cuanto podrían suponer una excesiva incertidumbre y disponibilidad del trabajador difícilmente compensable con una eventual contrapresta-

¹⁷⁰ En esta línea, otra de las razones de la prohibición de horas extraordinarias parece radicar, en opinión de sectores de la doctrina, en su difícil control y prueba, puesto en relación con la jornada reducida del trabajador a tiempo parcial y sus subsiguientes derechos. Las medidas previstas en el art. 35.5 ET y en la Disposición adicional 3ª.b) RD 1561/95, de 21 septiembre, de jornadas especiales, no parecen garantía suficiente a efectos de conocer de forma progresiva el número de horas extraordinarias realizado por el trabajador, y desde luego no resuelven las dificultades de prueba ante el incumplimiento de tales deberes por el empresario (J.M. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, “Las horas extraordinarias y su cotización a la Seguridad Social”, cit., pág.424 a 428). Sobre el trabajador pesará generalmente -salvo cuando la jornada extraordinaria es habitual o se atenúe el rigor de prueba ocasionalmente por nuestros Tribunales- la carga de la prueba, concreta e individualizada [vid.: L.E. DE LA VILLA GIL, “El concepto de hora extraordinaria”, cit., pág. 368 y 378; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Las horas extraordinarias...”, cit., pág. 35; E. MONREAL BRINGSVAERD, “Régimen jurídico de las horas extraordinarias”, cit., pág. 131 a 133; L.F. ROA RICO, “El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias”, en AAVV, “Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, Edersa, Madrid, 1994, pág. 141 y 142. Parece proponer cierta inversión de la carga de la prueba en virtud de los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria: J.M. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, “Las horas ...”, cit., pág. 426]. Muy ilustrativo respecto del difícil control de las horas extraordinarias: A. MATEO BEATO, “La jornada máxima ordinaria y su control”, en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, particularmente las páginas 547, 551 y ss.. También sobre las medidas de control de las horas extraordinarias: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Horas extraordinarias”, REDT., nº. 100, Vol. I, 2000, pág. 750 y 751; E. MONREAL BRINGSVAERD, “Régimen jurídico...”, pág. 126 a 131 y 134 a 136; F.J. PRADOS DE REYES, “La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma...”, cit., pág. 511. Una visión de las medidas de control de las horas extraordinarias en la regulación precedente en: A. CEBRIAN CARRILLO, “El control interno de las horas extraordinarias”, en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 500 y ss..

Esto y su consiguiente dificultad de delimitación frente al tiempo completo y el posible efecto potenciador de la reducción artificial de la jornada, también han jugado un papel determinante en la crítica doctrinal a la admisibilidad de las horas extraordinarias en el tipo contractual objeto de consideración (vid.: F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Las horas extraordinarias...”, cit., pág. 31 y 32; F. LÓPEZ MORA, “El contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 64 y 65; H. MERINO SENOVI-LLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 223; N. SERRANO ARGÜELLES, “La continuación de una tendencia en la regulación jurídica de las horas extraordinarias”, A.L., nº. 8, 1999, pág. 177 y 178). Lo cierto es que no parece que esta sea la razón determinante, pues siempre se podían haber previsto límites a la realización de horas extras y, por otra parte, el problema se reproduce en la actualidad con la ausencia de frontera entre jornada completa y parcial y la amplia fórmula de la jornada complementaria.

¹⁷¹ La S. TCo 22-12-2004 ha declarado inconstitucional el art. 12.4 ET, según la redacción dada por RD. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo -con la numeración resultante del RD-L 8/97, 16-5-, en cuanto establece para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social se computarán exclusivamente por las horas trabajadas. La razón de su inconstitucionalidad es doble: una por suponer una ruptura del injustificada del principio de proporcionalidad de las prestaciones ya reducidas por la menor base de cotización, y otra por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo. Posteriormente, las dos sentencias de 14-3-2005 se pronuncian en similares términos respecto del art. 12.3 ET, en redacción dada por el RD.Leg. 1/1995, y del art. 4.3 L. 10/94, 19.3.

ción suplementaria¹⁷². En este sentido, formalmente la hora complementaria será más respetuosa con la voluntariedad predicada, también formalmente, del trabajo a tiempo parcial. Y, desde luego, la posibilidad de pactar la obligatoriedad de la hora extraordinaria a través de Convenio Colectivo o de contrato individual sin someterse en principio a duración o condición alguna, casa mal con el referido principio informador¹⁷³. Sin embargo, a la vista de la regulación –o, quizá mejor, desregulación– de la hora complementaria, sobre todo tras la reforma de 2001, ésta motivación puede considerarse en gran medida traicionada. Realmente, el margen posible de horas complementarias es tan amplio, su flexibilidad en el uso y consiguiente distribución tan abierta, sin previsión de compensación económica añadida, y desaparecido el régimen de consolidación y duración del pacto, que no puede predicarse como argumento decisivo de la exclusión de las horas extraordinarias la tutela del objeto y equilibrio contractuales y de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial.

A pesar de ser un objetivo fundamental del RD-L 15/98 la adaptación de nuestro derecho al Comunitario, la expulsión de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial no deriva directamente de la Directiva 97/81/CEE. De la superación de la jornada en términos genéricos sí se ocupa el art. 12 de la Recomendación 182 OIT sobre el trabajo a tiempo parcial, que pese a admitir el exceso de jornada sobre el horario acordado¹⁷⁴, indica en su párrafo 2 que, “en la medida de lo posible, las modificaciones de los horarios convenidos y el trabajo en exceso de dichos horarios debería ser objeto de restricciones y de un preaviso”. Entonces en esta línea la hora extraordinaria, tal y como hoy la conocemos, no es el medio idóneo de ampliación de la jornada parcial.

¹⁷² Efectivamente, establece el art. 35.2.2 ET que no se tendrán en cuenta a efectos del máximo de horas extraordinarias realizables aquéllas que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. En consecuencia, y sin previsión de límite alguno a esta regla de no cómputo de las horas compensadas en tales condiciones, nada impide las modificaciones sucesivas del horario y distribución, introducidas por el empresario a través de la utilización, aún voluntaria, de las horas extras. Su extensión mimética al trabajo a tiempo parcial se traduciría en una amplia potencial disponibilidad del trabajador a tiempo parcial, agravada por el hecho de que en muchos casos difícilmente le afectará los límites diarios de la jornada y descansos (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 234 y 235; J. LÓPEZ GANDÍA, “Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de des- empleo...”, cit., pág. 323; J.F. LOUSADA AROCHENA, “Las fórmulas de flexibilidad de la jornada laboral en los contratos de trabajo a tiempo parcial en el derecho comparado y en el derecho español”, cit., pág. 403, 404 y 406).

Respecto de la evolución normativa del régimen de compensación de la hora extraordinaria, véase, por ejemplo: G. GARCÍA BECEDAS, “La compensación en descanso del trabajo extraordinario”, en AAVV –Coord. L.E. de la Villa Gil-, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 462 a 265, 270 y 271.

¹⁷³ La obligatoriedad de las horas extraordinarias, aún asumidas mediante pacto individual, conllevaría la «regularización» de las horas extraordinarias: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, “Voluntariedad de las horas extraordinarias, convenio colectivo y prolongación de jornada”, RL, T.I, 1988, pág. 25). Respecto de la problemática sobre el compromiso en contrato individual o en Convenio Colectivo de realización de horas extraordinarias y la no exigencia de aceptación posterior, véase: M. DE LA FUENTE LAVIN, “El régimen jurídico de las horas extraordinarias”, Comares, Granada, 2002, pág. 103 y ss; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, “Voluntariedad de las horas extraordinarias, convenio colectivo y prolongación de jornada”, RL, T.I, 1988, pág. 22 y 23; J.M. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, “Las horas extraordinarias ...”, cit., pág. 192 a 194; A.V. SEMPERE NAVARRO, “El marco jurídico de las «horas extras»”, Aranzadi Social, nº. 17, 2002, pág. 15.

¹⁷⁴ También se refiere a ello en su párrafo 3 al disponer que “el sistema de compensaciones aplicables en caso de sobrepasarse el horario convenido debería ser objeto de negociación, de acuerdo con la legislación y la práctica nacionales”.

La regla general de prohibición de horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial presenta también sus excepciones. En primer lugar, el párrafo 4.c) del art. 12 ET inmediatamente excepciona la prohibición de realización de horas extraordinarias las del art. 35.3 ET, es decir, aquéllas que tengan por objeto la prevención o reparación de siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, también llamadas «horas de emergencia»¹⁷⁵, en consonancia con previsiones similares respecto de los trabajadores menores de dieciocho años y los trabajadores nocturnos (art. 6.3 y 36.1. segundo párrafo ET y art. 32.b) RD 1561/95, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo) y justificada la excepción por la gravedad de la situación creada y atender a intereses generales de orden superior¹⁷⁶. En estos supuestos no procedería la reducción proporcional de las horas invertidas por el trabajador a tiempo parcial previstas en el primer párrafo del art. 35.2 ET, ni podría pretender éste un deber limitado frente al trabajador a tiempo completo¹⁷⁷. Habiéndose reconocido por la doctrina exclusivamente el límite derivado del descanso mínimo de doce horas entre jornadas, y no así el descanso en días festivos¹⁷⁸, el trabajador a tiempo parcial cuya distribución horaria sea de carácter vertical parece que pueda verse compelido a trabajar en días en los que no estuviese prevista su prestación laboral, salvo impedimento que razonablemente justifique su negativa a participar conforme al principio de buena fe.

Otra excepción a la exclusión de la jornada extraordinaria en el trabajo a tiempo parcial es la derivada de la disposición transitoria primera del RD-L 15/98. En virtud de dicha norma de derecho transitorio los contratos a tiempo parcial celebrados antes del 29 de noviembre de 1998 continuarán rigiéndose por la normativa legal y convencional conforme a la que se celebraron¹⁷⁹. El régimen de prestación de las horas extraordinarias será para estos contratos el común adaptado en máximo de

¹⁷⁵ Excepción lógica por no tratarse de horas extraordinarias stricto sensu, sino que están equiparadas a éstas a los exclusivos efectos compensatorios; la voluntariedad de las horas extraordinarias es un elemento delimitador y definidor de las mismas ex art. 35 ET: A.L. MARTÍN SERRANO, "Horas por necesidades urgentes y por fuerza mayor", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991, pág. 388 y 389; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias", en AAVV, "Estudios sobre la jornada de trabajo", cit., pág. 416 y 422; L.E. DE LA VILLA GIL, "El concepto de hora extraordinaria", cit., pág. 369; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 30.

En contra: J.I. GARCÍA NINET, "Ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 72. Atendiendo a la diferente formulación del actual art. 35.3 ET respecto de la precedente: L.F. ROA RICO, "El nuevo régimen jurídico...", cit., pág. 130.

Respecto de los criterios delimitadores de las horas de emergencia y las horas extraordinarias voluntarias, y la ocasional interpretación excesivamente amplia del concepto, véase: M. DE LA FUENTE LAVIN, "El régimen jurídico de las horas extraordinarias", cit., pág. 93 y ss; A.L. MARTÍN SERRANO, "Horas por necesidades...", cit., pág. 405; E. MONREAL BRINGSVAERD, "Régimen jurídico de las horas extraordinarias", cit., pág. 114 a 120.

¹⁷⁶ A.L. MARTÍN SERRANO, "Horas por necesidades urgentes y por fuerza mayor", cit., pág. 405. Véase también respecto de la prohibición de horas extraordinarias para los trabajadores nocturnos y menores, y la excepción respecto de las horas de emergencia: L.F. ROA RICO, "El nuevo régimen jurídico...", cit., pág. 117 a 120.

¹⁷⁷ F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 30.

¹⁷⁸ A.L. MARTÍN SERRANO, "Horas por necesidades urgentes...", cit., pág. 408.

¹⁷⁹ Como se indica en las observaciones del dictamen del CES, el alcance que deba dársele a la vigencia de la regulación colectiva no queda claro. La lógica impone que dicha vigencia sea la inicialmente pactada (Dictamen nº. 10, CES, pág. 12). Una vez perdida ésta, y en defecto de regulación colectiva posterior de los asuntos ahora cuestionados, la remisión se entenderá hecha únicamente a la regulación legal.

éstas conforme al principio de proporcionalidad (art. 35.2 ET)¹⁸⁰. No obstante, en los contratos a tiempo parcial indefinidos cuya jornada sea inferior al nuevo límite legal del trabajo a tiempo parcial, o fijos discontinuos –se entiende–, cuya jornada, dentro del período de actividad, sea inferior a la de los trabajadores a tiempo completo, faculta el legislador a la opción entre horas extraordinarias o concertación de las complementarias conforme a la regulación actual. Caso de elegir esta última vía de flexibilización de la jornada, se aplicará inmediatamente la correspondiente exclusión de las horas extras, salvo las previstas en el art. 35.3 ET. Parece que la expulsión de las horas extraordinarias debe mantenerse, exclusivamente en tanto el pacto de horas complementarias esté en vigor. Una vez denunciado éste, de nuevo se someterá a las reglas primigenias de regulación al respecto¹⁸¹.

No parece que sea admisible ninguna excepción más aparte de las expresamente previstas por el propio RD-L 15/98, ni aún previstas en Convenio Colectivo; los términos del mandato son también claros en éste aspecto y la norma lo es de derecho imperativo¹⁸². A salvo, claro está y aún no siendo propiamente una excepción, de la vigencia del segundo inciso del párrafo primero del art. 35.2 ET para los contratos a tiempo completo con jornada reducida. La prohibición de realización de horas extraordinarias por excepcional respecto de la regulación general del art. 35 ET, por reductora de las potestades organizativas que en ella se conceden, y cuya razón de ser no se explica en cierto modo sino en la particular modalidad contractual a tiempo parcial y en conjunto de su régimen jurídico, no admitirá en principio extensiones por analogía a los contratos a tiempo completo de jornada reducida; en todo caso, lo que

¹⁸⁰ En este sentido: S. TSJ. Cataluña 25-11-2003 (AS. 2003/672). No se alteraba el número máximo de horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial a partir de su reducción proporcional bajo su regulación primigenia, sí, en cambio, a partir del art. 2.4 RD 1991/84, de 31 de octubre (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 217 y 221). Dicha regla de proporcionalidad se introduce posteriormente en el art. 35 ET con su modificación por RD-L 1/86, sin que se observe oposición alguna con la ya prevista en el RD 1991/84. No obstante, la redacción del art. 35.2 ET suscitó dudas en un sector doctrinal al estar fijada la proporción en relación con la "jornada general en la empresa", distinta de la "jornada habitual en la actividad" que servía de referente en el concepto de trabajo a tiempo parcial precedente (F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 29). Por el contrario, la mayoría de la doctrina no se ha cuestionado profundamente dicha disyuntiva, probablemente por la identificación mayoritaria que se hacía entre la jornada practicada en la empresa y aquella "habitual en la actividad" (véase, por ejemplo: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 64). La proporcionalidad en las horas extraordinarias desaparece de su regulación específica con el RD-L 18/93 -posteriormente LFO- y su decreto de desarrollo, para pasar a estar establecida únicamente en el art. 35.2 ET, sin que se observe tampoco variación alguna respecto de la situación anterior (L.M. CAMPS RUIZ, "La nueva regulación del mercado de trabajo", cit., pág. 146 y 147; J.S. MARTÍNEZ FENOLL, "El tiempo de trabajo", CISS, Valencia, 1996, pág. 80). A efectos de determinar el límite máximo de horas extraordinarias el único módulo referente es el anual, sin necesidad de pacto sobre distribución irregular de la jornada (F.J. PRADOS DE REYES, "La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 508).

Caso de limitarse por Convenio Colectivo el número máximo de horas extraordinarias, se reducirá proporcionalmente también las de los trabajadores a tiempo parcial (F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 29). Sin que pueda pretenderse que el límite de las nueve horas de trabajo ordinario del art. 34.3, 2º Párr. ET se reduzca proporcionalmente para el trabajo a tiempo parcial, por cuanto su razón de ser está en la tutela de la salud del trabajador (F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 23). En cuanto a la compensación de las horas extraordinarias, me remito a lo que se dirá en el último capítulo.

¹⁸¹ Sobre este tema profundizaremos algo más en el epígrafe dedicado al concepto de la hora complementaria.

¹⁸² C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 80; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "La incidencia del trabajo a tiempo parcial en las empresas de trabajo temporal", cit., pág. 156.

procederá será la reducción proporcionada del número máximo de horas extraordinarias permitidas, conforme al referido mandato estatutario¹⁸³.

No obstante, en opinión de un sector doctrinal las horas extraordinarias son admisibles respecto del fijo discontinuo¹⁸⁴. Por descontado son posibles actualmente respecto del fijo discontinuo del art. 15.8 ET, en cuanto no se prohíben expresamente respecto de él¹⁸⁵. Pero la disyuntiva puede aún mantenerse respecto del fijo periódico cuyo régimen jurídico continúa enmarcado en el art. 12 ET. y, en general, con los fijos discontinuos sometidos a la regulación del 98. Y ello, aún cuando no se entienda el diverso trato, tampoco en este aspecto, para las distintas submodalidades de fijeza discontinua ni se comparta la conveniencia y razonabilidad de someter a tales restricciones en función –en última instancia– de la fecha de contratación. Con objeto de evitar reiteraciones, esta cuestión la desarrollaremos más adelante, en el epígrafe dedicado a los supuestos en que puede pactarse la hora complementaria.

3.2 La flexibilidad del contrato a tiempo parcial

3.2.1 Sobre el horario flexible y las exigencias del Art. 12.4.a) ET/98

A pesar de la exigencia indubitada de predeterminación pormenorizada de los tiempos de trabajo en el 98 es, precisamente, la finalidad tutelar que la informa la que recomienda, no obstante, la aceptación de la licitud del pacto sobre horario flexible en el contrato de trabajo a tiempo parcial¹⁸⁶. Conclusión predicable también en la regulación actual en que se han flexibilizado las exigencias formales relativas a la predeterminación de la jornada tras la reforma propiciada por la Ley 12/2001. Reconocido habitualmente como más favorable para el trabajador que el horario rígido, en cuanto no se impone éste al trabajador, sino que se deja a su albedrío su disfrute y la flexibilidad en la organización de sus tiempos, nada parece imponer la exclusión del trabajador a tiempo parcial de dicha facultad en cualesquiera de sus modalidades. Tanto más, cuando facilitaría la combinación del trabajo a tiempo parcial

¹⁸³ S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 36.

¹⁸⁴ S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido", cit., pág. 36.

¹⁸⁵ Una vez extraído el fijo discontinuo irregular del art. 12 ET, enmarcado en el art. 15.8 ET puede, por supuesto, realizar horas extraordinarias (F. CAVAS MARTÍNEZ, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial común o genérico", AAVV, "Análisis de la Ley 12/2001...", cit., pág. 54; J.M^a. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación laboral...", cit., pág. 29). Aún cuando sea un «disparate» no permitírselas al discontinuo de fechas inciertas contratado bajo la vigencia del RD-L. 15/98, como al fijo periódico (J. TARRAGA POVEDA, "El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial", Ed. Bomarzo, 2004, pág. 52).

¹⁸⁶ En contra, la S. TSJ. Murcia de 16-4-1998 (AS. 2257), fundamentado el rechazo del horario flexible en el contrato a tiempo parcial en las exigencias formales del mismo y consiguiente determinación del objeto del contrato, no así en razones vinculadas al fraude de ley ni al abuso de derecho. No obstante, a la vista de los hechos probados, por tratarse de una empresa de «catering», y no contar con el informe favorable del Comité de empresa, parece más que razonable dudar sobre la licitud del mismo.

con otra dedicación remunerada que completase su déficit social, o potenciaría otras virtualidades reconocidas al trabajo a tiempo parcial de “compatibilización” con los diversos aspectos de la vida del trabajador¹⁸⁷. Ahora bien, no pasa desapercibido el peligro potencial que subyace en la admisibilidad sin cautelas del pacto sobre horario flexible; su establecimiento se tendrá que hacer con las suficientes garantías para el trabajador y con respeto a las normas de derecho necesario sobre limitación y distribución de la jornada parcial a fin de que no pueda convertirse el pacto sobre horario flexible en vía de defraudación de los mismos o de las horas complementarias, de la prohibición de horas extras, ni de abuso por parte empresarial por encubrir una más amplia disponibilidad horaria. En este sentido, no parece suscitar grandes suspicacias el horario flexible en sus modalidades de «horario fijo variable», en que el trabajador elige entre varios horarios fijos, o de «horario flotante», con el que trabajador puede elegir su hora de entrada dentro de un determinado margen, determinando ésta su hora de salida¹⁸⁸ y similares. Más dudas despierta, en cambio, la modalidad de «horario elástico» o «flexible puro», es decir, cuando se prevén puntas de flexibilidad así como tiempos rígidos a fijar estos últimos por el empresario, con posibilidad, en ocasiones, de cómputo de la jornada por períodos superiores al día¹⁸⁹. Caso de pacto con previsión de fijación por el empresario de los llamados “tiempos rígidos” o “tronco común”, deberán constar en el contrato los márgenes precisos en los que el empresario pueda desenvolver dicha facultad, sin posibilidad de imposición del fraccionamiento de la jornada con vulneración de los límites previstos en el art. 12.4.b) ET. Tampoco podrá conculcarse la prohibición de realización de horas extraordinarias ni el período mínimo de descanso entre jornadas (art. 34.3 ET), ni las prescripciones sobre festivos, descanso semanal o vacacional¹⁹⁰. Probablemente, caso de ser variables, salvo cláusula de flexibilidad, no podrán superar el máximo de horas complementarias admisibles ni estar distribuidos con quebrantamiento de los límites previstos para ellas, y deberán considerarse igualmente sometidas a idéntico preaviso y forma de realización.

4. Las horas complementarias

Con el RD-L 15/98 el legislador español crea y regula por primera vez la figura de las horas complementarias, denominación que ya avanzara en épocas anteriores sectores doctrinales para referirse a un particular *tertium genus* de jornada, a medio camino, pudiera ser, entre las horas ordinarias y las extraordinarias.

¹⁸⁷ Vid.: E. BORRAJO DACRUZ, “Horario flexible”, en AAVV (dir. E. Borrajo Dacruz), “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982, pág. 229 y 230.

¹⁸⁸ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 136; E. BORRAJO DACRUZ, “Horario flexible”, en AAVV (dir. E. Borrajo Dacruz), “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982, pág. 226.

¹⁸⁹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 136; E. BORRAJO DACRUZ, “Horario flexible”, cit., pág. 226 y 227; G. TUDELA CAMBRONERO, “Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación”, en AAVV, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 568.

¹⁹⁰ Derechos indisponibles por el trabajador y dado que el horario flexible no supone norma especial frente a la general, en cuanto no viene establecido por el legislador y, tras la L. 11/94, ni tan siquiera regulado expresamente (M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 137 y 138).

La doctrina ha destacado, la trascendencia de la figura en la precedente regulación del contrato a tiempo parcial y, por descontado, el papel fundamental que le corresponde desempeñar a este nuevo instituto, hasta el extremo de condicionar el éxito del “nuevo” contrato a tiempo parcial del RD-L 15/98 a su aceptación por los protagonistas del mercado laboral¹⁹¹. Opinión que desde luego compartimos al ser el único elemento de flexibilidad de su rígida jornada. También compartimos que su diversa regulación en el 98 y 2001 es coherente, está inspirada en los mismos principios que informan al conjunto del contrato o de sus rectificaciones en las respectivas reformas. Más en concreto, en el régimen del 98, la creación y regulación de las horas complementarias podrían considerarse globalmente integradas en una línea más general de mejora la calidad del trabajo a tiempo parcial y, en particular incentivar su voluntariedad y la contratación indefinida del mismo. En esta línea, las horas complementarias, pese a pretender ser una concesión que sirva de conciliación de los intereses empresariales, se inspira igualmente en la totalidad de su regulación en un principio tutelar de la posición jurídica de este último¹⁹². Por el contrario, las puntuales reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico de las horas complementarias por la L. 12/2001 se ajustan y completan una perspectiva o equilibrio muy distinto de las mismas y del conjunto del contrato. Esta nueva etapa se inspira ahora fundamentalmente en criterios de flexibilidad en favor del lado empresarial en detrimento de la tutela de la posición del trabajador, más en concreto, de la disponibilidad de los tiempos de éste y de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial¹⁹³.

La regulación de las horas complementarias también comparte con el resto de las facetas del contrato a tiempo parcial, el deseo del legislador del 98 de agotar perfectamente su régimen jurídico en una norma de rango legal¹⁹⁴, en un sólo y amplísimo apartado 5º de un único artículo del Estatuto. Destacada en su momento por la doctrina y los empresarios la complejidad del precepto por su extensión y por su contenido¹⁹⁵, nuevamente se evidencia la desconfianza del legislador del 98 –ahora– del uso que se pueda hacer de las horas complementarias y su deseo de control de la dirección que vaya a tomar la figura, sin apenas dejaciones al Convenio Colectivo y, aún menos, a la autonomía individual. La regulación no sólo es extensa, sino que en su mayor parte se erige en derecho necesario, absoluto o relativo. En consecuencia, pese a las numerosas llamadas que efectúa el art. 12.5 ET/98 a la negociación colectiva, se deja un escaso margen de actuación a ésta¹⁹⁶, centrado en la mayoría de los

¹⁹¹ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 83 a 85.

¹⁹² M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 83 a 85 y 88; F. VALDÉS DAL-RE, “Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)”, RL, n.º. 20, 1999, pág. 2 y 3. Orientación tutelar que se ha calificado como una recuperación del espíritu intuitivo del Derecho del Trabajo (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, Comares, Granada, 1999, pág. 46).

¹⁹³ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 117 a 119.

¹⁹⁴ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 83.

¹⁹⁵ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 83. Y las consiguientes dificultades en su uso por los pequeños y medianos empresarios, con propuesta de mayor reserva de flexibilidad para este segmento empresarial, así como para las empresas de campaña: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales”, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 94.

¹⁹⁶ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 88.

supuestos en la suplementariedad de la ley, pudiendo desempeñar un papel más relevante en los aspectos relacionados con la distribución de la jornada complementaria.

Por el contrario, la reforma del régimen jurídico de las horas complementarias, premonizada por la disposición adicional única del RD-L 15/98¹⁹⁷, llevada a cabo primero por el RD-L 5/2001 y posteriormente por la L. 12/2001 y dirigida a solventar ciertas “disfunciones” detectadas en la práctica con el objeto de promocionar el uso del contrato (Exp. Mot.)¹⁹⁸, sigue una línea muy distinta. En este marco, y a través de lo que aparenta no ser más que un ajuste del régimen jurídico de aquéllas, se liberaliza su regulación a través de: un retroceso de la normativa legal en materia de duración del pacto, de distribución de las horas complementarias y de su consolidación; la ampliación de los márgenes de dispositividad del convenio colectivo respecto del número máximo de horas complementarias susceptibles de contratación; y por la sencilla omisión de toda referencia a las potestades del convenio colectivo o de las partes para fijar duraciones limitadas del pacto, libre denuncia del mismo –o en supuestos añadidos a los legales–, o fórmulas de consolidación de las horas complementarias. La verdadera liberalización extrema del régimen de las horas complementarias no se extrae, no obstante, de su análisis sesgado, sino que ésta viene integrada por la desaparición del umbral del contrato a tiempo parcial, y completada, en una visión más amplia de la flexibilidad del nuevo contrato con la nueva configuración abierta de la distribución de la jornada ordinaria que, por lo demás, dificultará el control de la complementaria¹⁹⁹.

A modo de conclusión de esta breve introducción a lo que seguidamente exponemos, las horas complementarias constituyen un elemento esencial en la conformación del contrato de trabajo a tiempo parcial introducida tanto por el RD-L 15/98 como en su reforma por la L. 12/2001, y ello no porque sea estructural al mismo, sino por representar la concesión de flexibilidad que pretendidamente equilibre la rigidez del concepto de contrato a tiempo parcial inaugurado por el RD-L 15/98, o complete la concepción del actual como modo de gestión en extremo flexible del tiempo de trabajo, de manera que uno y otro constituyen un todo en la eco-

¹⁹⁷ Recogía dicha disposición adicional única RD-L 15/98, derogada por la Disposición derogatoria única b) RD-L 5/2001 y L. 12/2001, algunas de las cuestiones más criticadas por el sector empresarial. En concreto, respecto de las horas complementarias, el común de los aspectos afectados por la reforma de 2001, salvo el relativo a la duración del pacto y amplia libertad de rescisión, también criticado por el colectivo empresarial (vid. Dictamen n.º 10 del CES, 1998, cit., pág. 18).

¹⁹⁸ Insatisfactorios resultados que la doctrina achaca a la decidida oposición empresarial a la regulación del 98 del contrato a tiempo parcial: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 118; C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, “Contratación laboral y política de empleo...”, cit., pág. 50; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE y M.ª.E. CASAS, “La reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»”, cit., pág. 14. También reconocen esta orientación de la reforma a través de una configuración más atractiva del contrato para las empresas en detrimento de los derechos del trabajador, por ejemplo: M.R. ALARCÓN CARACUEL, “Reflexión crítica...”, cit., pág. 39.

¹⁹⁹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”, cit., pág. 119. La interdependencia entre los factores afectantes a la jornada parcial es tal que sectores doctrinales pronosticaron el futuro desuso de la jornada complementaria, aún reformada, en cuanto la nueva regulación permite un uso un uso flexible de la jornada ordinaria (M.A. PURCALLA BONILLA y M.ª.P. RIVAS VALLEJO, “Los contratos formativos y a tiempo parcial al amparo del nuevo régimen jurídico introducido por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, cit., pág. 11 y 12).

nomía de cada regulación. Cesión que, se hace en el 98 y en el 2001 sobre un equilibrio de intereses muy distinto. De si se ha logrado o no un equilibrio adecuado entre una y otra perspectiva dependerá, como de costumbre, de aquél que lo examine, gravado en el 98 particularmente por el peso de su precedente regulación, extremadamente flexible, y ahora, a la inversa, por la tutelar precedente, y siempre por la orientación de política de empleo que cada vez con más verosimilitud –siquiera por los constantes cambios y puesta en cuestión de su regulación, como si de una “oferta de ocasión” se tratara– se pretende que desempeñe esta modalidad contractual. En nuestra opinión, no obstante, los niveles de precarización del contrato a tiempo parcial conforme a la regulación actual son alarmantes y sólo compensables a través de la intervención de la negociación colectiva y de un esfuerzo exegético racionalizador.

4.1 El concepto de hora complementaria

El concepto de hora complementaria fue elaborado doctrinalmente en España por García de Haro inspirado en experiencias de legislaciones de nuestro entorno sociopolítico, más en concreto, Alemania e Italia²⁰⁰. Partiendo del concepto legal de hora extraordinaria como aquélla que superase la jornada máxima legal, y de las notas características de su regulación²⁰¹, la tendencia a la reducción de la jornada a través del Convenio Colectivo o de pacto individual conllevaría un margen de jornada susceptible de ser cubierto a través de las que denominó «horas complementarias»²⁰². El régimen jurídico de dichas horas complementarias vendría determinado por el pacto de las partes, y por consiguiente, únicamente asimilado al de las horas extraordinarias en lo que aquéllas expresamente conviniesen. En defecto de acuerdo su realización sería voluntaria para las partes por imposibilidad de alteración unilateral de las condiciones del contrato, y su remuneración sería la correspondiente a las horas ordinarias²⁰³.

²⁰⁰ R. GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, “Horas extraordinarias y horas complementarias”, *Revista de Política Social*, nº. 60, 1963, pág. 107 a 112.

²⁰¹ En cuanto al concepto, se desprende del articulado de la LJML y del art. 23 L.RL, de manera que en la mente del legislador, entiende GARCÍA NINET, sólo eran horas extraordinarias las que superasen la base máxima legal o las nueve horas diarias de trabajo, no obstante su crítica principalmente en orden al carácter de regulación de mínimos de tales previsiones (J.I. GARCÍA NINET, “Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias”, *EDERSA*, Jaén, 1977, pág. 237 a 239, 247 a 250). Por lo que se refiere a su regulación, cabría recordar por aquéllas fechas su necesaria autorización por la autoridad laboral, el recargo en su precio, su límite numérico, su excepcionalidad y su carácter voluntario -salvo aceptación previa en Convenio Colectivo o contrato de trabajo, o trabajos de emergencia-, así como en algunas disposiciones de regulaciones sectoriales.

²⁰² R. GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, “Horas extraordinarias y horas complementarias”, cit., pág. 112 a 117. Véase una exposición de la doctrina científica italiana al respecto y de la tesis de GARCÍA DE HARO en: J.I. GARCÍA NINET, “Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias”, cit., pág. 239 a 242.

En cuanto al nomem escogido, argumenta su mejor adecuación por cuanto el de «horas suplementarias» puede confundirse con la denominación que la doctrina alemana y francesa utiliza para designar lo que nosotros conocemos como horas extraordinarias. En cuanto al de «horas adicionales» en ocasiones ha sido utilizado igualmente para designar el trabajo extraordinario (R. GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, “Horas extraordinarias y horas complementarias”, cit., pág. 117 y 118.

²⁰³ R. GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, “Horas extraordinarias y horas complementarias”, cit., pág. 121, 122 y 126.

Ya respecto del trabajo a tiempo parcial podrían elaborarse dos conceptos diversos de horas complementarias. Una, la más apegada al expuesto arriba en cuanto observe la jornada extraordinaria como la realizada por encima del máximo legal, calificaría como horas complementarias las realizadas por encima de la jornada pactada y por debajo de la jornada máxima legal. Y una vez que con el ET/ 80 pasemos a considerar como extraordinarias las desempeñadas por encima de la jornada pactada en Convenio Colectivo o contrato de trabajo²⁰⁴, serían complementarias aquéllas pactadas con tal carácter en el contrato de trabajo hasta alcanzar el máximo previsto en el Convenio Colectivo o, en su defecto, el máximo legal. El fundamento de ésta hipótesis se centra en la autonomía de la voluntad partes, únicamente limitada por los máximos fijados heterónomamente, sea por ley estatal o colectiva. Realmente, ésta concepción de las horas complementarias sería común a la predicable en el contrato a tiempo completo, y eludiría, tal y como lo hizo el legislador del 93 y hace el del 2001, una verdadera y franca división –y distinción– entre uno y otro tipo de contrato.

La otra posible conceptualización de las horas complementarias, partiría de una perfecta delimitación entre el contrato a tiempo completo y el parcial. El límite máximo previsto para el contrato a tiempo parcial jugaría un papel similar al desempeñado por la jornada máxima legal. Ahora las horas complementarias serían las realizadas por encima de la jornada pactada y por debajo de los límites fijados por el legislador para esta modalidad contractual. Igualmente, de considerarse horas extraordinarias las realizadas por encima de la jornada pactada, podrían ser complementarias únicamente aquéllas que estuvieran efectivamente previstas mediante pacto expreso, bien desde el comienzo en el contrato, bien con posterioridad a través de acuerdo novatorio. Una vez que el exceso de jornada realizado sobre el pactado se califica como extraordinario y se fijan los límites precisos entre el trabajo a tiempo parcial y el tiempo completo, la opción legislativa del RD-L 15/98 se enmarca coherentemente en la última conceptualización.

Del referido art. 12.4.c) ET, primer párrafo en que se hace mención a las horas complementarias se pueden deducir varias consideraciones que, al menos algunas de ellas, someteremos a cuestión a lo largo de los sucesivos epígrafes.

En primer lugar, como ya se advirtió en su momento, el hecho de que la prohibición de las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial vaya seguida de la admisión de realización de horas complementarias, ha sido interpretado por la doctrina como una sustitución o suplencia de una institución por la otra. Desde esta perspectiva, las horas complementarias vendrían a cumplir la función de elasticidad o, más ampliamente, de flexibilidad o variabilidad de la jornada que vienen a desempeñar las extraordinarias respecto de la jornada en general. Aún admitiendo a grandes rasgos

²⁰⁴ Por todos: F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, "Tiempo de trabajo y contrato ferroviario", Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1995, pág. 414 a 416.

estas apreciaciones, consideramos que ya, desde el comienzo, es necesario matizar²⁰⁵. En primer lugar, las horas extraordinarias no cumplen exclusivamente una función de ampliación de la jornada, también potencialmente a través del descanso compensatorio pueden ser utilizadas como mecanismo de flexibilidad en su más puro sentido, y una flexibilidad que, como ya se dijo, puede llegar a ser bastante más amplia de lo que inicialmente pudiera parecer en atención a sus límites numéricos. En consecuencia, para concluir en que las horas complementarias vienen a sustituir funcionalmente a las extraordinarias será necesario aseverar que, efectivamente, abarcan no sólo el campo de la elasticidad sino también el de la flexibilidad de la jornada y en similares condiciones. Sobre ello volveremos más adelante.

En segundo lugar, las horas complementarias y su regulación no sustituyen necesariamente a las extraordinarias ni sus límites responden a las mismas razones²⁰⁶. Por el contrario, las horas de variabilidad –bien en su extensión, bien en su colocación– no son alternativas a las extraordinarias ni por su propia naturaleza ni, en términos generales, por mandato del legislador, aún cuando en el trabajo a tiempo parcial puedan preverse y justificarse tales limitaciones²⁰⁷.

El primer párrafo del apartado 5 del art. 12 ET no define qué sean horas complementarias; prácticamente se limita a decir que lo serán aquéllas que se ajusten al régimen jurídico que se sigue en el comentado apartado y los aspectos esenciales de éste o, aún más, su sencilla remisión no son útiles en estricto para definir una institución jurídica. A simple vista el único dato que parece tener virtualidad definitoria es el de ser una prestación adicional a las horas ordinarias pactadas en el contrato. Por otra parte, parece elevar extrañamente su régimen jurídico a una instancia definitoria

²⁰⁵ En este sentido más tibio se pronuncia VALDÉS DAL-RE, que califica a la función de las horas complementarias como “sucedáneo” del trabajo extraordinario, y potencialmente, un instrumento con mayores dosis de elasticidad (F. VALDÉS DAL-RE, “Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)”, cit., pág. 4).

²⁰⁶ En esta dirección, un sector doctrinal destaca la diversa función de los límites de la jornada complementaria frente a la extraordinaria. En tanto la primera persigue salvaguardar la identidad cuantitativa del contrato de trabajo a tiempo parcial frente al contrato de trabajo a tiempo completo, la segunda tutela la salud del trabajador (F. VALDÉS DAL-RE, “Las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial”, en AAVV, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 144). Y en estas valoraciones se enmarca el distinto régimen en su limitación o prohibición para determinados colectivos, y según destacan algunos autores, el diverso régimen de compensación, puesto que las horas complementarias del trabajo a tiempo parcial se están realizando en el marco de la jornada ordinaria de otros trabajadores y, en todo caso, por debajo de los límites legales y máximos convencionales, con lo que la mayor penosidad de las horas extraordinarias no es predicable respecto de las complementarias en la misma medida (vid.: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGO, “Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 109 a 111). Si bien son plenamente admisibles los criterios comentados vinculados a la tutela de la salud del trabajador –y de sus vestigios–, no puede prescindirse de la gravosidad que la modificación del horario supone para un trabajador a tiempo parcial en cuanto a la –nominalmente reconocida– conciliación de espacios, como el posible efecto adverso constitutivo de discriminación por razón de sexo. Sobre compensación de las horas extraordinarias véase en el capítulo IV.

²⁰⁷ Por ejemplo, en Italia, tras el art. 46, D. Legs. n 276/2003, está admitido el trabajo suplementario, realizado por encima de la jornada pactada y por debajo de la jornada a tiempo completo, en el trabajo a tiempo parcial horizontal en tanto se admite el trabajo extraordinario y las cláusulas elásticas exclusivamente respecto de su modalidad vertical o mixta. Y para ambas modalidades se aceptan, además, las cláusulas flexibles.

de aquéllas, aún cuando su trasfondo no sea sino reflejar la preocupación por su delimitación frente a las horas extraordinarias y generar un halo de tutela de la posición del trabajador, sutil pero drásticamente disminuida en el 2001²⁰⁸.

No obstante, no todo elemento de su regulación tiene idéntico carácter esencial a efectos de la calificación de aquéllas. De hecho, cuando el art. 12.5 ET exige la adecuación de éstas a su régimen jurídico, a efectos de su definición y consecuentemente calificación, no se remite propiamente a la fase de ejecución de la jornada complementaria, sino a su momento originario, en definitiva, al acuerdo. Luego, el elemento verdaderamente definidor de la hora complementaria lo constituye únicamente el acuerdo, y sólo a éste y a su validez se somete la calificación de jornada complementaria.

Si definir es distinguir clara y precisamente un concepto frente a los otros, el pacto de horas complementarias es fundamental para diferenciarlo de las horas extraordinarias. De esta manera, las horas complementarias se constituyen en jornada pactada —y como tal obligatoria²⁰⁹—, aún variable a lo largo y/o a lo ancho, en tanto las extraordinarias se realizan por encima de ésta²¹⁰. Bien es cierto que las horas extraordinarias pueden pactarse igualmente, en cuyo caso, podría pensarse, la calificación del margen de disponibilidad sobre el tiempo de trabajo que resulte se deja, en última instancia, en manos de las partes cuando de jornada inferior a la máxima legal se trate. Y ello por cuanto en tal caso el acuerdo de realización de horas extraordinarias se convierte en una condición válida del contrato de trabajo, y las

²⁰⁸ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 88 a 90. Efectivamente, a la delimitación con las horas extraordinarias cabe añadir, particularmente en la versión del 98, la intención de identificar el papel de las fuentes a efectos de su regulación, con un decisivo componente heterónomo en la selección de las mismas. Bien es cierto, que en la actualidad, aún cuando se mantiene la fórmula literal de identificación de las horas complementarias con su régimen jurídico, su regulación heterónoma se ha reducido ostensiblemente en favor de la autonomía colectiva e individual. Sin embargo, también hoy puede apreciarse un interés legal en su control y fomento aún cuando en éste se advierta un cambio de dirección. En segundo lugar, también es apreciable el esfuerzo por identificar claramente el medio admitido —y sus condiciones— de variabilidad del objeto del contrato de trabajo a tiempo parcial, en definitiva, rellenar el vacío apreciable antes del 98 sobre el campo del *ius variandi* de la jornada de trabajo en el contrato a tiempo parcial y que la doctrina le atribuyó al Convenio Colectivo o a la autonomía individual. Vacío que, no obstante, se recupera particularmente respecto de los aspectos flexibles de la jornada a tiempo parcial a partir de la reforma del 2001. La identificación de la hora complementaria con su régimen legal a los extremos definitorios de la figura supone entonces, respecto del trabajador a tiempo parcial más intensidad en la tutela de su posición y de sus intereses, habida cuenta de los importantes costes que para él conlleva y de la orientación de conciliación de tiempos que informa la Directiva y —al menos nominalmente— al RD-L 15/98 (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGU, "Las horas complementarias...", cit., pág. 44).

²⁰⁹ Algunos autores también critican que no se haya incorporado a la definición del contrato la obligatoriedad de su prestación para el trabajador a iniciativa de la empresa (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 47). En nuestra opinión, en cambio, la cuestión es secundaria pues dicha obligatoriedad deriva del hecho de ser jornada pactada, siendo enmarcable en su régimen jurídico y no propiamente de su definición.

²¹⁰ F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)", cit., pág. 4.. En este sentido parece pronunciarse también: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 89 y 90 y en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias y su pacto...", cit., pág. 41 y 42. Si bien es cierto, que el legislador podía haber previsto, al igual que hace con las horas extraordinarias, su nacimiento *ex lege*, y aún incluso voluntarias, y no derivadas de contrato (F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva... (I)", cit., pág. 4), las consecuencias habrían alcanzado al concepto mismo de hora extraordinaria.

mismas se conforman como trabajo convenido y, consiguientemente, obligatorio²¹¹. Las similitudes entre un acuerdo y otro no concluyen aquí puesto que la existencia de tal pacto, al igual que sucede con las horas complementarias, es aleatoria. Ahora bien, las diferencias entre el régimen de unas y otras, aún pactadas, son ostensibles. En primer lugar, por cuanto la obligatoriedad de las mismas se configura como una excepción a la regla general de la voluntariedad en la prestación de las horas extraordinarias²¹², en tanto la voluntariedad de las horas complementarias imperativamente se remite en exclusividad al pacto, y no a aceptación aislada de las mismas. En segundo lugar, el pacto de obligatoriedad de las horas extraordinarias también a diferencia de aquéllas, es asumible no sólo por los trabajadores individualmente considerados sino igualmente por Convenio Colectivo²¹³. Por último, el compromiso de realización de horas extraordinarias no vincula exclusivamente al trabajador, sino también ocasionalmente al empresario²¹⁴, en tanto que el acuerdo de horas complementarias, salvo pacto de ocupación mínima no previsto estatutariamente y en cualquier caso difícilmente equiparable a aquél, deja libre al empresario para su uso.

De conformidad con el primer párrafo del art. 12.5 ET, las horas complementarias son una «*adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial*». ¿Qué significado tiene el configurarlas como una adición a las horas ordinarias? ¿Acaso se definen tales horas como fracciones necesariamente de elasticidad aún dotadas de una amplia libertad distributiva, excluyéndose la posibilidad de configuración de las mismas como de flexibilidad? Así parece en una primera instancia, y no sólo por su calificación como adición; el hecho mismo de que una vez pactadas sea una facultad de realización de dichas horas a instancias del empresario parece remitirse claramente a la determinabilidad del *quantum* de la prestación y no a la simple colocación de un margen de jornada determinada efectivamente en la cantidad y no así en aspectos únicamente relativos a su cualidad²¹⁵. El mismo párrafo primero del art. 12.5 ET, se refiere a la «*posibilidad de realización*» de las horas com-

²¹¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Voluntariedad de las horas extraordinarias, convenio colectivo y prolongación de jornada", cit., pág. 22. En el mismo sentido: M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias", cit., pág. 423.

²¹² Por todos y aunque sea cierto que son voluntarias en su origen, bien por consentimiento individual del trabajador, bien por derivarse de la voluntad concurrente de los representantes: M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias", cit., pág. 417, 422 y 423.

²¹³ Por el contrario, el pacto de horas complementarias precisa del acuerdo de las partes, sin posibilidad de sustitución del consentimiento de éstas por Convenio Colectivo o, en general, por acuerdo de la empresa con los representantes de los trabajadores (M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 760).

²¹⁴ L. F. ROA RICO, "El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias", cit., pág. 136. Al menos cuando consista un compromiso concreto de realización de horas extraordinarias y no una aceptación de decisiones ocasionales de la empresa (F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, "Tiempo de trabajo y contrato ferroviario", cit., pág. 426). Por consiguiente, y conforme a esto último, el pacto de obligatoriedad de las horas extraordinarias puede llegar a configurarlas tendencialmente como jornada determinada y hasta fijada en el calendario laboral (así lo recomienda: J.I. GARCÍA NINET, "Ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 74).

²¹⁵ En este sentido VALDÉS DAL-RE señala que lo más correcto sería hablar de "jornada complementaria", más vinculada al *quantum* de la prestación, que de "hora complementaria", puesto que con este último término parece estar refiriéndose a la colocación de la jornada de trabajo (F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)", RL, n.º. 20, 1999, pág. 3).

plementarias como adición a las ordinarias, lo que viene a reiterar los apartados a) y c) del art. 12.5 ET/2001²¹⁶.

De considerarse así, resulta evidente que tales horas no vienen a cumplir la misma función que las horas extraordinarias que, como ya vimos, se han constituido progresivamente y sobre todo a partir del 94, en un elemento de flexibilidad de la jornada y no de mera elasticidad de ésta. Entonces tampoco nos valdría ahora el argumento de la prohibición de las horas extraordinarias y subsiguiente sustitución por las complementarias para admitir ésta como única vía de variabilidad de la jornada parcial; a efectos de extensibilidad de la jornada puede, pero no a efectos de flexibilización de su distribución²¹⁷.

No obstante, en nuestra opinión, no tiene mucho sentido bajo la regulación del 98 admitir la realización de amplia jornada adicional cuantitativamente hablando y no, en cambio, cláusulas de variabilidad de la colocación de la jornada. Piénsese que, en cualquier caso, la modificación en el *quantum* de la prestación entraña necesariamente una variación del horario inicialmente previsto. Sin embargo, y pese a ello, para afirmar la escasa razonabilidad de la opción no cabe partir sin más, ni aún en términos generales, del principio de "quien puede lo más, puede lo menos", por considerar que en definitiva supone una mayor disponibilidad la ampliación de la jornada que la variabilidad de la contratada. El perjuicio, la sustancialidad de las modificaciones sobre distribución de jornada, pueden ser, según los términos de la variación muy superiores que los de la mera prolongación de la jornada diaria de trabajo. Sin embargo, cuando como sucede en la regulación prevista en el apartado 5 del art. 12 ET apenas se dice nada respecto de la concreta colocación de esas horas adicionales exigibles, salvo que se admita la interpretación que nosotros proponemos –distinta de la que propugna la mayor parte de la doctrina–, los conflictos que puedan

²¹⁶ Se confirma, igualmente en la anterior versión de su letra b) in fine, al admitir el pacto de horas complementarias caso de tratarse de un contrato fijo discontinuo, únicamente si el trabajador, dentro del período de actividad, realiza una jornada reducida respecto de los trabajadores a tiempo completo; es claro que identifica la jornada complementaria con aspectos relativos a la cantidad y no a la distribución de la misma. También podría ser sintomático el hecho de que se establezca el porcentaje de jornada elástica en función de la ordinaria y no directamente del total de la suma de ella, así como la indicación de que la suma de una y otra no podrá exceder de los límites legales máximos del contrato a tiempo parcial (art. 12.5.d) ET/98). Por otra parte, y respecto de la regulación de 1998, no habría nada que consolidar en lo que se refiere a la cantidad, puesto que tal jornada está en ese aspecto determinada desde su comienzo.

²¹⁷ El Derecho francés admite junto a las horas complementarias, el pacto sobre variabilidad de la distribución del tiempo de trabajo prevista en el contrato de trabajo a tiempo parcial, siempre y cuando se reserve al empresario tal posibilidad en una cláusula del contrato en la que consten las condiciones de dicha modificación, y se practique ésta con un preaviso de siete días de antelación a su efectividad, salvo que se reduzca a tres días por acuerdo sectorial extendido (art. L.212-4-3, y 212-4-4 Código de Trabajo) (vid.: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada", cit., pág. 151; J.P. LABORDE, "Algunas observaciones acerca del trabajo a tiempo parcial en el Derecho francés", cit., pág. 244). Ya hemos hecho referencia al Derecho italiano que admite el pacto de cláusulas de flexibilidad en todas las modalidades de trabajo a tiempo parcial, junto a las horas suplementarias del trabajo a tiempo parcial horizontal, y del trabajo extraordinario y pactos de elasticidad para la modalidad vertical y mixta. En lo que respecta al trabajo suplementario, no se requiere de pacto, articulándose su voluntariedad ad hoc, salvo previsión de su obligatoriedad por convenio colectivo, en cuyo caso tal voluntariedad parece que deba articularse sobre la refutación justificada. Por su parte, los pactos de elasticidad son similares a la jornada suplementaria pero necesitados de acuerdo con el trabajador. Ambos acuerdos, flexibles y elásticos, tienen exigida la forma escrita, considerada *ad substantiam* (M. BROLLO, "La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità", Lav.Giur., 2004, número speciale sulla "Reforma del mercato del lavoro").

surgir de unas y otras cláusulas se confunde. Por decirlo gráficamente, las horas complementarias bien podrían catalogarse de *mixtas*, no necesariamente en la práctica ni, en nuestra opinión derivado claramente de la Ley, pero sí conforme a la libertad absoluta de distribución que propugna un sector doctrinal o, según defendemos nosotros, en cuanto no lo impide.

Por otra parte, una vez pactadas las horas complementarias, son obligatorias para el trabajador y opcionales para el empresario, lo que no impide que éste efectivamente las agote, ni tampoco un compromiso en Convenio Colectivo o en contrato de trabajo de ocupación mínima garantizada, coincidente, por qué no, con el total de las horas contratadas²¹⁸. En cualquier caso, hemos visto que las actuales exigencias en orden a la determinación de la jornada ordinaria admite la concertación de tales cláusulas de flexibilidad añadidas ahora a las elásticas horas complementarias; los espacios de variabilidad del objeto contractual son mayores, no sólo porque se amplía el porcentaje de disponibilidad de las horas complementarias por la negociación colectiva, sino porque tales marcos de variabilidad alcanzan también a los aspectos distributivos de la jornada ordinaria.

Finalmente hay que advertir que las horas complementarias admisibles en el contrato de trabajo a tiempo parcial del RD-L 15/98 y de la L. 12/2001 son únicamente las definidas y reguladas en el apartado 5 del art. 12 ET, con los únicos márgenes de autonomía de la voluntad que en él se dejen. Pero no precluye la admisibilidad de la diversidad de cláusulas de variabilidad de jornada ni respecto del contrato a tiempo completo, ni respecto de los contratos a tiempo parcial no sometidos al régimen jurídico del 98. Efectivamente, la Disposición Transitoria Primera 2, del RD-L 15/98 admite para el futuro el pacto de horas complementarias para los contratos a tiempo parcial de duración indefinida celebrados con anterioridad al RD-L 15/98 y con jornada inferior al "nuevo" límite legal del trabajo a tiempo parcial. Reconduce, por consiguiente, las novaciones que se hagan en adelante en este concreto aspecto de la jornada, integrando y homogeneizando progresivamente los regímenes precedentes en favor del actual. Pero no afecta, en tanto no hace excepciones, a los pactos de variabilidad individuales y anteriores que de forma no abusiva rigiesen la relación jurídica de las partes. Como tampoco a las previsiones de flexibilidad de jornada parcial de los Convenios Colectivos vigentes a tal fecha; las nuevas disposiciones de flexibilidad distintas de las horas extraordinarias, por el contrario y en interpretación correctora de los párrafos 1 y 2 de la Disposición Transitoria Primera, parece que deban someterse a las prescripciones que al respecto ha fijado

²¹⁸ Así lo aceptan también: M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Ley, negociación...", cit., pág. 131; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 98. Ahora bien, estas cláusulas de flexibilidad chocan o al menos no se ajustan a la orientación prevalente de las previsiones legales del 98 sobre consolidación de la jornada, por cuanto ésta estaría ya consolidada realmente en su cantidad desde el comienzo, y la consolidación de su distribución restaría funcionalidad a tales cláusulas por remitirse, no a la efectivamente practicada en el tiempo de que se trate, sino a los criterios y forma de ordenación de la jornada original. Aparte, ¿serviría a los intereses del legislador a efectos de tal precepto de consolidación? ¿No está previsto principalmente para servir de tránsito voluntario del tiempo parcial al completo, así como para combatir la reducción artificial de la jornada?

el legislador²¹⁹. En la actualidad, ni el RD-L 5/2001 ni la L. 12/2001 han recogido una disposición transitoria similar respecto de la posibilidad de pacto sobre horas complementarias en los contratos a tiempo parcial indefinidos anteriores a la vigencia de ambas normas, sin que hayan tampoco procedido a derogar expresamente dicha Disposición Transitoria. ¿Cabría ahora admitir el pacto de horas complementarias en tales contratos anteriores al 98, alternativo a la realización de horas extraordinarias, pero en las condiciones previstas ahora por el art. 12.5 ET/2001, y con respeto al nuevo límite del contrato a tiempo parcial? ¿O sólo puede someterse a las reglas previstas en dicho RD-L 15/98? Nada parece que obste a la concertación de tales pactos, siempre y cuando ello lo permita el régimen jurídico bajo el que se celebraron los contratos, que no pueden ser otros, en definitiva, que los regidos por la disciplina del 93. En cualquier caso, y como ya se advirtió en el epígrafe correspondiente, los referidos trabajadores podrán aún hoy realizar horas extraordinarias alternativas al pacto sobre horas complementarias, en la medida en que así lo permite implícitamente el mantenimiento de la normativa legal vigente a la fecha en que se concertaron ex Disposición Transitoria primera RD-L 5/2001 y L. 12/2001.

4.2 Las fuentes de su regulación

El apartado 5 del art. 12 ET está íntegramente dedicado a la regulación laboral de las horas complementarias y acumula en él la regulación de las mismas, salvo la escueta referencia del apartado 4.c) que remite su régimen nuevamente al 5^o²²⁰. Realmente en este marco resulta difícil encontrar espacio para el desarrollo reglamentario, lo que lo convierte en innecesario y que, de producirse, probablemente no haría sino reiterar la ley o hurtar espacios de negociación colectiva. Pero es que, en particular, el Acuerdo sobre el contrato de trabajo a tiempo parcial del 98 exigía expresamente que la posibilidad de pactar horas complementarias se regulase por «norma de rango legal»²²¹ y que corrobora el reparto de materias entre la Ley y el reglamento fijado en el punto IV del Acuerdo y que no prevé respecto de las horas complementarias desarrollo

²¹⁹ Véase nota 15 de este capítulo.

²²⁰ Critica también RODRÍGUEZ-PIÑERO, siguiendo el Dictamen del Consejo de Estado, la ubicación de la regulación legal de las horas complementarias, a las que, en su opinión, por tratarse de tiempo de trabajo y, en particular, a los límites de la jornada trabajo -a su superación o, según se prefiera, especial configuración-, correspondería un art. 35 bis ET (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 87). No obstante, en nuestra opinión también hay razones para defender su actual ubicación, fundamentalmente porque, al menos de momento, la regulación legal las horas complementarias es exclusiva del contrato a tiempo parcial, caracterizado, igualmente, por el factor del tiempo de trabajo. Introducir un todo un artículo, el 35 bis ET, sobre horas complementarias en el contrato a tiempo parcial podría suscitar confusión sobre su carácter general, y su extensión al tiempo completo. En segundo lugar, porque la jornada complementaria es igualmente jornada pactada y no jornada extraordinaria; ¿hasta qué punto la propuesta de un art. 35 bis no generaría o se funda en la confusión de una y otra figura? (en este sentido: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGÓ, "Las horas complementarias y su pacto en el contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 59). En tercer lugar, por razones de pura conveniencia, ya que vistos los continuos cambios sufridos por el contrato a tiempo parcial en los últimos tiempos, resulta mucho más conveniente la agrupación de su regulación.

²²¹ En este sentido de exclusión de desarrollo reglamentario se explica que el Estatuto se refiera expresamente al apartado 5 del art. 12 ET a efectos de identificar el régimen jurídico de las horas complementarias, añadiendo únicamente a la recogida, en su caso, por los Convenios Colectivos (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 48).

reglamentario alguno²²². Como hemos anticipado, parece evidente por parte de los firmantes del Acuerdo el deseo de máximo control sobre lo que se regule, sin posibilidad de distorsiones reglamentarias ni dar facilidades a modificaciones posteriores; la regulación merecería el máximo nivel normativo, como también elevada sería la garantía que ello conlleva. Se retorna, por consiguiente, al garantismo legislativo a menudo reclamado por los sectores sindicales, en contradicción con la tendencia desreguladora que se consagró en la reforma del 94. El Convenio Colectivo, pese a las cuatro grandes menciones que a él se hace en el párrafo 5, cumple un papel secundario en su regulación y que se limita a desempeñar una función principalmente complementaria y suplementaria de la ley, quedando relegada su función supletoria única y exclusivamente en cuestiones relativas a la distribución de la jornada complementaria y a algunos aspectos de su forma de prestación²²³. Por otra parte, el espacio reser-

²²² Consúltese dicho reparto en el artículo de RODRÍGUEZ-PIÑERO. Reconoce el autor, no obstante, que algunas de las cuestiones reguladas en el apartado 5 del art. 12 ET habrían tenido un lugar y rango más adecuado en el reglamento: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 87. También en este sentido: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGU, "Las horas complementarias...", cit., pág. 46 a 48).

²²³ La reducida importancia del papel que está llamado a realizar el Convenio Colectivo en materia de horas complementarias bajo el régimen del 98 ya se intuye en el primer párrafo del art. 12.5 ET. Al definirse en él la hora complementaria se alude a su conformidad con su régimen jurídico establecido en el citado art. 12.5 ET "y, en su caso, en los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior". Igual redacción se reitera en la letra h) del mismo párrafo 5, cuando al regular el *ius resistitiae* se relaciona con el cumplimiento de su régimen jurídico. Con ello el legislador implícitamente reconoce que la regulación estatutaria está de por sí esencialmente completada y advierte que sólo en determinadas materias y con respeto a los márgenes concretados por él mismo, podrá excepcionarse el amplio régimen legal; el resto de las materias de la jornada complementaria no están excluidas de regulación por Convenio Colectivo, pero ésta nunca podrá derogar a la estatutaria (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 48).

Ya entrando a analizar las menciones que el art. 12.5 ET/98 hace a los Convenios Colectivos, siempre con preferencia de los sectoriales y, únicamente en su defecto, de los de ámbito inferior, la disponibilidad del Convenio se limita ha ampliar el porcentaje de horas complementarias susceptible de ser contratado por las partes, elevándolo del 15% al máximo 30% de la jornada ordinaria contratada (art. 12.5.d) ET). Luego el ámbito real de disponibilidad de la negociación colectiva va, desde la fijación de un límite máximo diverso del legal e indisponible por las partes hasta el 30% de la jornada ordinaria (M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Ley, negociación colectiva...", cit., pág. 115), pasando por la prohibición de contratación de horas complementarias -siempre o para supuestos concretos, como pueda ser en jornadas partidas, o inferiores a un determinado número de horas, o respecto de determinados puestos de trabajo o tareas...- o por la identificación del porcentaje o cantidad exacta que las partes puedan contratar.

La siguiente mención es la recogida en la letra e), y, al menos formalmente, resulta ser la delegación más generosa que el Estatuto hace al Convenio Colectivo por razones de adaptabilidad, en materia de distribución de la jornada complementaria (M. E. CASAS BAAMONDE, "Ley, negociación...", cit., pág. 118 y 119). Aquí al menos en una primera lectura, se observa una disponibilidad amplísima del Convenio Colectivo en materia de distribución y colocación de las horas complementarias; corresponde al Convenio Colectivo su regulación, relegándose la regulación de la referida letra e) a la suplencia del Convenio. Los únicos límites absolutos en la distribución, horario y, en general, colocación de las horas complementarias serán los límites legales fijados con carácter general por los artículos 34, 36 y 37 ET. Únicamente éstos por cuanto, según vimos, incluso el límite particular del trabajo a tiempo parcial de la única interrupción de la jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial horizontal puro o mixto (art. 12.4.b) ET), por supuesto predicable de la ejecución de las horas complementarias, es igualmente derogable por Convenio Colectivo. Sin embargo, en nuestra opinión, la disponibilidad del Convenio tiene unos trascendentes límites aún no reconocidos directamente por el art. 12.5.e) ET/98. Así, el Convenio tendrá que fijar realmente reglas alternativas sobre distribución y preaviso y no su mera desregulación a favor de la autonomía individual, pues de lo contrario activaría la regulación suplente estatutaria. E, igualmente, para observar la existencia de regulación de la acumulación de la jornada complementaria, tendrán que preverse, reglas efectivamente limitativas de la misma, siendo indisponible por el Convenio Colectivo la incomunicabilidad entre los sucesivos años en que esté vigente el pacto en virtud de la letra c) del comentado apartado 5.

Una nueva mención al Convenio Colectivo es la que se recoge en la letra h) del art. 12.5 ET/98 al declarar que el pacto de horas complementarias y las condiciones de su realización están sujetas al cumplimiento de su régimen jurídico heterónomo, tanto legal como establecido en Convenio Colectivo, con lo que el derecho de resistencia del trabajador y su indemnidad está referida a toda regulación que se realice por Convenio Colectivo, ya sea complementaria, supletoria o suplementaria de la legal (M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Ley, negociación...", cit., pág. 123).

vado a la autonomía individual es aún más reducido en el 98 que el correspondiente a la negociación colectiva, puesto que no le está permitida la supletoriedad de la norma estatutaria, sino, únicamente, concretos márgenes de disponibilidad en el pacto sobre jornada complementaria; básicamente el número y la duración del pacto. Las funciones de la autonomía individual se reducirán, por consiguiente, a mejorar los mínimos heterónomos y, en su caso, a complementar –mínimamente– la regulación estatutaria. Ahora bien, desde otra perspectiva, bien es cierto que el ámbito de la autonomía individual puede considerarse ampliado a través de la incorporación legal expresa de este nuevo contenido sometido a acuerdo individual que supone la jornada complementaria, sin que pueda ser asumido, en ningún caso, por la autonomía colectiva. E igualmente reforzamiento de la voluntad de las partes en lo que se refiere al mantenimiento y desenvoltura del pacto; del trabajador en cuanto a la denuncia del mismo, del empresario en cuanto a la libertad de su uso²²⁴.

Desde esta perspectiva, la regulación de las horas complementarias en el 98 podría calificarse de rígida –sin connotación peyorativa alguna–, atendiendo a la amplia regulación legal y a lo reducido de la disponibilidad de la misma.

Con la reforma del art. 12.5 ET por el RD-L 5/2001 y posteriormente por la L. 12/2001 se reducen las dimensiones y complejidad de la regulación legal de las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial, y se modifican, a su vez de manera ostensible, el papel que corresponde respecto de su normación por las diversas fuentes. Desde luego, la simplificación de la regulación de las horas complementarias, compleja la precedente en exceso, se reclamó, desde su aparición, no sólo por las organizaciones empresariales sino también por el común de la doctrina toda vez que se consideró de difícil comprensión y, consiguientemente, de improbable eficacia como medida de fomento del empleo²²⁵. Sin embargo, el total abandono de la ordenación de la jornada complementaria en manos de la negociación colectiva o individual ha conllevado el temor de que en la práctica, ante la escasa atención que le puedan prestar los convenios colectivos o su inexistencia, se amplíe sencillamente del poder de dirección del empresario, bien por no preverse regla alguna en el acuerdo sobre horas complementarias, bien por constituirse éste para el trabajador en un mero pacto de adhesión²²⁶. No obstante, es apreciable –al menos en esta última etapa normativa– un incremento considerable de los convenios colectivos que abordan la regulación del contrato a tiempo parcial y, concretamente, de las horas complementarias²²⁷.

²²⁴ M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Ley, negociación...", cit., pág. 129.

²²⁵ Vid., por ejemplo: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001", cit., pág. 118; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO y F.J. CALVO GALLEGO, "Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 49.

²²⁶ F.J. CALVO GALLEGO y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo", *Temas Laborales*, n.º. 61, 2002, pág. 185; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 124.

²²⁷ Según se desprende del Balance de la negociación de convenios colectivos año 2003 de CCOO, de 14 de marzo de 2004, y de otros estudios como es el reflejado en: S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN y M. LUQUE PARRA, "El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 83 y ss..

Las concretas modificaciones suponen un repliegue de la precedente normativa legal garantista en favor de los Convenios Colectivos y de la autonomía individual que adquiere de esta forma una renovada trascendencia. Así desaparecen algunos subapartados del art. 12.5 ET, en concreto los atinentes a la duración del pacto de horas complementarias (antigua letra c) que en los aspectos relativos a la denuncia del mismo pasa a regularse en términos muy distintos en la letra g) añadida por la L. 12/2001; y a la consolidación de aquéllas (la compleja y extensa letra i). También se restringe el contenido de algunos de aquellos con la omisión de toda referencia a las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial fijo discontinuo, ahora fijo periódico; y la regulación legal supletoria en defecto de convenio colectivo sobre distribución y forma de realización de las horas complementarias, que queda reducida a la sola previsión de un plazo de preaviso de siete días.

Esta deslegalización, parcial pero decisiva, de la regulación de las horas complementarias conlleva una mayor impotencia del papel a desempeñar por el Convenio Colectivo y la autonomía individual por dos razones fundamentales. La primera de ellas, porque el mismo vacío que provoca aquélla respecto de la regulación anterior implica, aún sin llamamiento legal a su cobertura, de una mayor responsabilidad de complementariedad y, en su caso, suplementariedad del régimen legal de las mismas y tutela del trabajador. Es el supuesto de la previsión por Convenio o contrato individual de limitaciones temporales al pacto sobre jornada complementaria, una más favorable regulación del régimen de renuncia o su complementación en tanto esté pendiente su desarrollo reglamentario (previsto respecto de la denuncia del pacto por razones formativas), y desde luego la factible previsión de diversas modalidades de consolidación de la jornada complementaria²²⁸. Añádase a estos ámbitos el de mayor importancia de intervención de la negociación colectiva referido al más extenso de la delimitación del contrato a tiempo parcial respecto del tiempo completo toda vez que desaparecen los límites de aquél con el agravante de la potencial flexibilidad de las horas ordinarias y el uso de una amplia jornada complementaria.

La segunda, porque expresamente, además de la ampliación del margen de disponibilidad del convenio respecto del máximo de horas complementarias susceptibles de contratación, la distribución y forma de realización de las horas complementarias corresponde ahora en exclusiva al convenio colectivo de aplicación y a las partes firmantes del pacto. La integración de la autonomía individual supone, desde luego, una importante novedad al respecto si bien derivada realmente no de su admisión, sino de la omisión de toda la ordenación legal al respecto salvo en lo referente al preaviso; no cabe la menor duda de la sumisión del pacto a las previsiones del convenio, como no puede sino deducirse del primer apartado del art. 12.5 ET y por supuesto del régimen general de fuentes del art. 3 ET²²⁹. Pero, pese a lo que pueda

²²⁸ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 125; R. PRADAS MONTILLA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 16 y 17; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE y M^a.E. CASAS, "La reforma del mercado de trabajo...", cit., pág. 16; .

²²⁹ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 124; C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo...", cit., pág. 55.

parecer en principio y a la justificada desconfianza que ello suscita, quizá resulte aún más trascendente el renovado papel que corresponde al convenio colectivo, ahora, no sólo como efecto directo del hecho de haber desaparecido la regulación supletoria legal sobre distribución de la jornada complementaria, sino porque con ella desaparecen las exigencias mínimas, entendidas como orientaciones que respecto de la distribución y forma de realización debía cubrir la negociación colectiva para evitar saltar el resorte de la regulación dispositiva legal. La libertad de la ordenación de la distribución y forma de realización de las horas complementarias por el convenio colectivo tiene así una apariencia de mayor plenitud, a diferencia, en nuestra opinión de la etapa precedente, y, por tanto, sin sometimiento a acondicionamiento alguno, a salvo de la interpretación que se dé al contenido de la “distribución” y de que se configure como una exigencia²³⁰.

En el ámbito de las fuentes reguladoras de la distribución y forma de realización de las horas complementarias también cabe apreciar un cambio de redacción en orden a los niveles de la negociación colectiva llamados al efecto. Nos referimos a las letras d) y h) del art. 12.5 ET, en cuanto se refiere ampliamente al «convenio colectivo de aplicación», y no preferentemente al sectorial como sucedía bajo la regulación del 98²³¹, que aún se recoge en términos generales en el primer apartado del art. 12.5 ET.

De ello cabría deducirse una voluntad legislativa de cambio –tanto más cuando se introduce la autonomía individual–²³², aún cuando parezca contradictoria con la remisión general del primer párrafo del art. 12.5 ET; a efectos de la distribución

²³⁰ Véase nota 223 y el subepígrafe dedicado a la distribución.

²³¹ En cuanto a los niveles de negociación referidos en el art. 12.5 ET/98 y a la articulación de los mismos, del conjunto de sus referencias, tanto en los términos generales del primer párrafo del apartado 5 y en su letra h), como en las remisiones expresas materia de ampliación del número máximo de horas complementarias, como en la excepcionalidad del régimen legal de distribución y forma de prestación de la jornada complementaria, se reconoce una clara preferencia por el nivel sectorial frente al de la empresa u otro inferior (M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación...”, cit., pág. 126 y 127). Las razones pueden ser diversas, pero probablemente resulte decisivo una mayor confianza en la capacidad negociadora de los trabajadores en el ámbito sectorial y en las características comunes propias de la actividad a que deban adaptarse las condiciones sobre jornada complementaria (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 49; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGO, “Las horas complementarias...”, cit., pág. 53, 55 y 56). En cualquier caso, no está excluido ningún nivel de negociación, de manera que la preferencia únicamente se articulará sobre la excepción al principio de no afectación del Convenio Colectivo prior in tempore (art. 84.1 ET) cuando surja uno sectorial posterior frente a otro no sectorial (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 48 y 49; M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación...”, cit., pág. 127). La relación entre los Convenios Colectivos sectoriales se resolverá por aplicación de la regla general del art. 84 ET, prevaleciendo el Convenio prior in tempore, salvo que esté prevista otra estructura para la negociación pactada en acuerdo o Convenio Colectivo. Con posibilidad, no obstante, de afectación de sus contenidos por acuerdo o Convenio Colectivo sectorial de ámbito inferior, por ser –probablemente todas o la mayoría de ellas, por ejemplo, en materia de distribución y forma de realización de las horas complementarias– una cuestión dimanante a la adaptación de la misma al ámbito de la empresa (art. 84.2 y 3 ET) (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGO, “Las horas complementarias...”, cit., pág. 54 y 55).

²³² F.J. CALVO GALLEGO y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo”, cit., pág. 185; –valorado positivamente, en cuanto el convenio colectivo de empresa puede ajustarse mejor a la función de gestión conjunta del tiempo de trabajo en la empresa y admitiendo, por similar motivo, los acuerdos colectivos de empresa– C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, “Contratación laboral y política de empleo...”, cit., pág. 55. Así parecen indicarlo: R. PRADAS MONTILLA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 16; M.A. PUR-CALLA BONILLA y M^a.P. RIVAS VALLEJO, “Los contratos formativos y a tiempo parcial...”, cit., pág. 11; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE y M^a.E. CASAS, “La reforma del mercado de trabajo...”, cit., pág. 16.

de las horas complementarias, ya no son preferentes los convenios colectivos sectoriales frente a los ámbitos inferiores²³³.

4.3 El pacto y su formalización

Ya vimos al estudiar el concepto de la hora complementaria la esencialidad del pacto a efectos de su calificación como tal y no como extraordinaria. De hecho, según se señaló, correctamente se incluye el requisito de jornada pactada en el mismo concepto del primer párrafo del art. 12.5 ET, pues de lo contrario su definición alteraría el concepto mismo de hora extraordinaria. Requisito que se reitera una vez que se entra a pormenorizar su régimen jurídico, si bien con términos que inciden también en otros de sus aspectos claves, la voluntariedad.

Efectivamente, la letra a) del párrafo 5, comienza indicando que «*el empresario sólo podrá exigir la realización de horas complementarias cuando así lo hubiera pactado expresamente con el trabajador*»²³⁴. Con ello en lo que se incide es en el carácter originariamente voluntario para el trabajador y empresario, pero forzoso para el primero a instancias del segundo una vez perfeccionado dicho pacto²³⁵. Es evidente la voluntariedad de las horas complementarias en cuanto derivan necesaria y exclusivamente de pacto de las partes. Dicho pacto, aclara ahora la letra a) tendrá que ser entre empresario y trabajador, sin posibilidad, por consiguiente de reemplazo de la voluntad de éste último por Convenio Colectivo, o en su defecto, por pacto con los representantes de los trabajadores²³⁶. Y sin posibilidad de aceptación tácita, por cuanto la declaración de voluntades de las partes tiene que ser expresa. Precisamente por ello, cuando se afirma que el empresario no podrá exigir la realización de horas complementarias no pactadas expresamente, no se admite implícitamente tampoco la oferta ocasional por parte de éste al trabajador que voluntariamente acepte. En tal caso la calificación correcta sería la de hora extraordinaria, sometida al régimen jurídico que le es propio y que sí admite la aceptación tácita de su realización.

La esencialidad de estos datos se confronta, en cambio, con la accidentalidad de otros requisitos formales inmersos en la misma letra a). Nos estamos refiriendo claramente al modelo oficial en que deba formalizarse el pacto²³⁷. Pero con mayo-

²³³ En contra: J.M^a. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación laboral...", cit., pág. 27.

²³⁴ También el ordenamiento francés somete la posibilidad de realización de horas complementarias a que éstas estén previstas en una cláusula del contrato de trabajo, y conforme a los límites en ella previstos (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada", cit., pág. 152; J.P. LABORDE, "Algunas observaciones acerca del trabajo a tiempo parcial en el Derecho francés", cit., pág. 244). Por el contrario, como ya hemos advertido, el D Legislativo italiano de 25 de febrero de 2000, n^o. 61, tras el art. 46, d. legs. n 276/2003, exige constatación escrita del específico pacto relativo a las cláusulas flexibles y elásticas, y no así respecto del trabajo suplementario aún cuando su prestación sea voluntaria para el trabajador, salvo regulación por convenio colectivo (en cuyo caso, parece que será admisible sólo el rechazo justificado).

²³⁵ Por todos: F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva... (I)", cit., pág. 5.

²³⁶ M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 760; F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad... (I)", cit., pág. 5.

²³⁷ Que constituye una mera irregularidad administrativa sin efectos sobre la relación (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 50). En este sentido, pese a considerar la forma escrita del pacto de horas complementarias de carácter constitutivo: C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 86.

res dudas respecto de la exigencia de formalización del pacto por escrito, al que se le puede conferir un valor *ad solemnitatem* o constitutivo, tal y como hace el sector doctrinal mayoritario, o un mero valor *ad probationem*, de manera que de optarse por ésta última solución en caso de no formalización escrita del pacto se presumirá no realizado por las partes, salvo prueba en contrario de su existencia y de los concretos términos del mismo.

En nuestra opinión la forma escrita del pacto sobre jornada complementaria tiene valor constitutivo por idénticas razones a las utilizadas hasta el momento por la doctrina mayoritaria. En definitiva, en favor de la forma *ad solemnitatem* la doctrina argumenta que ésta se exige «necesariamente»²³⁸, pero en un sentido distinto del previsto para la forma del contrato en el apartado 4.a) del mismo artículo por no prevverse de forma expresa medios de prueba alternativos a la forma escrita, es decir, la presunción *iuris tantum*²³⁹, deduciéndose de sus argumentaciones un cierto paralelismo con el pacto sobre período de prueba del art. 14 ET y con el pacto de permanencia en la empresa del art. 21.4 ET²⁴⁰. Confirma esta posición el art. 12.5.b) ET, que identifica la «formalización» del acuerdo con el pacto mismo y, secundariamente, la necesidad de que aquél «recoja» el número de horas complementarias contratadas (art. 12.5.c) ET).

Podría argumentarse a favor del valor *ad probationem* de la forma escrita, que de no ser consideradas complementarias por razones formales, la jornada practicada en exceso no sería calificable como ordinaria, claro está, salvo abuso o fraude por contratarse una inferior a la realmente practicada. Su correcta calificación sería en principio la de extraordinaria²⁴¹, aún ilegal, con lo que se produciría comparativamente un perjuicio al trabajador. Entonces se inclinaría la balanza a la solución propuesta en virtud del principio *pro operario*. No obstante, el beneficio que pueda apreciarse es relativo, puesto que generaría una mayor inseguridad jurídica y tutela de la posición del trabajador, y podría dificultar la pretensión de consolidación de la ampliación de la jornada precisamente en los casos en que dicho exceso fuese práctica habitual al someterse a una mera cuestión de prueba de la existencia de acuerdo. Igualmente, el exceso de jornada practicada habitualmente sin el respaldo del pacto de horas complementarias podría dar lugar a la extensión de las consecuencias del incumplimiento

²³⁸ M.C. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...", cit., pág. 85; M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del Real Decreto Ley 15/98", A.L., n.º 39, 1999, pág. 760. Relacionada con esta "necesidad" del pacto escrito otros autores utilizan como argumento derivado el derecho de resistencia del trabajador en los supuestos de falta de forma escrita: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGGO, "Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial", cit., pág. 75.

²³⁹ M.C. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...", cit., pág. 85; M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del Real Decreto Ley 15/98", cit., pág. 760; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F. J. CALVO GALLEGGO, "Las horas complementarias...", cit., pág. 75.

²⁴⁰ M.C. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...", cit., pág. 85; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 726; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGGO, "Las horas complementarias...", cit., pág. 75 y 76. Califica también la forma escrita como constitutiva: P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", AAVV, "Trabajo a tiempo parcial", Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 41.

²⁴¹ En este sentido: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal...", cit., pág. 60.

del deber de formalización del contrato a tiempo parcial y de su contenido mínimo, ahora traducido no en una presunción de jornada completa fundado en la especialidad del pacto de jornada reducida, sino de inexistencia de acuerdo sobre horas complementarias, por las mismas razones de excepcionalidad. Sobre ello volveremos más tarde al tratar los excesos de jornada y el incumplimiento del pacto.

En cualquier caso, el trabajador podrá exigir en cualquier momento la formalización o documentación del pacto sobre horas complementarias en virtud del art. 1279 C. Civ.²⁴², como también podrán en cualquier momento solicitar de los Servicios Públicos de Empleo información sobre los datos de comunicación obligatoria respecto del pacto de horas complementarias (art. 5.1 en relación con el art. 3.2 RD. 1424/2002, de 27-12)²⁴³. Sin que se reconozca a los representantes de los trabajadores un derecho similar al previsto para los contratos de recibir copia básica de los pactos sobre horas complementarias (art. 64.1.2º y 6º ET) o similar, puesto que tan sólo se les atribuye el derecho a recibir información trimestral sobre realización, que no contratación, de horas complementarias (art. 64.1.1º ET)²⁴⁴; éste déficit de información sobre documentación y contratación de horas complementarias probablemente dificultará el cumplimiento de las competencias de control del cumplimiento empresarial de las normas laborales, de Seguridad Social y de empleo que corresponden en virtud del art. 64.1.9º ET²⁴⁵ a lo que se suma, en la actualidad, el difícil conocimiento y control de la jornada ordinaria.

Otras consecuencias del incumplimiento del deber de formalización escrita son las administrativas, considerado dicha infracción como falta leve del art. 6.6 RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto, cuando de un déficit relativo al modelo oficial y su comunicación se trate, y en caso de ausencia de forma escrita la infracción será grave conforme al art. 7.1 RD Leg. 5/2000, referido a la no formalización por escrito del contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o lo haya solicitado el trabajador, o, con mayor seguridad, del art. 7.5 RD Leg. 5/2000, que a partir del art. 14 L.

²⁴² Sobre las discrepancias entre el art. 1279 C. Civ. y el art. 8.4 ET consúltese: M. ARRUE MENDIZÁBAL, "La forma del contrato de trabajo", cit., pág. 148 y 149.

²⁴³ Respecto del contenido de comunicación obligatoria de las horas complementarias, véase O. TAS/770/2003, de 14 de marzo, de desarrollo.

²⁴⁴ Así lo confirma respecto de la regulación precedente y en relación a las ampliaciones pactadas de la jornada a tiempo parcial: S. TSJ. Aragón 21-9-1994 (AS. 1994/3291).

²⁴⁵ Entiende un sector de la doctrina que esta información abarcará el número de horas complementarias realizadas (C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 90). Respecto de dichas competencias puede consultarse: F.J. PRADOS DE REYES y J.A. CABRERA FERNÁNDEZ, "Competencias informativas", en AAVV (coords. R. Escudero Rodríguez y J.R. Mercader Uguina), "Manual jurídico de los representantes de los trabajadores", La Ley, Madrid, 2004, pág. 135; C. SÁEZ LARA, "Representación y acción sindical en la empresa", MTSS, Madrid, 1992, pág. 194 a 196 y "Representantes del personal y acción colectiva en la empresa" en AAVV, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", Aranzadi, Madrid, 2002, pág. 869. Tanto más se dificultará tal control si se interpreta meramente como información «preventiva», es decir, de previsiones sobre su realización (R. SENRA BIEDMA, "Competencias", en AAVV, "Estatuto de los Trabajadores" (dir. S. del Rey Guanter), La Ley, Madrid, 2005, pág. 1084. Igualmente, puede contrastarse ese control con la periodicidad mensual del control sindical de las horas extraordinarias realizadas ex Disp. Adic. Tercera RD. 1561/1995, y el conocimiento a través de la copia de los resúmenes del art. 35.5 ET, de los trabajadores que las hayan realizado (por todos: M. DE LA FUENTE LAVIN, "El régimen jurídico de las horas extraordinarias", cit., pág. 199 y 200).

12/2001 incorpora como nueva conducta infractora la trasgresión de las normas y límites legales de las horas complementarias²⁴⁶.

Por último, y continuando con el estudio de la forma y formalidades del acuerdo sobre horas complementarias advierte también la letra a) del apartado 5 sobre la especificidad del pacto respecto al contrato. Especificidad que pueda parecer lógica por cuanto puede acompañar o no al contrato a tiempo parcial y porque, como también se indica en la mencionada letra, puede realizarse tanto en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial como con posterioridad. Sin embargo, el significado de su "especificidad" trasciende más allá que de la "particularidad", "especialidad" o "autonomía formal" o documental²⁴⁷ de lo que bien podría ser la cláusula sobre horas complementarias dentro del contrato a tiempo parcial y formando parte de su objeto.

Por especificidad del acuerdo debe entenderse otra cosa, debe entenderse la total autonomía del pacto respecto del contrato de trabajo al que se anexiona, y de ella derivará las consecuencias antes referidas de indiferencia sobre su existencia y duración y documentación autónoma: en palabras de VALDÉS DAL-RE, la sustantividad propia del pacto dentro de la economía del contrato²⁴⁸. Precisamente en virtud de ésta siempre cabe denuncia del pacto conforme a las reglas precisas que al respecto dispone el propio párrafo 5 sin afección del contrato²⁴⁹. Si el pacto no gozase de especificidad, nada impediría su autonomía en el tiempo, pues podría asumirse –o abandonarse– siempre con posterioridad por medio de una novación del objeto. Pero si no fuese específico, es decir, accesorio a dicho contrato, se dificultaría la desvinculación del trabajador, que requeriría del beneplácito empresarial, y, en cualquier caso, por ejemplo, posibilitaría –o al menos cuestionaría– la configuración de su mantenimiento como condición resolutoria del contrato no abusiva (art. 49.1.b) ET) por entenderse afectada la economía del contrato y la voluntad inicial de las partes.

En consecuencia, parece indudable que la especificidad del pacto, su autonomía respecto del contrato a tiempo parcial al que se anexiona está justificado en orden a la garantía de su voluntariedad para el trabajador y al mantenimiento de esa especial disponibilidad, dentro de ciertos límites²⁵⁰. Este debe ser el sentido que se le otorgue a dicha especificidad, y no tanto la separación meramente formal de uno y otro contrato que no es sino constancia material de su verdadero sentido; puede perfectamente añadirse como una cláusula accesorio al contrato de trabajo a tiempo par-

²⁴⁶ J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 50; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 95; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGO, "Las horas complementarias...", cit., pág. 74.

²⁴⁷ Por ejemplo, así lo considera: M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "EL "nuevo" contrato de trabajo a tiempo parcial", en AAVV, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 59; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial. Horas complementarias", A.L., n.º. 37, 1999, pág. 726; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 93.

²⁴⁸ F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva... (!)", cit., pág. 5 y 6.

²⁴⁹ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 93.

²⁵⁰ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 92 y 93.

cial, siempre que queden claros sus términos, y siempre y cuando no se considere una *conditio sine qua nom* de la conformación del objeto contractual²⁵¹.

4.4 Supuestos en los que se admite la jornada complementaria con especial atención al fijo discontinuo

El art. 12.5.b) ET limita la posibilidad de pacto y realización de horas complementarias a los contratos a tiempo parcial celebrados por tiempo indefinido, incluidos los celebrados antes de la entrada en vigor del RD-L 15/98 (disposición transitoria primera 2, RD-L 15/98). Bajo el régimen del 98, a través de esta vía combinada con la prohibición de horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial (art. 12.4.c) ET) y la exigencia de predeterminación pormenorizada de la jornada ordinaria (art. 12.4.a) ET/98), se sanciona duramente la contratación temporal a tiempo parcial, que ve eliminada toda vía de flexibilización de la jornada pactada, tanto en sus aspectos cuantitativos –elasticidad– como en los cualitativos –propriadamente, flexibilidad–. En la actualidad, por el contrario, la virtualidad de la sanción de la contratación temporal se suaviza en virtud de la configuración potencialmente flexible de la jornada ordinaria ex art. 12.4.a) ET/2001.

La opción legislativa ha sido interpretada por la doctrina como una medida indirecta dirigida a la incentivación de la contratación indefinida en el trabajo a tiempo parcial vista “la alta temporalidad que afecta en nuestro país a este segmento del mercado de trabajo”, según se reconoce en la Exposición de Motivos del RD-L 15/98, fiel a la finalidad del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo (también reflejado en la referida Exposición de Motivos), y en la de la L. 12/2001²⁵². Ahora bien, lo que desde luego llama la atención es ¿por qué sancionar con la inflexibilidad de la jornada una contratación temporal que como la actual, es estructural, es decir, causal? El legislador parte entonces de una idea implícita de utilización excesiva por fraudulenta de la contratación temporal, y/o de una configuración excesivamente amplia de los supuestos abarcables por ella. O bien asume el fraude, no tanto en la contratación temporal –que sería presumiblemente similar en el contrato a tiempo completo y “vulnerable” a similares incentivos–, sino de la jornada completa en los correspondientes contratos temporales. Esto último es, en mi opinión y a pesar de lo que pueda parecer a la vista del pretendido fomento de su estabilidad, lo que más específicamente se persigue, una vez que lo que se controla directamente no es la extensión temporal del vínculo sino de la jornada misma.

Lo verdaderamente conflictivo del ámbito subjetivo de las horas complementarias delineado en la letra b) del apartado 5 del art. 12 ET/98 está en la interpretación del segundo inciso del mismo, es decir, en la excepción de las horas complementarias respecto de un concreto tipo de contrato a tiempo parcial indefinido, en

²⁵¹ En contra, exigiendo en todo caso su autonomía formal: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 94.

²⁵² M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 99.

particular, el fijo discontinuo. Advierte el legislador del 98 que *“en el caso de contrato de trabajo fijo-discontinuo, sólo se podrá pactar la realización de horas complementarias cuando los trabajadores, dentro del período de actividad, realicen una jornada reducida respecto de los trabajadores a tiempo completo”*. Dicho inciso de la letra c) ha desaparecido en su actual versión lo que no puede sencillamente justificarse en razón de la escisión del fijo discontinuo irregular respecto del contrato a tiempo parcial, toda vez que permanece inmerso en el régimen jurídico de éste último el fijo periódico.

En nuestra opinión la razón del precepto estaba en impedir que la contratación de horas complementarias sirva para la superación de la jornada completa en la campaña o, excepcionalmente, en el conjunto de ellas si se ha acordado tal forma de distribución irregular de la jornada ex art. 34.2 ET en los supuestos de mayor certidumbre en la prestación²⁵³. Dada la ordenación de la prestación del trabajador fijo discontinuo en temporadas en el año, la jornada completa o reducida debe estar necesariamente referida a la campaña o temporada de que se trate proporcionándose la jornada legal o la máxima prevista en Convenio Colectivo a la duración de la misma²⁵⁴. Entonces, a través de esta regla particular del art. 12.5.c) ET/98, el legisla-

²⁵³ En un sentido similar se pronuncia RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, si bien la razón última es diferente de la que nosotros proponemos. Efectivamente, en tanto nosotros vinculamos la excepción a la traducción al fijo discontinuo de las reglas generales sobre jornada máxima, el referido autor relaciona la excepción a la finalidad de la jornada complementaria en cuanto prevista como ampliación de una jornada reducida en los períodos de empleo. Las diferencias entre una y otra postura son trascendentes. En tanto que en nuestra opinión la realización de horas complementarias por los fijos discontinuos a tiempo completo vulneraría tales normas generales e indisponibles, RODRÍGUEZ-PIÑERO considera que a lo que conduciría la acumulación de horas es a una ampliación de la campaña. Pero sobre todo, desde nuestra perspectiva cabe a nivel teórico y fundamentalmente respecto del fijo periódico, supuesta la existencia de varias campañas en el año, una distribución irregular de la jornada anual si así se prevé en el Convenio Colectivo entre las mismas, que sumadas las horas complementarias y las ordinarias no superen la jornada máxima anual proporcionada y proyectada sobre el conjunto de los períodos de ocupación. Sería la traducción completa al fijo discontinuo del art. 34.1 y 2 ET. En cambio, desde ese otro razonamiento, no parece que pueda practicarse esa compensación entre campañas (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 101). Dicho autor ofrece una segunda justificación probable a la excepción que comentamos del art. 12.5.b) ET, según la cual se pretende no aumentar la incertidumbre sobre jornada del fijo discontinuo de campaña irregular, ya de por sí con una posición bastante precaria respecto del conocimiento previo de su jornada (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 101). Diferimos nuevamente del autor, puesto que la prohibición de horas complementarias en el fijo discontinuo completo se dirige tanto al periódico como al irregular y porque éste último las tiene igualmente permitidas cuando su jornada está reducida en la campaña, aún siendo igualmente incierta la duración de su jornada.

²⁵⁴ Lo que no es ninguna novedad; ya la doctrina advirtió que la jornada máxima ordinaria del fijo discontinuo, en aplicación de las normas generales, se obtendrá de proporcionar la jornada de trabajo de la campaña sobre la jornada anual o, en general, sobre la máxima de que se trate (J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 116). No se trata, por consiguiente, de trasladar el umbral del trabajo a tiempo parcial del 98, o la actual exigencia de “inferioridad” de la jornada al ámbito de la campaña o temporada. Estos continuarán referidos a la jornada anual o la que en su caso lo defina conforme al art. 12.1 ET. El fijo discontinuo, ahora exclusivamente en su modalidad periódica, ya es de por sí un contrato a tiempo parcial una vez que se ajuste a las previsiones del referido art. 12.1 ET. Por tal motivo, y por las razones expuestas que orientan la regla especial que comentamos, no se exige quantum alguno de reducción de la jornada en la campaña, puesto que no se trata de definir una modalidad contractual en otra distinta (M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, “El trabajo fijo-discontinuo, modalidad de contrato a tiempo parcial”, en AAVV, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 172. En contra, bajo la regulación del 98 exigen que la jornada dentro del período de actividad sea inferior al 77% de la completa en el referido ciclo: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, Comares, Granada, 1999, pág. 51). A diferencia, por supuesto, de lo que sucedía antes de la reforma propiciada por el RD-L 18/93 y la subsunción del fijo discontinuo en el contrato de trabajo a tiempo parcial, en que el contrato fijo discontinuo a tiempo parcial era aquél que veía reducida la jornada habitual de la actividad en “horas al día o a la semana, o días a la semana o al mes, inferiores a

dor asume una de las singularidades del contrato fijo-discontinuo, derivada de la ordenación de la jornada anual en ciclos de actividad empresarial y evita la extensión sin más de la distribución irregular de la jornada general de la empresa al fijo discontinuo que, al concentrar su actividad en la temporada no ve compensados los aumentos de la jornada en los periodos de menor actividad en los que no participe. Por consiguiente, la regla que discutimos del art. 12.5.b) ET/98 le confiere, o mejor, es consecuencia de esta particular fórmula de distribución vertical de la jornada parcial limitando en principio la distribución irregular al interior de la temporada²⁵⁵. Desde otra perspectiva, no es más que la traducción para el fijo-discontinuo de las normas generales sobre jornada máxima²⁵⁶, la concreción respecto de éste del respeto a los límites generales en materia de jornada y descansos a que se someten las horas complementarias (art. 12.5.f) ET/98, ahora letra e.), y la correspondencia con el concepto de hora extraordinaria (art. 35.1 ET) prohibida para el trabajo a tiempo parcial.

El supuesto de hecho, por consiguiente y dado de que parten de una fórmula similar de distribución del tiempo de trabajo, abarca en principio tanto al fijo discontinuo de campaña incierta como al fijo discontinuo de campaña estable, como por lo demás indica la utilización de la designación propia del género contractual. Y esta conclusión nos lleva a la innecesariedad de dicha regla y a la intranscendencia de su desaparición respecto del fijo periódico, en cuanto no es sino especificación o aclaración de otras generales²⁵⁷, si bien no puede dejar de admitirse, tiene mayor sentido respecto del fijo discontinuo irregular por cuanto en los casos de pluralidad de campañas en el año, la anualidad de la jornada, tanto ordinaria como complementaria, y consiguientemente la compensación de excesos entre los diversos periodos de actividad es factible para el fijo periódico e irreal para el fijo discontinuo de jornada reducida del art. 15.8 ET.

No obstante, de todo ello deriva una mayor rigidez del fijo discontinuo, que se produce a partir de la imposibilidad de superación de dicha jornada máxima a

los dos tercios de la proyección sobre tales periodos de tiempo de la jornada habitual de la actividad" (art. 12 ET/84) y ocurre ahora respecto del irregular, en que también la parcialidad de la jornada se refiere, lógicamente, a la jornada inferior a la normal en la actividad.

²⁵⁵ Solución que defendió un sector doctrinal a efectos de evitar situaciones discriminatorias propiciadas por la extensión a los fijos discontinuos de la distribución irregular de la jornada general de la empresa (J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 118).

²⁵⁶ En cuanto le es aplicable la normativa general en materia de jornada, por lo que los topes legales y Convencionales deben traducirse en la proyección proporcionada de los mismos al periodo de actividad de que se trate (J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 186; J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 116). En este sentido, la promediación de la jornada anual al periodo de actividad del fijo discontinuo fue propuesta por sectores doctrinales e instaurado en diversos Convenios Colectivos, para algunos, a falta de especificarse en el Convenio una jornada de la actividad (véase: J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 186; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo", cit., pág. 118). No obstante, la doctrina igualmente destacó la dificultad práctica de la promediación de la jornada máxima anual en relación a la campaña del fijo discontinuo irregular, dada la ausencia de certeza sobre la duración de la temporada (J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo", cit., pág. 118 y 119).

²⁵⁷ En este sentido, calificó la precisión del art. 12.5.b) ET/98 respecto del fijo discontinuo como meramente declarativa: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGOS, "Las horas complementarias...", cit., pág. 72.

través de horas extraordinarias o a través de las complementarias. Aún cuando se vea suavizado por la mayor flexibilidad potencial de la distribución de la jornada ordinaria a partir del 2001. Lo cierto es que prohibidas las horas extraordinarias, la superación de la jornada completa en la actividad del fijo periódico sólo podrá articularse a través de cauces más que dudosos, como son la artificial ampliación de la duración de la campaña y la reducción también artificial de la jornada del trabajador dentro de la misma a fin de poder dejar un margen de maniobrabilidad a través de la contratación de horas complementarias²⁵⁸. Frente a esta situación, los trabajadores temporales contratados en la campaña sí podrían realizar horas extraordinarias, con lo que difícilmente puede entenderse la medida como favorecedora del empleo fijo. En nuestra opinión, a partir de las objeciones expuestas, el fijo-discontinuo, en orden a sus singularidades y a evitar las disfuncionalidades señaladas, es deudor de un margen de flexibilidad regido por criterios diversos de los comunes en el trabajo a tiempo parcial²⁵⁹. Tras el RD-L 5/2001, y para los contratos celebrados desde su entrada en vigor, estas disfuncionalidades han sido resueltas respecto del fijo discontinuo irregular a través de la recuperación de las horas extraordinarias, implícita a la recuperación de su autonomía como modalidad contractual. En cuanto al contrato a tiempo parcial fijo periódico con jornada completa dentro de la actividad, cabría preguntarse nuevamente si puede interpretarse la desaparición de la prohibición expresa del pacto de horas complementarias como la admisión de las mismas. Y sencillamente las mismas razones que hemos dado antes nos lo impiden.

No obstante, podría defenderse su admisión en tanto el cambio de redacción puede suponer una voluntad de cambio, implica una opción de flexibilización en la línea general de la reforma del 2001, significa la total equiparación entre el fijo periódico y el trabajo a tiempo parcial común en coherencia con una voluntad progresiva y claramente sostenida, en que no están expresamente excluidas²⁶⁰, y en que supone un trato más favorable respecto de la calificación alternativa de tales horas como extraordinarias aún prohibidas. Pero lo cierto es que nuevamente, tal ajuste aún con aspectos favorables para el trabajador es un tanto artificial como hemos visto, pues con ello realmente se está alterando la duración de la campaña²⁶¹, lo que

²⁵⁸ Soluciones que, además de parecer claramente contrarias a la intención legislativa del 98 de ajuste de la jornada pactada a la real practicada, quedarían progresivamente bloqueadas salvo en un mínimo 4% a través del mecanismo de consolidación de la jornada complementaria con una distribución, a más añadidos, que, probablemente, escaparía de las manos del empleador (art. 12.5.i), párrafo 41 ET/98).

²⁵⁹ En este sentido, un sector de la doctrina ha pretendido en la etapa precedente la excepción de la prohibición de las horas extraordinarias respecto del fijo-discontinuo que trabaje a tiempo completo en la temporada (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENSIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido", cit., pág. 36). O bien la admisión de la contratación de horas complementarias excepcionándolas del sometimiento a los límites de la jornada máxima (M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo", REDT, n^o. 100, 2000, pág. 441 y 442).

²⁶⁰ F. CAVAS MARTÍNEZ, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial común o genérico", cit., pág. 48. En este sentido, también parece pronunciarse: J.M^a. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación laboral...", cit., pág. 23.

²⁶¹ Así la S. TSJ. La Rioja 4-2-2003 (AS. 2003/580) admite la realización de horas complementarias para lo que califica como fijo periódico a tiempo completo en la actividad –campaña de conservas vegetales–. Sencillamente anula su jornada y calcula los porcentajes máximos de horas complementarias. Bien es cierto que se resuelve sobre una reclamación de declaración de jornada a tiempo completo –continua–.

va contra la lógica de su naturaleza de subtipo fijo discontinuo en el que los períodos de actividad, como tales, vienen determinados externa y objetivamente; la presunción misma del carácter indefinido de la relación implica el carácter objetivo de los mismos y, consiguientemente, la externalización de su extensión, independiente de la voluntad de las partes. Y precisamente por ello, la concertación de éstos nunca podrá suponer la reducción o ampliación artificial de los períodos de actividad contratados a jornada completa. Por otra parte, ¿no supone esto, alternativamente, una modificación del concepto de hora extraordinaria respecto de la complementaria? Y, finalmente, ¿no supone a su vez, al menos potencialmente, una contradicción con la supuesta absoluta certidumbre de los períodos de actividad del fijo-periódico?²⁶². En nuestra opinión, lo más coherente es extender a los fijos periódicos con jornada completa en la actividad la posibilidad de realización de horas extras, toda vez que al comportarse en la campaña como trabajadores a tiempo completo asimilables a los temporales, decaen en gran medida las razones específicas de prohibición de las horas extras en el contrato de trabajo a tiempo parcial²⁶³.

Finalmente, las horas complementarias pueden contratarse por el fijo discontinuo con jornada parcial en la campaña ex art. 15.8, último párrafo ET/2001 en tanto la transversalidad de la jornada parcial impone, salvo excepción expresa o imposibilidad, la aplicación del régimen jurídico del art. 12.5 ET²⁶⁴. No obstante, es evidente y así lo asume el legislador, requieren de una particular adaptación a realizar prevalentemente por el Convenio Colectivo sectorial (art. 15.8 ET). En lo que se refiere a estos fijos-discontinuos irregulares, la incertidumbre sobre la duración de la campaña afecta al conocimiento mismo de cuál sea su jornada completa. Precisamente por ello, y según señala la doctrina, la duración de la jornada debe verse reflejada en el Convenio Colectivo en referencia a unidades temporales pequeñas, prevalentemente el día o la semana²⁶⁵. A partir de la jornada así fijada se tendrá un conocimiento más certero de cuál sea la jornada completa que sirva de parangón a la reducida dentro de la campaña.

²⁶² A.V. VALVERDE ASENCIO, "La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 177.

²⁶³ No obstante, tampoco faltan razones para la prohibición de horas extraordinarias para el fijo discontinuo irregular; la prohibición de horas extraordinarias vigente antes de la reforma del 2001 podía tener un efecto de fomento del empleo muy particular, cual es la defensa de la ocupación efectiva de los trabajadores que sigan en orden de llamamiento a aquellos que pudieran realizar horas extraordinarias (véase: J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 84, 120 y 121). Aún cuando la S. TSJ. Baleares 3-7-1992 (AS. 3910) no aprecie incumplimiento empresarial del deber de llamamiento de algunos trabajadores fijos discontinuos en tanto los fijos discontinuos ocupados realizan horas extraordinarias.

²⁶⁴ No obstante, sectores doctrinales cuestionan en la actualidad la admisibilidad del pacto de horas complementarias en el fijo discontinuo a tiempo parcial del art. 15.8 ET (J.M^a. GOERLICH PESET, "Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?", Temas Laborales, n.º. 61, 2000, pág. 135). Así niega dicha posibilidad en base a la aleatoriedad de la jornada ordinaria del trabajador fijo discontinuo irregular (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 131. Parecen seguir esta línea: M.A. PURCALLA BONILLA y M^a.P. RIVAS VALLEJO, "Los contratos formativos...", cit., pág. 10). También deduce esta conclusión de la desaparición de la referencia expresa al fijo discontinuo en el art. 12.5.b) ET: D. BENEYTO CALABUIG, "La reforma laboral de 2001", cit., pág. 69; C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo...", cit., pág. 53.

²⁶⁵ J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 119 y 120.

El art. 12.5 ET establece que el número de horas complementarias pactadas no podrá exceder de un determinado porcentaje de las horas ordinarias y, por supuesto, del límite legal del trabajo a tiempo parcial. El cálculo del tope referido tropieza con una dificultad similar a la que ya planteó antes de la reforma del RD-L 15/98 el cálculo del máximo de horas extraordinarias a realizar por el fijo-discontinuo irregular²⁶⁶. Las soluciones posibles, a falta de reglas especiales previstas por el legislador y de mayor imaginación, son las que ya se propusieron respecto del mencionado tope de horas extraordinarias, si bien con la dificultad añadida de la imposibilidad de equilibración del exceso resultante de horas complementarias a través de descansos compensatorios en la jornada ordinaria.

Consiguientemente, salvo mayor creatividad del Convenio Colectivo, el pacto sobre horas complementarias parece quedar forzado a su contratación sobre las horas ordinarias contratadas, que en tal caso, dada la exigencia de su certeza, se remitirán también probablemente al día, a la semana²⁶⁷ o, en supuestos muy excepcionales al mes y su consumo sólo será posible a medida que se vayan devengando a través de la realización de la jornada ordinaria²⁶⁸, a riesgo si se anticipan, de que excedan en su número del que resulte una vez finalizada la campaña y totalizada su jornada. Por el contrario, y tal y como se dijo en su momento por la doctrina respecto de las horas extraordinarias en el fijo discontinuo irregular, no parece un criterio seguro la jornada estimada en función de la realizada el año o periodos anteriores²⁶⁹. Indudablemente, ello supone un límite material a la distribución de las horas complementarias dentro de la jornada. En cuanto a su identificación, sobre todo bajo el régimen del 98, es bastante más fácil que si se tratasen de horas extraordinarias, una vez fijada en el contrato la jornada ordinaria y sin posibilidad de alteración por compensación con la jornada complementaria; serán las realizadas por encima o fuera de la jornada ordinaria.

4.5 La duración del pacto sobre horas complementarias y causas de desestimiento

De la duración del pacto sobre horas complementarias se ocupaba principalmente la letra c) del apartado 5 del art. 12 ET/98. Conforme a dicho párrafo, «*el pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por denuncia del trabajador una vez cumplido un año desde su celebración...*, entendiéndose prorrogado dicho pacto, en

²⁶⁶ Al respecto, véase: J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 187; J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 121.

²⁶⁷ Vid.: J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 120.

²⁶⁸ Según se observó igualmente respecto de las horas extraordinarias en el fijo-discontinuo de campaña incierta, cuya irregularidad impedía que se calculase sobre la jornada prevista o estimada a riesgo de exceso de las mismas (J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 121).

²⁶⁹ J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 120.

caso contrario, por un nuevo período anual». De ello se deducía que la vigencia temporal o indefinida del pacto es indiferente para el legislador a todos los efectos, puesto que su orientación fundamental se vinculaba a la posibilidad de denuncia periódica del pacto por el trabajador²⁷⁰ e inescindiblemente al fomento de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial, ahora en lo correspondiente a la fracción variable de su jornada como muestra, además, de la independencia del pacto; la conciliación del trabajo a tiempo parcial con la vida privada, intereses particulares o con otra actividad económica del trabajador se ven de esta forma favorecidos y posibilitados en cuanto puede controlar, eliminándolos, los tiempos flexibles e imprevistos de prestación de trabajo a instancia empresarial.

Si en la regulación de la duración y denuncia del pacto del 98 ha prevalecido la tutela de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial e intereses conexos del trabajador, la regulación actual inclina la balanza, también en éste aspecto, a la satisfacción del interés empresarial, no obstante la concesión hecha a posteriori por la L. 12/2001, que introduce una breve relación de causas del desistimiento del trabajador, no prevista en el RD-L 5/2001. Se responde así en cierto modo a las críticas de los consejeros del Grupo Segundo del CES bajo la regulación del 98, aún cuando algunas de ellas carezcan de fundamento²⁷¹.

²⁷⁰ Si bien, al concluir el comentado párrafo con la calificación de la continuidad de la vigencia del acuerdo con “prórroga”, quizá sea más acertado afirmar que su duración sería anual aún prorrogable tácitamente por prescripción legal, pero no propiamente indefinida sometida a denuncia unilateral (M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 760 y 761; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 97; A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial (I)...”, cit., pág. 249). En nuestra opinión, lo esencial no es tanto su duración temporal, ni propiamente se prevén duraciones máximas o mínimas a la vigencia del acuerdo, sino la garantía de separación del compromiso, la denuncia del acuerdo, únicamente previsto de forma expresa a instancias del trabajador. Su duración, por consiguiente y a falta de previsión particular en el acuerdo, podrá ser en la práctica indefinida, por cuanto se somete a posibilidad de denuncia en cada “aniversario” del pacto y, en defecto de éste, la prórroga del mismo por otro año natural, o incluso pactada como tal, pero siempre sometida a la posibilidad de denuncia en los términos expuestos (F. VALDÉS DAL-RE, “Una nueva... (I)”, cit., pág. 7). Nada impide tampoco, en cuanto no se prohíbe, el establecimiento de un término a la vigencia del pacto, superior o inferior al año natural (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 84; F. VALDÉS DAL-RE, “Una nueva... (I)”, cit., pág. 6 y 7). Ahora bien, si superior a aquél, el término no privará al trabajador de la posibilidad de denuncia con el transcurso de cada año natural por ser ésta una previsión de derecho necesario y un derecho indisponible para el trabajador (art. 3.5 ET) (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 84; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 97; F. VALDÉS DAL-RE, “Una nueva modalidad... (I)”, cit., pág. 7).

En cuanto a las razones de la elección del año como término del pacto, sectores doctrinales señalan su correspondencia con el límite de la distribución y transferencia de las horas complementarias del art. 12.5.e) ET/98, así como con el mecanismo de la consolidación (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGU, “Las horas complementarias...”, cit., pág. 131). En nuestra opinión, también podría deberse a la consideración común del año como máximo de cuantificación y distribución de la jornada (art. 34.2 ET) y, en particular, del trabajo a tiempo parcial (art. 12 ET y Cláusula 3.1 Directiva 97/81/CE, sobre trabajo a tiempo parcial). No obstante, téngase en cuenta que el art. 12.5 c) ET computa el plazo anual a partir de la celebración del acuerdo. Ahora bien, por las mismas razones de finalidad de tutela del trabajador, la anualidad de la facultad de denuncia es susceptible de reducirse de forma más ventajosa, constituyendo, en nuestra opinión, un mínimo de derecho necesario relativo disponible de forma más favorable por acuerdo de las partes o por negociación colectiva.

²⁷¹ Vid.: M. IGLESIAS CABERO y J.Mª MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia ...”, cit., pág. 41; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 97 y 98. Distinto es que se observe el régimen legal de la jornada parcial en su conjunto; desde ésta perspectiva sí es cierto que el libre desistimiento del pacto de horas complementarias reduciría ostensiblemente la virtualidad e interés económico del contrato por parte del lado empresarial como consecuencia de la absoluta inflexibilidad de la jornada ordinaria bajo la regulación del 98 y la prohibición de horas extraordinarias, lo que se haría aún más penoso en un contrato de duración indefinida (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGU, “Las horas complementarias...”, cit., pág. 138 a 141).

No obstante, la actual omisión de toda referencia a la duración del pacto no niega, desde luego, la posibilidad de previsión colectiva o individual de un término para el mismo²⁷², prorrogable o no según se convenga. Pero desaparece la garantía de periodicidad anual de desistimiento unilateral del trabajador acausal, con lo que el trabajador permanecerá vinculado al pacto en función de su carácter indefinido o, en su caso, a su duración temporal pactada, en tanto no renuncie al mismo en virtud de las causas tasadas en el art. 12.5.g) ET. Con ello, y comparativamente con la regulación precedente, no sólo se restringe la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial²⁷³, sino que se reducen también los efectos de la “especificidad” o autonomía del pacto de la letra a). Por supuesto, nada se opone al acuerdo de las partes de extinción anticipada del pacto sobre horas complementarias ni a su modificación, igualmente por mutuo acuerdo²⁷⁴.

La tutela de la voluntariedad de la jornada complementaria y conciliación de espacios del trabajador a tiempo parcial, equilibradora de la amplia y penosa disponibilidad extraordinaria que suponen –particularmente ahora– las horas complementarias²⁷⁵ se reduce a las causas expresamente tasadas en el art. 12.5.g) ET, sin detrimento de su ampliación por convenio colectivo o acuerdo de las partes²⁷⁶. Estas se refieren a *la atención de responsabilidades familiares enunciadas en el Art. 37.5 ET; necesidades formativas, en la forma en que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria; y por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.*

Tales “causas justas” de desistimiento unilateral del trabajador lejos de abarcar las principales motivaciones y ventajas que tradicionalmente se han reconocido como inspiradoras del trabajo a tiempo parcial voluntario, reflejan de forma muy restrictiva tan sólo algunas de ellas siguiendo modelos semejantes a los conocidos por nuestro ordenamiento laboral y, reconociendo o, mejor, ajustando un derecho que en mayor o menor medida, ya estaba contemplado por éste²⁷⁷. Así, por ejemplo, resulta

²⁷² F.J. CALVO GALLEG0 y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo”, cit., pág. 186.

²⁷³ F.J. CALVO GALLEG0 y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 186.

²⁷⁴ M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia...”, cit., pág. 42.

²⁷⁵ Vid.: F.J. CALVO GALLEG0 y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...”, cit., pág. 186. El pacto sobre horas complementarias, como tal pacto es voluntario para ambas partes. Pero una vez perfeccionado la ejecución prestación complementaria es obligatoria -si lícita- para el trabajador, a la libre instancia del empresario (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 83 a 85; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit. pág. 104). Se sigue por tanto una postura similar a la de las horas extraordinarias cuya prestación se haya pactado como obligatoria, aún por irracional que pueda parecerle a un sector doctrinal el hecho de que el empresario no esté obligado a corresponder a la obligación de prestación del trabajador suministrando, a su vez, el trabajo adicional pactado (en este sentido: M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 41 y 42). La voluntariedad del acuerdo debe, entonces, garantizarse prevalentemente respecto del que ve comprometido su tiempo, sus energías, su propia persona, y con mayor motivo, con una imprevisión anormal, y por ello con una disponibilidad superior a la común, dependiente de la exclusiva voluntad empresarial y retribuida sólo -en principio- proporcionalmente.

²⁷⁶ Y, por supuesto, del mutuo disenso (R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 125).

²⁷⁷ C. MOLINA NAVARRETE, “El «último» capítulo...”, cit., pág. 110. Por el contrario, destacan el papel protector de tales causas respecto de los colectivos tradicionalmente interesados en el contrato a tiempo parcial: F.J. CALVO GALLEG0 y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 187.

llamativo que no se haga referencia alguna a causas de salud, o relacionadas con la edad del trabajador, puesto que la preparación para la jubilación (Consideraciones generales. 5, Directiva 97/81/CEE) no sólo tiene por qué articularse como jubilación parcial. Igualmente resulta sorprendente que la incompatibilidad del pacto de horas complementarias se refiera en exclusiva a otro contrato de trabajo a tiempo parcial, causa que, por lo demás y según expusimos en otros apartados deriva probablemente de una imposición constitucional. Prescinde, por consiguiente, de la valoración de otras actividades económicas que podrían justificar similares motivaciones como puedan ser la realización de un contrato temporal o su compatibilización con el trabajo autónomo.

Por lo que se refiere a las responsabilidades relativas al ámbito familiar, se constriñen aquí exclusivamente a las situaciones recogidas en el art. 37.5 ET, en definitiva, exclusivamente aquéllas que ya han merecido por el legislador una valoración y tutela particular con carácter general, con abandono de situaciones similares no protegidas a efectos del derecho de reducción de jornada a la que, en consecuencia, se equipara. Por otra parte, la configuración abierta de este supuesto habría hecho prácticamente inoperante la indefinición temporal del pacto y suscitado una mayor inseguridad jurídica respecto del exacto significado de las mismas. Llegados a este punto, la negociación colectiva siempre puede contribuir a su ampliación más ajustada y detallada. Finalmente, la remisión al art. 37.5 ET se entiende respecto de la configuración de los supuestos tutelados, pero no de los límites que en él se recogen para el supuesto de que varios trabajadores de la empresa articulen su derecho por un mismo sujeto causante.

En cuanto a “las necesidades formativas” podrían entenderse referidas ampliamente por su concepto al conjunto del art. 23.1 ET²⁷⁸. Previsto su desarrollo reglamentario, la causa tiene, no obstante, virtualidad o eficacia inmediata, sin que la falta de regulación reglamentaria impida su aplicabilidad por desconocimiento de su contenido²⁷⁹.

Como requisito concurrente en todas ellas está el lógico de su acreditación. Prueba que respecto de las necesidades formativas y la realización de otro contrato a tiempo parcial se extiende a la incompatibilidad horaria con la realización de dichas horas complementarias. Incompatibilidad que lógicamente no se exige respecto de la atención de las responsabilidades familiares. Por otra parte, el examen de las causas de “renuncia” del pacto de horas complementarias y la utilización por el legislador de la expresión “dejar sin efectos”, puede suscitar la duda o al menos la posibilidad de que tales causas se articulen como causas de suspensión y no como extinción del pacto. Sin embargo no creo que sea así, aún cuando pudiese complementarse en este aspecto el precepto por el Convenio Colectivo. Lo restringido y la entidad de los supuestos previstos así como la potencial extensión durante largo tiempo de la causa, parecen encaminadas más a considerarlo una extinción del pacto. De lo contrario no

²⁷⁸ F.J. CALVO GALLEGOS y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 188.

²⁷⁹ F.J. CALVO GALLEGOS y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 187 y 188.

tendría sentido no hacer referencia alguna a otras causas de reducción de jornada distintas de la del art. 37.5 ET, cuales son, por ejemplo, las que se basan en los arts. 37.4, 4bis, el disfrute de la suspensión por maternidad, adopción o acogimiento a tiempo parcial (art. 48.4 ET). Todos estos supuestos de reducción de jornada coherentemente, deben abrir a petición del trabajador la suspensión del pacto, en tanto dure la causa de reducción de jornada. El criterio de distinción en los efectos será entonces el de la duración potencial de la situación, que justificará la desaparición o la suspensión del pacto. Quizá por ello se explique que por el momento ha pasado desapercibida la adecuación de estas causas al art. 21 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en coherencia con el reconocimiento del derecho de la trabajadora víctima de violencia de género a la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, y que por el momento sólo ha propiciado la introducción de un nuevo apartado 7 en el art. 37 ET (Disp. Adic. Séptima de la referida Ley Orgánica). Su duración previsiblemente de corta duración justificará igualmente la suspensión del pacto. Finalmente, recordemos, hay otra causa de extinción del acuerdo, cual es el acceso a la jubilación parcial.

Las estrecha limitación del régimen de desistimiento se cierra en el requisito de un mínimo de duración del pacto de un año. Tratándose de un desistimiento causal, y fundado en causas tan trascendentes y restringidas, es absolutamente inapropiada la exigencia de dicho mínimo²⁸⁰, o al menos –en tono más conciliador–, de una duración excesiva sin que sea oponible por tanto como argumento la pretensión de la estabilidad del pacto a favor empresarial o, dado lo extenso de su duración mínima, la imprevisibilidad intempestiva de la denuncia. Piénsese que ese mínimo puede hacer inoperante la finalidad supuestamente se persigue en tales casos. No obstante, dicho plazo no puede considerarse indisponible por las partes o el convenio colectivo, que siempre podrán pactar un régimen más favorable para el trabajador. Finalmente, nada hay que objetar al requisito de preaviso de 15 días, igualmente positivo a la baja para el convenio colectivo o por pacto de las partes²⁸¹.

²⁸⁰ C. MOLINA NAVARRETE, "El «último»...", cit., pág. 110.

²⁸¹ C. MOLINA NAVARRETE, "El «último»...", cit., pág. 110. Bajo la regulación del 98, la denuncia del pacto «deberá notificarse al empresario con una antelación mínima de tres meses a la fecha de vencimiento de cada uno de los años de su vigencia» (art. 12.5.c) ET/98). El preaviso se entiende por tanto como un mínimo de tres meses previsto probablemente con objeto de permitirle al empleador un tiempo suficiente para proveer o atender las modificaciones o nuevas necesidades que surjan en relación a la organización del trabajo a consecuencia de la nueva indisponibilidad de la jornada complementaria (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 97). Conforme a esta orientación desde luego, el trabajador podrá libremente denunciar el pacto con un preaviso superior a ese mínimo previsto, sin necesidad de reiteración posterior. No respetado el plazo mínimo de preaviso, la denuncia no surtirá los correspondientes efectos de elusión de la correspondiente prórroga (F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva... (I)", cit., pág. 7). Por ser una antelación mínima, en un primer acercamiento podría defenderse la posibilidad de ampliación por contrato o Convenio Colectivo de ese plazo de preaviso, y calificar el mismo como mínimo de derecho necesario relativo, establecido esta vez en beneficio empresarial. No obstante, un sector doctrinal lo que considera posible es la reducción del plazo de preaviso en ejercicio de la función suplementaria que corresponde al Convenio Colectivo respecto de los mínimos legales (M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Ley, negociación colectiva...", cit., pág. 115). Ciertamente, el plazo de tres meses podría considerarse en términos generales suficiente y hasta sorprendentemente amplio, vista nuestra tradición jurídica que a efectos de denuncia de contratos u otros pactos establecen preavisos muy inferiores a éste, y respecto de situaciones bastante más penosas para el trabajador o, incluso, para el empresario. La justificación de la ampliación del tiempo de preaviso por Convenio Colectivo o contrato de trabajo, por consiguiente, sería muy dudosa. Por otra parte, la ampliación de dicho plazo supondría una mayor dificultad para la desvinculación del trabajador respecto de la jornada complementaria, y su consiguiente excepcional disponibilidad. La tutela de la voluntariedad de la jornada parcial, ahora en lo referente a la jornada complementaria, principio básico informador de la regulación del 98, se vería considerablemente mermada, o incluso impedida, y ello sin autorización o remisión expresa a contrato o Convenio Colectivo.

En cuanto al posible desistimiento del empresario, al igual que el art. 12.5.c) ET/98, hoy la letra g) sólo hace alusión a la facultad de denuncia del trabajador, no así a la de aquél. Desde luego la finalidad de ambos preceptos es tuitiva y además la referencia a toda omisión parte quizá de la conciencia del escaso interés que pueda tener el empleador en denunciar un pacto que sólo se ejecuta por decisión y en interés propio; bastará no hacer uso de las horas complementarias para dejar sin vigor práctico el pacto sobre tal fracción de jornada²⁸². Precisamente por ello parece razonable y coherente con el principio de seguridad jurídica admitir en casos en que no se ven afectados los derechos –ni sus expectativas de consolidación– del trabajador, el libre desistimiento del empleador como renuncia a un derecho unilateral adquirido vía contractual. Ahora bien, la inocuidad del mantenimiento del vínculo no es siempre predicable respecto del empresario. No, desde luego, cuando se haya pactado colectiva o individualmente un deber de ocupación mínimo, que, en nuestra opinión, ya lo advertimos al tratar el concepto, tiene cabida por ser más favorable para el trabajador²⁸³. En tales supuestos la vía no puede ser la del libre desistimiento del empresario, lo que sería tanto como dejar a su arbitrio el cumplimiento del mismo, sino la de atender a lo que al respecto se establezca en el pacto colectivo o individual como si de condición resolutoria se tratase²⁸⁴. Por último, configurado el uso de la jornada complementaria como una potestad empresarial, el hecho de que éste no recurra efectivamente a la misma no deja sin vigor el pacto, y por supuesto, tampoco genera para el trabajador un derecho de oposición fundamentado en condición más beneficiosa alguna (como, viceversa, tampoco la origina su uso).

La denuncia del trabajador, o en su caso del empresario, es una declaración de voluntad de carácter recepticio²⁸⁵, que una vez hecha no admite rectificación, mucho menos tácita; ya hemos insistido suficiente en que se requiere acuerdo expreso de voluntades. El cambio de opinión se tendrá que reconducir a un nuevo pacto sobre horas complementarias a convenir entre las partes. El Estatuto no exige forma alguna para la denuncia, por lo que ésta se podrá hacer verbalmente o por escrito²⁸⁶. No obstante, se destaca por la doctrina la lógica conveniencia, a efectos de prueba, que pesará sobre el trabajador, de su formalización por escrito y la entrega de modo que permita acreditar cuándo la recibió²⁸⁷.

Finalmente, parece en principio admisible la posibilidad de denuncia parcial del pacto de horas complementarias a instancias del trabajador. Las razones en

²⁸² M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia...", cit., pág. 42; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO", cit., pág. 98.

²⁸³ Por todos: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 98.

²⁸⁴ O su desvinculación a través de la vía la modificación sustancial individual del art. 41 ET (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGO, "Las horas complementarias...", cit., pág. 141, 142 y 143). Nuevamente, no es posible esta vía en nuestra opinión.

²⁸⁵ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 84.

²⁸⁶ J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen...", cit., pág. 52.

²⁸⁷ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 84. O, puesto que el contrato se celebró necesariamente por escrito, su denuncia convendrá hacerse en los mismos términos en virtud del principio de buena fe (G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 727).

que fundamos esta opinión se centran en la posibilidad de denuncia total del pacto y la menor gravosidad de la denuncia parcial, en definitiva, en la consideración de que «quién puede lo más puede lo menos», así como en la inocuidad del mantenimiento parcial del pacto respecto del empleador puesto que, en definitiva y en principio, a nada le obliga²⁸⁸.

4.6 El quantum de la jornada complementaria

Los aspectos relativos al *quantum* de la prestación complementaria se regulan en la letra c) del apartado 5. Constituyendo la cantidad y la cualidad del tiempo de trabajo elementos configuradores del objeto de la obligación del contrato de trabajo, la variabilidad pactada respecto de los mismos resulta ser fundamental a los efectos de la observancia de los requisitos de determinación o determinabilidad de dicho objeto y, por supuesto, de que el cumplimiento de las obligaciones no quede al arbitrio de una sola de las partes. Pues bien, el art. 12.3.c) ET determina claramente los márgenes susceptibles de pacto de elasticidad, frente a la mayor disponibilidad que rige en los aspectos cualitativos de dichos márgenes. La razón de este trato diverso no puede residir en la menor peligrosidad de la distribución de la jornada a los efectos de la determinación del objeto, ni a los del equilibrio y afección de intereses, sino a la mayor simplicidad y homogeneidad que preside la jornada frente a la diversidad y adaptabilidad que gobierna la distribución de la misma.

Comienza la letra c) del art. 12.5 ET disponiendo lo que, paralelamente a la jornada ordinaria, podría considerarse el contenido mínimo del pacto sobre horas complementarias. Así es, «*el pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario*». Nuevamente se insiste en el precepto estatutario en dos ideas ya avanzadas. Una, en que la realización de la jornada complementaria pactada es una potestad empresarial, no, en principio, un derecho de ocupación en favor del trabajador. La otra, que no podrá exigirse por aquél lo que no haya sido pactado por ser extraño al objeto contractual, y por no permitirse la realización de horas extraordinarias salvo en los supuestos expresamente previstos.

El contenido mínimo del acuerdo se identifica con la cantidad de jornada susceptible de realizarse por encima de la ordinaria pactada²⁸⁹. Y cifrado exactamente en su número, no únicamente en su porcentaje en relación a la jornada ordinaria dada la especificidad del pacto, lo que garantiza que no se vea alterado automáticamente

²⁸⁸ En este sentido nos adscribimos a la postura de C.I. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 84 y 85. Siempre y cuando no se niegue en tal caso el derecho del trabajador a la consolidación de las horas complementarias que en su caso correspondan prevista bajo la regulación del 98 (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO y F.J. CALVO GALLEGU, "Las horas complementarias...", cit., pág. 141, 142 y 143).

²⁸⁹ Como contenido mínimo del acuerdo individual, no parece susceptible de completarse éste por remisión al Convenio Colectivo aplicable (G. GONZÁLEZ PASTOR, "La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 727). La justificación de esta postura, en nuestra opinión, se encuentra no sólo de la letra del precepto, ni desde luego en su carácter de pacto individual, sino en la necesaria aseveración del conocimiento por parte del trabajador, y previo a la prestación de su consentimiento, del cuerpo de la obligación que libremente asume.

por modificaciones al alza en dicha jornada. Ni admisible su fijación a través de criterios pretendidamente objetivos, ni necesidades empresariales, ni, por supuesto, bandas de oscilación dependientes de aquellos. La cantidad de elasticidad contratada ha de ser exactamente determinada en el pacto, lo que, por lo demás, implica una opción legislativa en favor de la objetividad o materialidad de la determinabilidad del objeto, en correspondencia a lo que en este mismo capítulo se dijo sobre la acausalidad de la jornada pactada.

El máximo de horas complementarias se fija en atención a un porcentaje concreto, el 15%, calculado sobre la jornada ordinaria pactada²⁹⁰. No se indica el módulo temporal al que deba remitirse su cálculo, si bien todo parece indicar que como término general y desde luego máximo será el año²⁹¹. Ahora bien, puesto que tanto bajo la regulación del 98 como en la actual, el término del pacto puede ser inferior al año por voluntad de las partes, en tal caso la proporción tendrá que calcularse sobre la jornada pactada que corresponda proporcionalmente a dicho plazo, con independencia de la distribución irregular que se haya practicado.

La opción de fijar la determinabilidad máxima de la jornada en función de un porcentaje de la ordinaria puede tener la virtualidad de dificultar, limitar o, al menos, desincentivar la reducción artificial de la jornada ordinaria en favor de la complementaria; la minoración de la primera, al menos en sus máximos decrecerá a la segunda. Sin embargo, la fijación por convenio colectivo de un porcentaje excesivamente amplio de horas complementarias –como admite máximo del 60%– junto con la desaparición del mecanismo de consolidación quiebra la intencionalidad de la regulación precedente de acercar la jornada ordinaria a la practicada y limitar la funcionalidad de las horas complementarias a un elemento accesorio en el global de la jornada²⁹².

Por otra parte, la fijación porcentual de los márgenes de la jornada complementaria resulta útil a los fines de esclarecer la validez del pacto a los efectos de la existencia de objeto cierto. Parece incuestionable, es que al menos en lo que respec-

²⁹⁰ Conforme a la regulación francesa de las horas complementarias, éstas no podrán superar la décima parte de la duración semanal, mensual o anual de trabajo prevista en el contrato, ampliable en todo caso hasta un tercio de la misma por acuerdo colectivo (art. L. 214-4-3 y 6 Código de Trabajo) (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada”, cit., pág. 152; J.P. LABORDE, “Algunas observaciones acerca del trabajo a tiempo parcial en el Derecho francés”, cit., pág. 244; F. NAVARRO NIETO y A. TRICLIN, “El debate francés sobre la reducción del tiempo de trabajo”, RL, n.º. 3, 1999, pág. 102). La regulación italiana del contrato deja la fijación del número máximo de horas ordinarias a la negociación colectiva, así como la identificación de las causas lícitas de requerimiento del trabajo suplementario y las consecuencias de la superación de tales máximos.

²⁹¹ Véase en el Capítulo I, los ámbitos de verificación de la reducción de la jornada, integrado en el tratamiento de la cuantía de la reducción. Así, bajo la regulación del 98, la duración del pacto tomada por el legislador es la anual, como también es el año el ámbito de distribución trimestral de las «horas anuales pactadas», y también el año frontera absoluta de su trasvase (art. 12.5.e) ET/98) y referencia para su consolidación (art. 12.5.i) ET/98). Parece evidente que la jornada pactada a que se refiere es, en principio, la anual, con independencia del módulo que se utilice para fijar la cantidad de jornada ordinaria (M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 761). Aún cuando hoy todas estas referencias han desaparecido, no parece que deba modificarse dicho criterio general en tanto no se aprecia cambio alguno en la redacción del art. 12.5 ET que así lo indique. Además, dicha anualización es común a las horas extraordinarias, figura de funcionalidad muy cercana, y es el módulo máximo que dota de mayor flexibilidad a su carácter de bolsa horaria elástica. Finalmente, se mantiene el término del año como condición de seguridad en favor del empresario frente a la denuncia del pacto por el trabajador (art. 12.5.g) ET).

²⁹² C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, “Contratación laboral y política de empleo...”, cit., pág. 54.

ta al exclusivo aspecto de la cantidad de prestación, el respeto de los máximos correspondientes asevera el cumplimiento del comentado requisito respecto del objeto. A través de éste porcentaje el legislador equilibra de forma exacta y conforme a una determinada opción de política del derecho la proporción entre los tiempos ciertos de trabajo y los variables²⁹³. Sin embargo, precisamente desde esta perspectiva de exigencia de determinación del objeto temporal del contrato, puede suscitarse bajo la regulación actual situaciones de verdadera indeterminación de aquél bajo la apariencia de su estricta legalidad, consecuencia de la combinación de la desaparición del umbral de jornada del trabajo a tiempo parcial, de la posible ampliación del pacto de horas complementarias por la negociación colectiva, la inexistencia de criterio legal alguno sobre su distribución y límites a la misma –salvo el relativo a la jornada partida, también disponible por convenio colectivo–, y la mayor flexibilidad de que parece susceptible la jornada ordinaria pactada en el contrato a tiempo parcial dejada también a la libre voluntad de las partes²⁹⁴.

Este porcentaje legal es calificable de máximo de derecho necesario relativo en defecto de ampliación por Convenio Colectivo, disponible incondicionalmente por norma colectiva o por contrato individual más favorable²⁹⁵. Y como norma relativamente disponible por Convenio Colectivo sectorial o, en su defecto de ámbito inferior, hasta el máximo derecho necesario absoluto del 30% de las horas complementarias contratadas bajo el régimen del 98 y ahora hasta un 60% de aquéllas²⁹⁶. Queda excluida la ampliación del límite del 15% por contrato de trabajo; de lo contrario dicho límite y su finalidad perdería toda virtualidad. Es evidente, por pura interpretación literal, que tales máximos legales incluyen los mencionados porcentajes; así se deduce claramente y sin ambigüedad de la indicación de que la jornada complementaria “no pueda exceder” de tal proporción..., en lugar de exigir que sean inferiores a la misma, a modo de la definición de la modalidad contractual (art. 12.1 ET).

No obstante, el máximo de jornada complementaria puede verse limitado por otro condicionamiento distinto y sumado al porcentual expuesto. Nos referimos a la imposibilidad de que la suma de las horas ordinarias y de las complementarias exceda del límite legal del contrato a tiempo parcial. Declaración que, como es de imaginar después de nuestra exposición del concepto de la hora complementaria, nos parece coherente con la definición del contrato a tiempo parcial introducida por el RD-L

²⁹³ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 102.

²⁹⁴ Más optimistas, sectores doctrinales consideran que la renovada flexibilidad de la jornada ordinaria desincentivará el pacto y uso de la jornada complementaria por ser menos necesaria (M.A. PURCALLA BONILLA y M^a.P. RIVAS VALLEJO, “Los contratos formativos y a tiempo parcial...”, cit., pág. 11 y 12. En términos cercanos: F.J. CALVO GALLEGOS y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo”, cit., pág.).

²⁹⁵ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 87.

²⁹⁶ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit. pág. 87; Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, “Los límites legales al contenido de la negociación colectiva”, MTAS, Madrid, 2001, pág. 48. Lo que demuestra, en opinión de un sector doctrinal, que realmente el legislador está regulando a la baja artificiosamente, y siempre pensando en una ampliación por Convenio controlada por las organizaciones sindicales; ello lo hace susceptible de convertirse en una nueva “arma” de transacción para los trabajadores (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 102).

15/98, en orden a la reintroducción de una jornada máxima a tiempo parcial y su perfecta delimitación respecto del tiempo completo²⁹⁷. Y consecuente también con la naturaleza y concepto de las horas complementarias como jornada pactada²⁹⁸, participe de su condición de objeto de la obligación si bien como fracción independiente, determinable y sometida a futura concentración tanto en su cantidad como en su calidad, lo que le hace deudora de su participación también en la definición del contrato. A partir de la definición del contrato a tiempo parcial instaurada por la L. 12/2001, por el contrario, dicha prescripción pierde su sentido, puesto que desaparecida la frontera entre el contrato a tiempo parcial y el contrato a tiempo completo, y ausente otro límite que no sea el porcentaje máximo de jornada ordinaria, la suma del conjunto de la jornada practicada puede ser muy similar a la de la jornada completa²⁹⁹, dotada, por lo demás, de una flexibilidad –y consiguiente disponibilidad del tiempo del trabajador– muy superior.

Por último, la cuantía máxima de horas complementarias susceptibles de acuerdo ya fue considerada por sectores doctrinales en la etapa precedente como suficiente, e incluso generosa si se compara con la correspondiente prevista para las horas extraordinarias del art. 35.2 ET y que no alcanzan el 5% de la jornada máxima legal³⁰⁰. A nosotros, sin embargo, la cuestión no nos parecía tan evidente, pues no puede desconocerse que en el cómputo del máximo de horas extraordinarias no se tienen en cuenta las compensadas con descansos (art. 35.2.2º ET). Es evidente que con el actual art. 12 ET no podemos sino modificar nuestros anteriores criterios.

4.7 La distribución de la jornada complementaria

El actual art. 12.5.d) ET remite la fijación de las reglas sobre distribución y forma de realización de las horas complementarias al convenio colectivo de aplicación y a lo establecido en el pacto. Desaparece así la regulación dispositiva sobre distribución que contenía el apartado 5.e) de la regulación precedente, aún vigente con conforme a las reglas de derecho transitorio de la L. 12/2001 respecto de los contratos realizados al amparo del RD-L 15/98.

Bien es cierto que en el art. 12.5.e) ET/98 las reglas sobre distribución de la jornada complementaria son muy escasas, configurándose además como derecho plenamente –y dado lo escaso de la regulación, fácilmente– dispositivo por los Convenios Colectivos preferentemente de nivel sectorial y, en su defecto, de ámbito inferior, incluidos según algunos los acuerdos de empresa³⁰¹, e indisponible por la

²⁹⁷ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 103.

²⁹⁸ Jornada, en definitiva, que forma parte del tiempo que define al contrato a tiempo parcial (F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)", cit., pág. 3 y 4).

²⁹⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL-RE, M^a.E. CASAS, "La reforma del mercado de trabajo...", cit., pág. 16.

³⁰⁰ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...", cit., pág. 86 y 87.

³⁰¹ G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 728.

autonomía individual. De una primera lectura difícilmente puede extraerse que las reglas básicas que se establecen en defecto de regulación en Convenio Colectivo deban a su vez servir de orientación necesaria a tales disposiciones, de condicionamiento a dicha regulación colectiva; su función es únicamente supletoria en ausencia total o parcial de regulación colectiva³⁰². No obstante, en nuestra opinión, tal afirmación debería matizarse con el fin de cerrar el paso a regulaciones colectivas excesivamente liberales contrarias al espíritu de la norma estatutaria del 98. En definitiva, a grandes rasgos puede decirse que el Estatuto sólo dispone la distribución proporcional de las horas por trimestres naturales³⁰³, la limitada acumulabilidad entre trimestres inmediatamente sucesivos de parte de las horas no utilizadas en su correspondiente trimestre –máximo del 30%–, la incomunicabilidad indisponible de los sucesivos años naturales³⁰⁴, y un período de preaviso. Para valorar la existencia de regulación colec-

³⁰² C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 87.

³⁰³ La distribución "proporcional" del total de la jornada anual complementaria entre los diversos trimestres del año, equivale a su reparto a partes iguales entre ellos (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 105 y 106). Por otra parte, el inciso segundo la condición 1ª la letra e), art. 12.5 ET/98, consideramos que únicamente regula la distribución del total de la jornada complementaria de los fijos discontinuos y no, cualquier distribución de la jornada ordinaria (M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, "El trabajo fijo-discontinuo, modalidad de contrato a tiempo parcial", en AAVV, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 172 y 173; CABEZA PEREIRO y LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal...", cit., pág. 55; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGO, "Las horas complementarias...", cit., pág. 91). En contra, VALDÉS DAL-RE, considera inmersos además todos los contratos a tiempo parcial indefinidos cuya vigencia o la de su pacto haya nacido en el curso del año natural entendido como "año civil" (vid.: F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad... (y II)", R.L., n° 21, 1999, pág. 2). Sin embargo, por año natural no puede entenderse "año civil" sino año sin más, computado de «de fecha a fecha», incluidos los días hábiles e inhábiles, y por supuesto, los días laborables para el trabajador a tiempo parcial, como los no previstos de trabajo o no laborables (J. GONZÁLEZ PÉREZ, F. GONZÁLEZ NAVARRO y J.J. GONZÁLEZ RIVAS, "Comentarios a la L. 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1999", Civitas, Madrid, 1999, pág. 279, 280 y 287; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 106 y en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGO, "Las horas complementarias y su pacto...", cit., pág. 93 y 94). En cuanto a la agrupación de los diversos periodos de actividad en unidades completas de tres meses de prestación de servicios, procede el cómputo de dichas fracciones también de fecha a fecha por periodos de actividad actualizada, incluidas las suspensiones estructurales dentro de dichos periodos, y con independencia del número de horas de trabajo ordinario que se preste cada uno de esos días. En conclusión, cabría defender que en caso de fijos discontinuos las unidades estatutarias de distribución se constituyen por la agrupación teórica de los ciclos de actividad, de las diversas campañas lo que, como el resto de estas reglas, es impensable para el fijo discontinuo irregular. La exigencia de que las fracciones en que se distribuyan las horas complementarias compongan periodos completos de tres meses, ha llevado a un sector doctrinal a considerar que no es posible el uso de las horas complementarias en los periodos de actividad que no alcancen -por defecto, o en la parte de exceso- a participar de esos tres meses completos (M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 761. Más matizadamente: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal...", cit., pág. 55). Por contra, otro sector doctrinal opta por reservar la incomunicación de la distribución entre trimestres completos, uniendo las fracciones que no completan un trimestre al que tengan más cercano (F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad de jornada... (y II)", cit., pág. 2 y 3). Sin embargo, la incomunicación entre los diversos periodos trimestrales debería abarcar también a las fracciones que no alcancen la entidad de tres meses, puesto que de lo contrario se estaría ampliando el número de horas complementarias que corresponda al trimestre al que no se anexionan, y se estaría, por otra parte, aumentando el ámbito de disponibilidad distributiva respecto de la unidad de tres meses que se vea incrementada por las fracciones sueltas. Por otra parte, en los periodos que no lleguen a sumar tres meses cabe la realización de las horas complementarias, pues éstas en ningún momento se prohíben para tales periodos; la regla estatutaria sólo persigue amoldar la regla general del primer inciso del art. 12.5.e), primer párrafo ET/98, al supuesto particular de los fijos discontinuos, sin que en ningún momento se deduzcan consecuencias tan restrictivas y, por lo demás, excepcionales de la regla general de proporcionalidad. Pero la cuantía de las horas complementarias que correspondan a las fracciones excedentes de los tres meses será proporcional a lo que corresponde al trimestre completo, puesto que la norma de distribución entre los compartimentos estancos es la de proporcionalidad, y sólo serían trasvasables al periodo de tres meses más cercano cronológicamente en la proporción hasta del 30% de las no utilizadas, de conformidad con el siguiente párrafo del art. 12.5.e) ET/98, y en correspondencia con el régimen común y su finalidad.

³⁰⁴ La razón de la incomunicación entre los diversos periodos anuales tiene un fundamento específico -a parte del genérico de impedir la excesiva acumulación de la jornada complementaria y la coherencia ya referida con el régimen de con-

tiva de la distribución y forma de realización de las horas complementarias será necesario desentrañar qué deba entenderse por tales términos a los exclusivos efectos aquí discutidos. Y la única “distribución” que observa el legislador estatutario es la distribución por períodos, por grandes períodos, sin concreción alguna sobre su colocación, barajando los conceptos del año natural y su división en trimestres, casi como si de estaciones se tratase. Y el objetivo de dicha regulación estatutaria es fácilmente deducible: limitar el exceso de acumulación de las horas complementarias, de forma que las variaciones sobre la jornada conocida no sean excesivas ni, por consiguiente, entrañen mayor penosidad para el trabajador, ni afecten de forma desproporcionada a la organización de sus intereses. En este sentido, la distribución de la jornada complementaria a través de Convenio Colectivo tendrá que referirse a cualquier fórmula que suponga reparto “periódico” de la misma, limitando la total disponibilidad del conjunto de las mismas en manos del empresario. Entiéndase nuestra postura como un rechazo a las cláusulas convencionales que supongan “carta blanca” para el empleador en detrimento de la posición jurídica tutelada del trabajador, y su consideración como tal dependerá de las circunstancias particulares de la actividad³⁰⁵. Y, a efectos de la forma en que se realicen dichas horas, tendrá que prever un período mínimo de preaviso, que desde luego no condiciona la colocación, no es propiamente distribución, sino garantía de conocimiento anticipado de la misma. Entonces, la negociación colectiva tendrá que prever un preaviso suficiente o medidas tutelares –por ejemplo, el derecho a negarse– para supuestos justificadamente excepcionados que garanticen los objetivos a que atiende la norma estatutaria. De lo contrario será apreciable un vacío de regulación al respecto que será atendido por el precepto legal³⁰⁶.

En la regulación actual de la distribución y forma de realización de las horas complementarias, el art. 12.5.d) ET atribuye al convenio colectivo de aplicación y al pacto de horas complementarias, en definitiva, a la voluntad individual de las partes,

solidación- en la duración misma del pacto sobre horas complementarias y en respeto de la voluntariedad de las horas complementarias. De esta manera, el legislador garantiza la efectividad de la denuncia del trabajador, si se hace y, en cualquier caso, el respeto a la voluntad del trabajador que, conforme a los límites estatutarios, se manifiesta, aún tácitamente, año por año y respecto de un “volumen” anual concreto de horas complementarias (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 108). Por tales razones y lo incisivo de los términos en que se han redactado los límites del ámbito temporal del trasvase, encabezados por el terminante «en ningún caso» parece justificada la exclusión de la disponibilidad del Convenio Colectivo de la regla estatutaria de limitar aquél al trimestre contiguo y siempre dentro del año natural. En este sentido, considerando, en cambio, dispositivo el resto de los apartados de la letra e) art. 12.5 ET (F. VALDÉS DAL-RE, “Una nueva modalidad... (y II)”, cit., pág. 3). Por similares motivos, cuando éstas estipulen un período de separación del pacto inferior al año, tampoco será admisible, salvo que se deduzca voluntad en contrario, el trasvase que supere el tiempo más favorable de denuncia, y siempre con el límite anual derivado del art. 12.5.c) ET/98.

³⁰⁵ En contra RODRÍGUEZ PASTOR, que considera aceptable incluso que por Convenio Colectivo se prescindiera de toda limitación a la distribución de las horas complementarias y su acumulación, dejando total libertad al empresario para su uso. En cambio, considera que el principio de buena fe impondrá siempre un preaviso de un mínimo de veinticuatro horas (G. RODRÍGUEZ PASTOR, “La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 729).

³⁰⁶ En apoyo, además de la literalidad del Acuerdo del que partió la regulación, cabe citar el art. 12.2 de la Recomendación de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial n.º 182 de 1994, que dispone que «en la medida de lo posible, las modificaciones de los horarios convenidos y el trabajo en exceso de dichos horarios deberían ser objeto de restricciones y de un preaviso». En contra, por considerar totalmente disponibles las prescripciones del art. 12.5.e) ET y, concretamente, la obligatoriedad del preaviso (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 105).

la competencia exclusiva de su fijación, sin previsión de regulación supletoria legal expresa. No obstante, como veremos, pueden extraerse del texto estatutario algunas precisiones respecto de la distribución de la jornada complementaria, expresadas bien en forma de límites explícitos, indisponibles unos, disponibles otros por convenio colectivo, bien de la interpretación conjunta de diversos apartados del art. 12 ET. Las primeras dudas que pueden suscitarse de la lectura del art. 12.5.d) ET se centran en la relación del convenio colectivo que sea de aplicación con las previsiones de las partes, así como en el concepto mismo de distribución, la apreciación de la existencia de ésta y las consecuencias de su imprevisión.

Por lo que se refiere a la determinación de la distribución de las horas complementarias, se abre un amplísimo espacio a la regulación convencional en una materia tan trascendente como es la distribución de la jornada. Bien es cierto -como ya dijimos- que este preciso ámbito, a diferencia de lo que sucede con la jornada, se vincula tradicionalmente a las particulares condiciones de organización empresarial o sectorial; la flexibilidad de la jornada parcial dependería en buena medida de la capacidad de adaptación a las variables condiciones de la producción³⁰⁷, añadida ahora a las posibilidades de flexibilización de su jornada ordinaria. Por otra parte, la intervención de la autonomía individual en la fijación de las reglas sobre distribución de la jornada complementaria satisface un doble papel de supletoriedad de la regulación colectiva de las mismas, y, caso de que ésta concurra, de complementación y suplementación³⁰⁸, en respuesta a la perspectiva de la jornada parcial como prevalentemente individualizada. Sin embargo, como venimos insistiendo, no puede desconocerse la trascendencia de la misma a efectos de la conmutatividad de las prestaciones, y, más ampliamente, de la determinación del objeto y de la organización de la propia vida del trabajador. Con ello se destaca la trascendencia de la efectiva regulación de la distribución de la jornada, y de la identificación de su concepto a efectos del cumplimiento de tal misión.

En nuestra opinión, la exigencia de distribución de la jornada complementaria no puede identificarse con la correlativa de distribución de la jornada ordinaria del art. 12.4.a) ET. Efectivamente, si ya en su momento defendimos, en interpretación discutida, que la distribución de la jornada ordinaria requiere en términos generales de su concreción, aún flexible, en todos y cada uno de los módulos temporales en los que se aprecie una distribución irregular, tales exigencias no pueden ser trasladadas a la distribución de la jornada complementaria, como evidenció la anterior regulación estatutaria. La razón estriba en la diversa funcionalidad de ambas, y en su consiguiente parangón, que no equiparación, con el régimen de la jornada a tiempo completo. La jornada complementaria, como bolsa de horas anual de trabajo elástico, es por definición una facción de jornada cuantitativa y cualitativamente determinable.

³⁰⁷ M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia...", cit., pág. 43. No obstante, señalan los referidos autores, la remisión a la negociación colectiva para la adaptación de las reglas sobre cuantía y distribución, puede marginar dicho efecto en los sectores carentes de Convenio Colectivo o por dejación de los negociadores de dicha posibilidad (pág. 44).

³⁰⁸ Por todos: C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo...", cit., pág. 55.

Permite entonces, en orden a su funcionalidad y a falta de toda previsión legal al respecto, de una mayor indeterminación en la utilización de las mismas, que no precluye, no obstante, la previsión de un necesario plan obligacional pormenorizado por convenio colectivo o por contrato individual.

Ahora bien, pese a aceptar una mayor ductilidad en el cumplimiento del requisito de distribución de las horas complementarias respecto de las ordinarias, éste no puede llegar a hacerse inoperante conforme a las previsiones del convenio colectivo o del pacto de las partes. En definitiva, las posibles fórmulas de distribución de la jornada complementaria son muy abiertas, como ya sucedió en la etapa precedente, pero no pueden entenderse satisfechas, tampoco ahora, con una mera referencia del número anual de aquéllas como si de horas extraordinarias se tratase. Nuevamente, distribución no es cuantificación, de lo contrario perdería todo sentido el término.

Lo cierto es que el legislador no establece claramente un deber de distribución de la jornada complementaria, sino su sometimiento a lo previsto en el convenio colectivo o pacto de las partes. Además, no prevé consecuencia alguna para el caso en que ésta no se lleve a cabo por ninguna de las vías señaladas, ni forma alternativa aparente de integración del posible vacío. No obstante, de no tratarse de una exigencia de determinación mínima del plan obligacional de aquéllas, el propio párrafo d) perdería su sentido, puesto que no haría sino recoger las reglas comunes del art. 3 ET. Además supondría una modificación de mayor calado de la que en principio puede deducirse de la reforma del precepto, que es la de alterar la atribución de tal competencia y no la de su propia desaparición. Tal interpretación, por lo demás, contraveniría, no sólo la tutela —aún minorada— de la voluntad del trabajo a tiempo parcial y su jornada, sino posiblemente la tantas veces referida exigencia de determinación relativa del objeto contractual. Así es, en términos dogmáticos, la pretensión de total libertad en la distribución anual de la jornada complementaria no puede fundarse en la completa equiparación de ésta a la extraordinaria ni por su cuantía, muy superior potencialmente en la complementaria, ni por la naturaleza del contrato respecto del que se predica y el distinto equilibrio de prestaciones que en él subyace; el trabajador a tiempo completo realiza una jornada extraordinaria sobre una prestación y salarios en principio completos, no así el trabajador a tiempo parcial que ve reducidos sus ingresos a los tiempos efectivamente realizados y con una mayor flexibilidad en la disponibilidad sobre su jornada.

Finalmente, el principio de interpretación más favorable de la norma oscura favorecería el sentido exegético que nosotros proponemos. Partiendo de la exigencia general de fijación mínima del plan obligacional de la distribución anual de las horas complementarias, y aún cuando admite moderación o valoración casuística, queda por resolver la inexistencia de éste por imprevisión del convenio colectivo o del pacto de las partes. En nuestra opinión, al menos en los casos extremos, y probablemente en una visión del conjunto de la variabilidad de la jornada del trabajador, es decir, flexibilidad de la jornada ordinaria pactada, cuantía y ejecución efectiva de la jornada complementaria, de conformidad con el art. 9.1 ET, podría alcanzar la apreciación de abuso e indeterminación del objeto contractual con integración del mismo por el previsto con carácter general en el convenio, en definitiva la jornada completa,

o la calificación del contrato como a tiempo completo con derecho a salario íntegro y jornada flexible, siempre con respeto de las previsiones del convenio colectivo. En los restantes supuestos las soluciones son difíciles y pueden oscilar según el caso entre su aceptación, y su integración por especificación ulterior, si ello es posible, o la nulidad del pacto por incumplimiento de requisito esencial³⁰⁹ junto, con la sanción administrativa de incumplimiento de los deberes de formalización (art. 7.1 RD Leg. 5/200) o por trasgresión de las normas sobre horas complementarias (art. 7.5 RD Leg. 5/2000). Como veremos al tratar el *ius resistendae* del trabajador, los déficit en materia de distribución no alterarán en principio su calificación como horas complementarias.

En cualquier caso, del art. 12 ET pueden deducirse algunos criterios generales en orden a la distribución de las horas complementarias que se realicen. No nos estamos refiriendo ahora a los límites de distribución de las mismas derivados del art. 12.4.b) y c) y 5.e) ET, sino a la misma definición de hora complementaria del primer párrafo del apartado 5, puesto en relación con el apartado 1 y 4.a) del art. 12 ET. Así, de conformidad con el primer párrafo del art. 12.5 ET, las horas complementarias se configuran como una «adición» a las horas ordinarias pactadas, requiriendo que éstas estén distribuidas en el contrato el art. 12.4.a) ET. De la interpretación conjunta de ambos, y a modo de integración legal en defecto de criterio de distribución diversa pactada por las partes o previsto en convenio colectivo, el uso de la hora complementaria se añadirá a la ordinaria siguiendo el plan obligacional de ésta respecto de sus aspectos cualitativos³¹⁰. Por otra parte, si como defendimos en las páginas anteriores al tratar la duración del acuerdo, el pacto de horas complementarias no puede en ningún caso exceder de las anuales concertadas ex arts. 12.1 y 5.c), 34.1 y 2 ET, el año continúa siendo un límite infranqueable para la distribución de aquéllas –y por supuesto su uso tras la denuncia–. En cualquier caso, las condiciones de distribución y utilización en general de las horas complementarias, previstas tanto en Convenio Colectivo como en pacto individual, como sencillamente observadas en su ejecución son susceptibles de someterse a control jurisdiccional y de constituir igualmente abuso de derecho (art. 7 C. Civ.)³¹¹ o, en su caso, indeterminación del objeto contractual.

Otras reglas sobre distribución de la jornada complementaria en sentido amplio son las mantenidas, como no podía ser de otra forma, en el art. 12.5.e)

³⁰⁹ En este sentido, respecto de pacto de jornada flexible declarada nula por no estar admitida por el RD. 1991/1984 y retribuidas como extraordinarias las horas en exceso practicadas sobre la jornada ordinaria: SS. TSJ. Comunidad Valenciana 8-11-1999 (AS. 7478) y 7-3-2000 (AS. 2980). También bajo la regulación actual se ha reconocido por nuestros Tribunales la necesidad de distribución de la jornada complementaria, por ejemplo: S. TSJ. Andalucía/Sevilla 20-1-2004 (JUR 2005/75029).

³¹⁰ No lo interpretaron así: G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 729; -aún cuando deban respetarse los festivos y el período vacacional no previsto en el art. 12.5.e) ET- M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGU, "Las horas complementarias...", cit., pág. 101 y 102; P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", cit., pág. 212. Por el contrario, los consejeros del Grupo Segundo del CES respecto de la regulación del 98 criticaron precisamente el hecho de que las horas complementarias sólo pudiesen prestarse los días de trabajo señalados en el contrato (Dictamen n.º. 10, cit., pág. 18).

³¹¹ Cual pueda ser la prestación de jornada complementaria en períodos aislados e inferiores a la hora (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal...", cit., pág. 53, 54 y 56). En nuestra opinión, y a diferencia de estos autores, ni la prestación complementaria tiene que suponer un mínimo de una hora, ni aún prestada en jornada partida; el abuso de derecho se apreciará en función de las circunstancias concurrentes.

ET/2001 (anteriormente recogidas en la letra f) del apartado 5 del art. 12 ET/98). Especifica dicho párrafo el sometimiento de la jornada complementaria a los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34.3 y 4, 36.1, y 37.1 ET. En definitiva, se somete la jornada complementaria al régimen común previsto en los referidos preceptos sobre jornada y descansos. Entonces, la colocación de las horas complementarias deberá respetar el descanso mínimo de doce horas entre jornadas (art. 34.3, primer párrafo, ET), cuestión común, según ha interpretado tradicionalmente nuestra doctrina, a las horas extraordinarias. El número de horas complementarias que se realice por día, sumadas a las horas ordinarias no podrá ser superior a nueve diarias salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa con los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, siempre con respeto del antedicho descanso entre jornadas (art. 34.3, párrafo segundo, ET)³¹². Nos parece ésta la interpretación correcta sobre qué deba entenderse por la “jornada ordinaria” del art. 34.3 ET, integrada ahora por las horas complementarias, puesto que en el mismo lo presente es una contraposición de ésta, como jornada pactada, frente a la extraordinaria, y no el diverso concepto que de jornada ordinaria imprime para el trabajo a tiempo parcial el art. 12.4.a) ET. Por otra parte, otra interpretación dejaría sin sentido la remisión global que se hace a los apartados 3 del art. 34 ET, a cuyos límites debe someterse, no la jornada ordinaria —ésta por supuesto— sino, como indica la comentada letra f), la realización de las horas complementarias.

También computarán el conjunto de las horas ordinarias y las complementarias a efectos de alcanzar el máximo de las ocho horas diarias de trabajo efectivo de los trabajadores menores de edad (art. 34.3, tercer párrafo, ET)³¹³, así como las también ocho horas diarias (ahora en promedio de quince días laborables³¹⁴ o bien, con mayor fortuna, calculado sobre los días de trabajo del trabajador a tiempo parcial en dicho periodo³¹⁵) de los trabajadores nocturnos, con las excepciones a los límites de la jornada de tales trabajadores respecto de la aplicación del periodo de referencia de quince del art. 32 RD 1561/95³¹⁶. Desde luego, para la calificación del trabajador a

³¹² En contra, RODRÍGUEZ PASTOR, que restringe el límite de las nueve horas ordinarias de trabajo a las del art. 12.4.a) ET, y a las que se pueden sumar en todo caso las complementarias (G. RODRÍGUEZ PASTOR, “La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 730).

³¹³ En este sentido RODRÍGUEZ PASTOR, aunque, en su opinión, no haya un reconocimiento expreso del cómputo de las horas complementarias a tales efectos. Por el contrario, se deriva del espíritu que informa dicho límite y que lo configura como infranqueable según se deduce de su cálculo sumados el trabajo que se preste para otros empresarios y el tiempo de formación (G. RODRÍGUEZ PASTOR, “La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 730).

³¹⁴ En la interpretación propuesta por: I. GARCÍA NINET, “Ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 79; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 232.

³¹⁵ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 232.

³¹⁶ El art. 32 RD 1561/95 prevé también la posibilidad excepcional de realización de horas extraordinarias para los supuestos que expresamente recoge. En nuestra opinión, y puesto que las horas extraordinarias están prohibidas en el trabajo a tiempo parcial salvo las de emergencia (art. 12.4.c) ET), éstas serán también las únicas horas extraordinarias que puedan realizar los trabajadores nocturnos a tiempo parcial de las previstas en el referido art. 32 RD 1561/95. Las razones están centradas en la especialidad de la norma del trabajo a tiempo parcial sobre la común del art. 32 RD 1561/95, tanto más cuando éste último es una excepción del art. 36.1, segundo párrafo ET. En contra, RODRÍGUEZ PASTOR, que admite la realización de horas extraordinarias por el trabajador nocturno a tiempo parcial todos los supuestos del art. 32 RDJ, por la genérica remisión que se hace a los límites establecidos en el art. 36.1 ET, de los que dispone reglamentariamente ex párrafo cuarto del mismo artículo, el citado art. 32 RDJ (G. RODRÍGUEZ PASTOR, “La distribución...”, cit., pág. 731).

Ahora bien, la correcta aplicación de los límites del art. 36.1 ET, y del art. 32 RDJ plantean una problemática específica

tiempo parcial como nocturno, las horas complementarias también deberán tenerse en cuenta si sumadas a las ordinarias normal o previsiblemente representarán un tercio de su jornada de trabajo anual, computadas también en ésta la jornada complementaria pactada³¹⁷.

En cuanto a la ordenación de los aspectos distributivos de la jornada diaria, la remisión del art. 34.4 ET, impone como reclama la lógica de los descansos dentro de la jornada, la indiferencia de la calificación de la hora como ordinaria o complementaria –o, extraordinaria–. Por último, la prestación de horas complementarias tendrá que hacerse con respeto del descanso semanal de día y medio ininterrumpido en periodos de catorce días o de dos días para los menores de dieciocho años (art. 37.1 ET), con las matizaciones que correspondan de la aplicación del RD 1561/95³¹⁸.

4.8 Garantías

Si bien, como hemos venido insistiendo, el régimen de prestación de las horas complementarias está inspirado en una flexibilidad mínimamente controlada, como lo muestra el mismo hecho de su extensa regulación estatutaria particularmente en la visión del 98, algunos de sus preceptos, por estar dirigidos específicamente a la tutela del trabajador y no tener una conexión tan directa con aspectos tales como la forma y formalidades del pacto, la duración y distribución de la jornada complementaria, los límites de la jornada..., bien podrían merecer en nuestro estudio un epígrafe que los tratase conjuntamente y bajo el rótulo arriba reseñado.

para el trabajo a tiempo parcial. De conformidad con el párrafo 2 de dicho precepto, el promedio de jornada diaria de ocho horas en los periodos ampliados de cuatro meses -por Convenio Colectivo- o cuatro semanas -según de qué supuesto se trate-, se tendrá que lograr, en todo caso y con independencia de la fórmula de compensación de horas extraordinarias que proceda, «reduciéndose la jornada de trabajo de los trabajadores afectados en los días siguientes hasta alcanzar el referido promedio en el período de referencia correspondiente». Entonces, ¿las posibles ampliaciones del período de promediación del límite máximo diario, o, en definitiva también para la promediación de los quince días, pueden afectar a la distribución de la jornada ordinaria prevista en el contrato? En nuestra opinión, no (en contra: G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La distribución...", cit., pág. 731 y 732). Y ello por cuanto claramente el legislador configura la jornada ordinaria como intangible unilateralmente por el empresario, más claramente en el 98, pero también en la actualidad. Las horas complementarias constituyen la única facción elástica de la jornada parcial, específica e incommunicada, no transvasable, a la ordinaria, a diferencia de lo que sucede con las extraordinarias compensadas con descansos. En este sentido si bien en términos generales: M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 762. También VALDÉS DAL-RE, destaca que la hora complementaria sólo podrá ser compensada mediante retribución, y no a través de descansos compensatorios (F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)", cit., pág. 4). Caso de exceso, el equilibrio dentro del período de que se trate sólo podrá lograrse a través de la retribución de horas complementarias no trabajadas, sino descansadas y colocadas, si ello es posible, en días intermedios para los que no estuviese prevista prestación, de modo que pueda dividirse artificialmente el cómputo de esos quince días. O, sencillamente, consideradas horas extraordinarias ilícitas. De lo contrario se estaría otorgando al empresario una vía irregular de disponibilidad de la jornada ordinaria parcial y, precisamente, en situaciones más penosas que las comunes a todo trabajador (M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato a tiempo parcial...", cit., pág. 762). Únicamente parece admisible la alteración de la jornada ordinaria por descansos compensatorios de las horas extraordinarias de emergencia, que por permitidas y por sus condiciones excepcionales extenderán, caso de que corresponda esta forma de compensación o se requiera para equilibrar los máximos previstos, su régimen jurídico también al contrato a tiempo parcial.

³¹⁷ No obstante, GARCÍA NINET, señala la dificultad de saber a priori cuándo resulta previsible que se realizará al menos un tercio de la jornada anual -ahora, del trabajador a tiempo parcial- en período nocturno, o, cuándo se trabajará normalmente tres horas al día en dicho período (J.I. GARCÍA NINET, "Ordenación...", cit., pág. 82). Más aún si de lo que se trata es de sumar en el cómputo las horas complementarias, dada la incertidumbre sobre su utilización.

³¹⁸ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 89.

4.8.1 El preaviso

En cuanto a la forma de la realización de las horas complementarias, se dispone un preaviso de siete días en beneficio del trabajador. En dicha comunicación necesariamente se especificará el día y la hora de su realización, entendiéndose incluida en ésta última –es decir, en el horario– también el número de las que se vayan a practicar –inicio y final de la prestación complementaria–, y absolutamente necesaria a los efectos que se persiguen de conocimiento de la jornada exacta a practicar y de la consiguiente posibilidad de organización de la vida privada³¹⁹.

El anuncio anticipado de siete días, debe entenderse a falta de mayor especificación y conforme a las reglas generales como días naturales y no por días laborables (art. 5.1 C. Civ.)³²⁰. Igualmente debe considerarse como un mínimo de anticipación, y admitida por supuesto, una más amplia. La comunicación es una declaración de voluntad de carácter recepticio, de manera que a través de las reglas comunes e informado siempre por el principio de buena fe, el cómputo de los siete días se entenderá a partir del momento en que el trabajador tenga conocimiento de la totalidad de la información adeudada.

Nada se establece sobre la forma, luego resulta admisible cualquier vía por la que se de a conocer al trabajador los datos requeridos por el legislador estatutario, pese a que lógicamente sea recomendable, sobre todo a efectos de prueba, la comunicación individualizada y por escrito. En cualquier caso, parece claramente exigido un comportamiento activo por parte del empresario, pues es exclusivamente a él a quien corresponde la facultad de elección, de práctica y colocación de la jornada complementaria³²¹, y consiguientemente, ese deber de puesta en conocimiento. En consecuencia, es inexigible una particular actividad del trabajador a tales efectos.

Una vez comunicada dicha información, se produce efectivamente la especificación del objeto inicialmente determinable, vinculante, en consecuencia, no sólo para el trabajador, lo que se da por supuesto, sino también para el empresario³²², que no podrá modificar su opción sino es a través de las vías comunes para la modificación o suspensión de la jornada. No obstante, parece admisible que si espontáneamente (es decir, no derivada de contrato de trabajo ni, por supuesto, de Convenio Colectivo) se hizo la especificación de la prestación con una anticipación mayor a la de los referidos siete días, ésta pueda quedar sin efecto antes de alcanzar el citado término, y ello en virtud de las mismas razones que lo informan y que se identifican con

³¹⁹ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 105. Considera también este autor, que la identificación del número de horas complementarias que vayan a realizarse es imprescindible a los efectos de comprobación anticipada del trabajador de la licitud de las mismas. En cualquier caso, y pese a que las horas complementarias previstas superen los límites máximos que en su caso sean aplicables, en nuestra opinión, el trabajador quedará obligado, a sensu contrario del art. 12.5.h) ET, a realizar aquéllas que no superen dichos márgenes.

³²⁰ J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal...", cit., pág. 56.

³²¹ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 104.

³²² En tal caso, el empresario vendrá obligado a retribuir las horas complementarias aún no realizadas ex art. 30 ET (C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 88).

la garantía de facilitar la programación de la vida del trabajador. No obstante, una vez que con la referida rectificación *in tempore* se provoquen daños para el trabajador siempre quedará abierta la vía de indemnización de los mismos a cargo del empleador.

El actual art. 12.5.d) ET mantiene el derecho del trabajador a conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias con un preaviso de 7 días, ahora bien, salvo que otra cosa se establezca en convenio colectivo³²³. En nuestra opinión no puede deducirse del cambio de redacción la total disponibilidad de dicho plazo, es decir, la previsión por convenio de su efectiva o práctica desaparición³²⁴, en tanto que la interpretación en contrario, abierta, sin posibilidad de negativa y descausalizada, contravendría la finalidad de la propia institución de servir de procedimiento o medio de especificación de la jornada complementaria y de equilibrio del pacto y tutela de la libertad –y de otras parcelas de responsabilidad– del trabajador constreñido a su realización; no en vano su desaparición haría perder su más profundo sentido al derecho de resistencia del trabajador y hasta de la propia exigencia de pacto. Por otra parte, el preaviso ha sido considerado tradicionalmente como un requisito de admisión de las cláusulas de flexibilidad no abusiva³²⁵ y no lesividad de derechos constitucionales³²⁶ sólo parcialmente garantizados por el art. 12.5.g) ET, siendo exigido, por lo demás y en la medida de lo posible, por el art. 12.2 de la Recomendación de la OIT sobre Trabajo a Tiempo Parcial n° 182, de 1994. Por tanto, y como defendimos en páginas anteriores respecto de la regulación del 98, se tendrá que prever un preaviso suficiente y la causalización de las justificadas excepciones al mismo así como otras medidas de tutela necesarias, entre las que se debe contar la posibilidad de refutación del trabajador de la prestación de tales horas complementarias y una compensación económica superior a la comúnmente prevista.

4.8.2 El 'ius resistentiae'. Calificación y efectos del exceso de jornada o del incumplimiento del pacto

Ya hemos afirmado reiteradamente el carácter voluntario del pacto de horas complementarias para ambos, trabajador y empresario, y la obligatoriedad de la prestación de éstas para el trabajador a libre –en principio– solicitud del empleador, y en los momentos en los que éste lo imponga, pues según hemos visto, puede gozar de una

³²³ Por todos: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 125. Y que algunos extienden a los acuerdos de empresa, que se adaptarían adecuadamente a la función de gestión del tiempo de trabajo que aquí se trata (C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo...", cit., pág. 55).

³²⁴ Es más, algunos autores consideran sólo mejorable el plazo de preaviso legal (M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Reflexiones críticas...", cit., pág. 60). No puede ser esa la voluntad del precepto, puesto que de ser así no tendría sentido ni la salvedad hecha, ni la exclusiva remisión al convenio. En contra, admiten la posibilidad de eliminación del plazo de preaviso, pese a reconocer que ello puede suscitar una trascendental problemática en torno a la libertad del trabajador de organizar su descanso y su vida: C. MOLINA NAVARRETE y M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral...", cit., pág. 55.

³²⁵ Por todos: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 71. Véase también: E. MONREAL BRINGSVAERD, "Régimen jurídico de las horas extraordinarias", cit., pág. 44 a 47.

³²⁶ Véase, con referencia a la sentencia de la Corte Costituzionale Italiana de 11 de mayo de 1992, n°. 210: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGÓ, "Las horas complementarias y su pacto...", cit., pág. 103 y 104.

amplia libertad de colocación de dicha jornada complementaria. Así cabe deducirse, como vimos, del art. 12.5.a) y c) ET, que respectivamente, condicionan la exigibilidad por el empresario de prestación de horas complementarias a la existencia de pacto expreso y conforme a los límites cuantitativos acordados. Pero, además se deduce a contrario *sensu* del art. 12.5.h) ET, que se ocupa de regular lo que la doctrina está viniendo en denominar un *ius resistentiae* del trabajador frente a la orden irregular del empresario de realización de horas complementarias³²⁷. Excepción, por consiguiente, al principio general de *solve et repete* de nuestra tradición jurídico-laboral³²⁸. No es que se declare expresamente la ausencia del deber de cumplimiento para los supuestos en que la orden empresarial no se ajuste estrictamente a las prescripciones estatutarias o previstas en los Convenios Colectivos de aplicación, pero resulta deducible de la exclusión de la sanción ante la negativa del trabajador a la realización de horas complementarias del párrafo que ahora comentamos, y del conjunto del apartado 5 que, insistentemente, cerca la potestad empresarial e incluso la existencia misma de las horas complementarias al respeto del pacto y, por supuesto, de su regulación heterónoma. Identificada por la doctrina la razón de su reconocimiento en el deseo de eliminar la incertidumbre que generaría en la realización de las horas complementarias la aplicación casuística del excepcional *ius resistentiae*³²⁹, queda por saber si el incumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales o convencionales conllevan idénticas consecuencias jurídicas. Y en lo que se refiere al derecho de resistencia del trabajador, si el fundamento jurídico es siempre el mismo ante aquellos.

El fundamento básico, en consecuencia, del *ius resistentiae* del trabajador se podría identificar en términos generales en el propio art. 5.c) ET, que somete el cumplimiento por el trabajador de las órdenes empresariales a la regularidad de éstas, y ésta en función de su ajuste al contrato de trabajo –ahora pacto sobre horas complementarias– y a las fuentes que lo regulan³³⁰. En lo que se refiere al derecho de resistencia del trabajador ante el requerimiento empresarial de prestación de jornada complementaria, se traduce la consideración expuesta en su reconocimiento expreso por el art. 12.5.h) ET que implícitamente delimita la regularidad de la orden sobre realiza-

³²⁷ Define ROMÁN DE LA TORRE el *ius resistentiae* como la «posibilidad jurídica que le asiste al trabajador de desconocer y no ejecutar aquellas instrucciones que extravasan el marco de sus obligaciones». Señala la mencionada autora que el reconocimiento de tal facultad supone el reconocimiento del carácter no ejecutivo de algunas órdenes empresariales, invirtiendo la presunción tradicional de legitimidad de aquéllas en beneficio del juicio que las mismas merecen al trabajador (M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, “Poder de dirección y contrato de trabajo”, pág. 371 y 372).

También el ordenamiento francés prevé una tutela similar, de manera que la oposición del trabajador a realizar horas complementarias fuera de los límites fijados por el acuerdo no constituye falta o causa de despido, admitiéndose igualmente el rechazo a practicar tales horas o la alteración del horario, incluso cuando están pactados si concurre justa causa (L. 212-4-3) (vid.: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada”, cit., pág. 152).

³²⁸ Sobre su construcción jurisprudencial y posterior matización por nuestros Tribunales, véase: M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, “Poder de dirección y contrato de trabajo”, cit., pág. 351 a 360.

³²⁹ A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial (I)...”, cit., pág. 250. Destaca la doctrina que, aún en los casos en que los Tribunales entran a valorar la orden empresarial, salvo en los casos en que claramente quepa apreciarse su irregularidad, la jurisprudencia tiende a considerarla regular e integrada en las facultades organizativas (pág. 361 y ss., en particular sobre el deber de obediencia en relación al tiempo de trabajo, pág. 365 a 367).

³³⁰ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, “Poder de dirección y contrato de trabajo”, cit., pág. 368 a 370.

ción de horas complementarias en función del estricto cumplimiento de su régimen jurídico, y lo libera, de esta forma, de su condicionamiento a las diversas y posibles interpretaciones o valoraciones jurisprudenciales. En este sentido, parece incuestionable, visto el amplio tenor del art. 12.5 ET en su letra h), que se predica de cualquier desajuste entre la orden empresarial y la normativa estatutaria o, en su caso, prevista en el Convenio Colectivo aplicable. Respecto de los requisitos o condiciones particulares de prestación de horas complementarias que puedan preverse en el acuerdo de las partes debe atribuirse similar conclusión, puesto que, en definitiva, es el contrato de trabajo, integrado por los derechos y deberes establecidos en las leyes y en los Convenios Colectivos, el fundamento y límite racionalizador del poder de dirección³³¹ y a él se remite igualmente en diversos subapartados del art. 12.5 ET.

Sin embargo, el fundamento jurídico específico, los argumentos legales que sirvan de apoyo a la amnistía de la negativa del trabajador pueden ser diversos. En tanto en unos casos el incumplimiento de los requisitos establecidos heterónoma o convencionalmente suponen un exceso sobre el concepto mismo de hora complementaria afectante a su naturaleza, otros tendrán como único y exclusivo el propio recogido en la comentada letra h) del art. 12.5 ET.

Hemos podido comprobar que la jornada complementaria supone una ampliación del poder de dirección cuyo margen se fija heterónomamente en las condiciones comentadas y, sometidas por las previstas en el convenio colectivo y el acuerdo de las partes. El legislador, en cooperación con el Convenio Colectivo y el pacto individual, fija estrictamente el cauce por el que puede transcurrir la facultad de dirección empresarial. Y al analizar el concepto de hora complementaria ofrecido por el art. 12.5, primer párrafo y letra a) ET³³², concluíamos en que el valor definitorio de la hora complementaria se centraba en el acuerdo formalizado de las partes, a su momento originario, y a su validez de conformidad con la regulación vigente. En este sentido, serán horas complementarias las válidamente pactadas, y siendo contenido mínimo legal del acuerdo el número de horas complementarias susceptibles de utilización, habrá que atender a estos datos para la efectiva delimitación y calificación de la jornada complementaria.

Lo dicho se confirma, en nuestra opinión, con la letra h) del art. 12.5 ET, en el que el *ius resistentiae* del trabajador no sólo se reconoce en ausencia o nulidad parcial del pacto, sino también a las condiciones de realización, en cuyo caso «*la negativa del trabajador a la realización de las horas complementarias, pese a haber sido pactadas, no constituirá conducta laboral sancionable*». Conforme a nuestra construcción, el fundamento jurídico de la negativa del trabajador a prestar su trabajo caso de no existir acuerdo o estar afectado parcialmente de nulidad, o suponer un exceso respecto del mismo, deriva propiamente del concepto mismo de hora complementaria (art. 12.5, primer párrafo y letra a) ET) y serían en principio y con mayor

³³¹ M^a.D. ROMÁN DE LA TORRE, "Poder de dirección y contrato de trabajo", cit., págs. 369 y 370.

³³² Véase el epígrafe relativo al concepto de la hora complementaria y el rubricado "el pacto y su formalización".

rigor técnico horas extraordinarias, aún prohibidas, en tanto que las irregularidades en su ejecución, por afectar a la distribución, colocación de la jornada, preaviso, etc., no afectan en principio a la naturaleza complementaria de la hora que se realice³³³, pero sí permiten la negativa del trabajador ex art. 12.5.h) ET por su irregularidad en un esfuerzo protector de la posición de este último. No obstante, sectores doctrinales y en razón del régimen más favorable que implican las horas complementarias para el trabajador, han abogado por la reconducción del exceso de jornada esporádico a tal calificación, al menos cuando hubiesen podido realizarse como tales³³⁴. ¿Cuál es la postura que mantienen nuestros Tribunales?

En nuestra opinión puede afirmarse que el grueso de las sentencias apoyan el concepto de hora complementaria *versus* extraordinaria que hemos estado barajando, es decir, será hora complementaria la acordada a través de pacto escrito constitutivo en el marco de los límites cuantitativos legales y convencionales, en tanto que será extraordinaria aquella que exceda de la jornada pactada, tanto ordinaria como complementaria³³⁵. No obstante, puede apreciarse una cada vez más importante línea jurisprudencial que califica como hora complementaria todo exceso de jornada sobre la pactada en los contratos sometidos a la regulación del 98 y 2001, redefiniendo incomprensiblemente en virtud del art. 35.1 ET la hora extraordinaria como aquella que exceda de la jornada máxima o, según algún pronunciamiento, del máximo de horas complementarias admitido³³⁶. Tales sentencias fundamentan además su postura en la prohibición de la hora extraordinaria en el contrato de trabajo a tiempo parcial, con lo que se reorienta dicho exceso al de la figura suplente de aquéllas, la hora complementaria. Estos posicionamientos adolecen en mi opinión de rigor técnico por los motivos que se han expuesto a lo largo de este estudio; alteran el concep-

³³³ En contra CABEZA/LOUSADA, que consideran toda ilegalidad, salvo el incumplimiento de formalización en modelo oficial, afectará a la calificación como hora complementaria, pasando a ser una hora extraordinaria ilegal por contravenir el art. 12.4.c) ET (J. CABEZA PEREIRA y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal...", cit., pág. 60; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGU, "Las horas complementarias...", cit., pág. 106 y 107).

Frente a esta posición, nosotros consideramos que las "veleidades hermenéuticas" a que se refieren los autores no están dirigidas por el legislador a la calificación de la hora complementaria sino al *ius resistitiae* del trabajador y a su garantía de indemnidad. Por otra parte, ya vimos al estudiar el pacto y su formalización que su calificación como extraordinaria conllevaría un régimen peyorativo respecto del correspondiente a la complementaria. Por último, ¿por qué hora extraordinaria ilegal y no complementaria irregular?

³³⁴ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 81.

³³⁵ Son horas extraordinarias las realizadas por encima de la jornada pactada en el contrato a tiempo parcial –temporal ya extinguido–, sin necesidad de calificación del contrato como fraudulento –en este caso, no obstante, se deduce de los hechos probados que la trabajadora realizaba una jornada completa–: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 26-7-2004 (JUR 210950). También en un caso en que claramente se realiza la actividad a tiempo completo: S. TSJ. Andalucía/Sevilla 20-1-2004 (JUR 2005/75029). También respecto de contrato temporal, con declaración de que la realización sistemática de horas extraordinarias encubre una jornada a tiempo completo: S. TSJ. Cataluña 21-11-2002 (JUR 2003/19662). En este sentido, también: S. TSJ. Navarra 29-7-2003 (JUR 220429), S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 2-5-2000 (AS. 2607); S. TSJ. Comunidad Valenciana 8-11-1999 (AS. 7478). Respecto de contratos sometidos a la regulación anterior al 98, son horas extraordinarias las realizadas sobre la jornada ordinaria válidamente pactada, por ejemplo: S. TSJ. Comunidad Valenciana 7-3-2000 (AS. 2980).

³³⁶ S. TSJ. Galicia 29-1-2004 (JUR 81171); TSJ. Madrid 17-2-2003 (JUR 186700); –respecto de contrato a tiempo parcial indefinido, exigiendo impugnación del contrato a tiempo parcial por fraudulento para la apreciación de horas extraordinarias– TSJ. Madrid 21-11-2000 (JUR 2001/51786); TSJ. Navarra 12-2-2001 (JUR 117049) –sin identificación del carácter temporal o indefinido del contrato, en reclamación de cantidad por realización de horas extras, puesto que horas extraordinarias son las que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo–.

to vigente de hora extraordinaria, niegan respecto de la hora complementaria implícita o explícitamente el valor constitutivo del pacto escrito³³⁷ y, por supuesto, la misma necesidad de acuerdo expreso sustituyendo, por lo demás, la voluntad de las partes con lo que no es sino un máximo legal o convencional³³⁸. Pero además conllevan o pueden suponer indeseables consecuencias. La primera de ellas es que tal razonamiento implica un tratamiento injustificadamente diferente para los trabajadores temporales a tiempo parcial respecto de los trabajadores indefinidos; si el exceso de jornada en el trabajo a tiempo parcial debe calificarse de complementario por estar prohibidas las horas extraordinarias, lo cierto es que en la contratación temporal están vetadas tanto unas como otras, con lo que procederá su calificación, en aplicación de los conceptos y reglas generales, como horas extraordinarias aún ilícitas. De hecho, como ha podido comprobarse en notas anteriores los excesos de jornada en la contratación temporal han venido siendo calificados comúnmente por nuestros Tribunales como horas extraordinarias. En segundo lugar, esta línea jurisprudencial, lejos de suponer una aplicación del principio *pro operario*, una ventaja para el trabajador, enmascara bajo esa apariencia de normalidad, de estructuralidad de la hora complementaria en el contrato a tiempo parcial, la mayor dificultad de puede suponer tal calificativo para las posibles pretensiones del trabajador de declaración de fraude de ley y presunción de realización de la jornada completa, bastante más asequible desde la perspectiva de la hora extraordinaria practicada con cierta regularidad en extensión de la presunción del art. 8.2 y 12.4.a) ET, o, más ampliamente, de los arts. 1249 a 1253 CCiv o por declaración de nulidad parcial (art. 9.1 ET) por celebración en fraude de ley y sustitución por la jornada ordinaria a tiempo completo que se pretende eludir (art. 6 CCiv)³³⁹. Y dificultaría también una solución alternativa a iniciativa del

³³⁷ En contra, el pacto escrito tiene valor constitutivo: S. TSJ. Cataluña 25-11-2002 (AS. 2003/672); S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 15-5-2001 (JUR. 225408); S. TSJ. Comunidad Valenciana 16-7-2002 (JUR 2003/155786); SS. TSJ. Navarra 20-11-2000 (JUR 2001/31088 y 31093).

³³⁸ Es el caso, en nuestra opinión, de la S. TSJ. Galicia 29-1-2004 (JUR 81171). También, respecto de fijo discontinuo: S. TSJ. La Rioja 4-2-2003 (AS. 580).

³³⁹ Por ejemplo, aplican las referidas presunciones: S. TSJ. Comunidad Valenciana 16-7-2002 (JUR 2003/155786) –interesante esta, en cuanto reconoce que no se ha demostrado la efectiva realización de jornada completa–; SS. TSJ. Navarra 20-11-2000 (JUR 2001/31088 y 31093). Por su parte la S. TSJ. Cataluña 27-2-2003 (JUR 117166) advierte que la no realización de la jornada de 40 horas semanales sino una de 35 en determinados períodos no es sino una cuestión de distribución de la jornada y no denota de por sí que sea una jornada inferior o completa más beneficiosa. Parece, por tanto y en nuestra opinión, que de alguna forma se aplica una mínima presunción de celebración por tiempo completo –puesto que no es claro ni se refiere la sentencia a si se aplica el régimen y definición del 98–. También en similar sentido, reconocen la jornada completa por realización sistemática de horas extraordinarias: S. TSJ. Madrid 26-1-1999 (AS. 185); S. TSJ. Murcia 3-11-1998 (AS. 4430); S. TSJ. Galicia 23-10-1997 (AS. 3788); S. TSJ. Comunidad Valenciana 6-2-1996 (AS. 1061); S. TSJ. Castilla y León/ Valladolid 16-1-1996 (AS. 52). Salvo que no se aprecie esa regularidad [claro está, en opinión del magistrado, véase, por ejemplo: S. TSJ. País Vasco 25-1-1994 (AS. 75)]. Por lo que se refiere a las guardias de atención continuada con presencia física del personal sanitario, son consideradas tiempo de trabajo de conformidad con la Directiva 93/104/CEE, de 23 de noviembre [S. TJCE 3-10-2000, TJCE 234], con lo que deberán ser computadas a los efectos de superación de dicha jornada y realización efectiva y encubierta fraudulentamente de la jornada completa habida cuenta de su cuantía, regularidad y reiteración [S. TSJ. Cataluña 25-11-2002 (AS. 2003/672) –con lo que deben percibir el plus de jornada completa y sin entrar a valorar, consiguientemente, cómo deban retribuirse en caso contrario–]. Entre otras razones, porque el personal estatutario de atención continuada de fines de semana y festivos realiza una jornada a tiempo completo, no cabe percepción de prestación por desempleo ni proceder a su baja, en los períodos de inactividad estando vigente el nombramiento, puesto que tales trabajadores lo son realmente a tiempo completo [por todas y sin ánimo exhaustivo, véase.: SS. TSJ. Asturias 5-7-2002 (AS. 2286) y 31-10-2002 (AL.2003, Vol. I, pág. 801 y ss) y de 28-3-2003 (JUR 149386); S. TSJ. Cantabria 25-10-2001 (AS. 4281) y 27-11-2001 (AS. 2002/110). Vid. también el art. 65.6 RGCL respecto del personal estatutario a tiempo parcial].

trabajador, caso de no haberse realizado una jornada completa pero sí una jornada parcial regularmente superior a la pactada, cual es la apreciación de novación de aquélla por la efectivamente practicada. De hecho la mayor parte de tales pronunciamientos han servido para negar al trabajador su pretensión económica superior respecto de las horas extraordinarias practicadas; unas veces por calificarse como jornada complementaria³⁴⁰, y otras –siguiendo algunos pronunciamientos anteriores a la reforma– por calificarse como jornada ordinaria al considerar que el contrato a tiempo parcial –incluso ya extinguido– se celebró en fraude de ley siendo en realidad a tiempo completo³⁴¹. Esto último es, en mi opinión, inconcebible, no ya sólo desde una posible incongruencia de la sentencia y el petitum de la demanda³⁴², sino desde la misma perspectiva de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial puesto que de estar vigente la relación ¿se estaría imponiendo indirecta y judicialmente una jornada completa para el trabajador? No puede hacerse recaer sobre el trabajador los incumplimientos que sólo son atribuibles al empresario, cual es la realización de lo que no puede sino calificarse de horas extraordinarias aún cuando encubran el fraude. Por otra parte, ¿acaso la nulidad parcial no debe respetar los efectos económicos producidos? Consiguientemente, y en respeto del principio de voluntariedad de la jornada parcial, no cabe reconocimiento directo ni de sus consecuencias, salvo a petición del trabajador, del carácter de jornada completa del contrato; a efectos retributivos deben ser consideradas horas extraordinarias. Ahora bien, en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, su efectos deben asimilarse, en mi opinión, a la hora complementaria, a fin, no sólo de evitar –nuevamente– que los efectos del incumplimiento empresarial recaigan sobre el trabajador, o de impedir un tratamiento injustificadamente diferente por razón de la modalidad temporal del contrato, sino de eludir la posible ruptura del principio de proporcionalidad y equiparación de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, incurriendo por lo demás en discriminación indirecta por razón de sexo³⁴³, una vez que a idéntica jornada se obtengan inferiores prestaciones por contingencias comunes. Argumento quizá predicable, entonces, para todos los trabajadores a tiempo parcial, con independencia de la fecha de realización de su contrato.

³⁴⁰ S. TSJ. Galicia 29-1-2004 (JUR 81171), que sólo retribuye como extraordinarias las que excedan del máximo de horas complementarias –no pactadas–. En este sentido también parece enmarcarse la S. TSJ. Madrid 21-11-2000 (JUR 2001/51786) –en los hechos probados se reconoce que el trabajador contratado para 20 horas realiza prácticamente una jornada a tiempo completo–.

³⁴¹ S. TSJ. Navarra 12-2-2001 (JUR 117049). En similar sentido, respecto de contrato a tiempo parcial ya extinguido, y sometido a la regulación anterior al 98, no procede el exceso retributivo previsto para las horas extraordinarias, puesto que, en realidad, el contrato a tiempo parcial se celebró en fraude de ley: S. TSJ. Cantabria 6-10-2000 (AS. 4053). En contra, en sentido similar a lo que proponemos seguidamente en el texto, rebata estos argumentos utilizados por la parte empresarial para negar la superior cuantía de la hora extraordinaria, acertadamente, la S. TSJ. Cataluña 17-2-2004 (JUR 117731); también en esta línea contraria puede señalarse, por ejemplo: S. TSJ. Andalucía/Sevilla 20-1-2004 (JUR 2005/75029) –respecto de contrato extinguido– como las citadas arriba que califican tales excesos como horas extraordinarias.

³⁴² Distinto, por las razones de aducimos en texto, del sentido en que la S. TSJ. Madrid 21-11-2000 que califica sorprendentemente de incongruente ante la reclamación de horas extraordinarias, con vulneración del art. 359 Ley Enjuiciamiento Civil, si la sentencia dejase sin efecto el contrato a tiempo parcial por fraudulento, paso necesario para apreciar la realización de horas extraordinarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido.

³⁴³ En una línea que se puede abrir tras la S. TCo de 22-12-2004 (RTC 253) y posteriores SS de 14-3-2005 (RTC 49 y 50).

Llama la atención que la letra h) se refiera sin más a «*los requisitos establecidos en las letras anteriores*», y entre éstas se encuentran las ya referidas reglas de remuneración y cotización de las horas complementarias. No lo hacía así el Acuerdo, que postergaba las previsiones sobre retribución y cotización al *ius resistentiae*, con lo que éste no ampararía incumplimientos empresariales al respecto. Desde luego el principio de post-remuneración, conllevará la dificultad de que el trabajador se pueda negar a realizar la actividad complementaria en virtud de un incumplimiento futuro. No parece, aún visto que el orden definitivo seguido en el precepto así podría provocarlo, que pueda justificarse la negativa no sancionable del trabajador ante cualquier discrepancia económica que se suscite entre las partes, o por retrasos ocasionales y de escasa entidad en el pago. En el mejor de los casos sólo parece admisible, y sólo por lo excepcional del art. 12.5.h) ET cuando razonablemente se previesen incumplimientos totales o parciales también en estos campos por observarse una persistente y enconada conducta empresarial incumplidora, sin necesidad de esperar a futuras reclamaciones de cantidad.

El reconocimiento de la facultad de oposición del trabajador a órdenes irregulares sobre realización de horas complementarias implica, según hemos visto, la presunción del acierto del juicio del trabajador respecto de aquélla y, consecuentemente, la imposibilidad de sanción de su desobediencia. La protección no sólo se predica frente al despido como sanción suprema, sino frente a cualquiera otra de menor grado, dada, como decimos, la presunción de la licitud de su negativa. Una vez examinada la orden empresarial y calificada de regular, el incumplimiento injustificado del pacto constituye un incumplimiento contractual del trabajador, sancionable disciplinariamente incluso con el despido, dependiendo de la gravedad, trascendencia e injustificación de la desobediencia del trabajador³⁴⁴. Ahora bien, en coherencia con la previsión del art. 12.5.h) ET y con objeto de dar efectividad real a la garantía, en la valoración de la gravedad y culpabilidad del incumplimiento (art. 54.1 ET) debe pesar la legítima confianza del trabajador en la tutela que a su desobediencia le proporciona el referido art. 12.5.h) ET respecto de las “zonas grises” de los límites del poder de dirección, y reservarse la calificación de la procedencia del despido o de la sanción de que se trate únicamente para conductas de extrema relevancia por su rebeldía, abuso, mala fe, culpa o negligencia grave³⁴⁵ y no así para aquéllas debidas al mero error en el juicio del trabajador. Por consiguiente, no siempre constituirá cada negativa un acto sancionable ni valorable independientemente³⁴⁶. Finalmente, la realización de horas complementarias extraordinarias ilegales constituyen una infracción grave del art. 7.5 RD Leg. 5/2000³⁴⁷.

³⁴⁴ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit. pág. 86; M. IGLESIAS CABERO y J.M³. MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 41; M³.D. ROMÁN DE LA TORRE, “Poder de dirección y contrato de trabajo”, cit., pág. 356 y 375.

³⁴⁵ En este sentido y en cierto modo equiparándolo al *ius resistentiae* del art. 21.4 LPRL: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 61.

³⁴⁶ En contra: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit. pág. 86.

³⁴⁷ J. CABEZA PEREIRA y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal...”, cit., pág. 61.

4.8.3 Remuneración, cotización y prueba

Regulado en el apartado 5,f), del art. 12 ET, «*las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones*». De este primer inciso, inicialmente se deduce en nuestra opinión una trascendente consecuencia atinente al concepto mismo de hora complementaria y, hasta de forma más global, a la jornada a tiempo parcial: la hora complementaria no es una “hora efectivamente trabajada” sino una “hora efectivamente realizada”³⁴⁸. Por consiguiente, el contenido de dicha hora es insustancial a efectos de su calificación, pudiendo tratarse de tiempos de espera o disponibilidad por la empresa, bien en el centro de trabajo, bien a través de busca, etc., lo que no hace sino ahondar, coherentemente, con las premisas que defendimos en términos generales respecto de la jornada en el contrato a tiempo parcial; en nuestra opinión, no podría –o, al menos, no debería– ser de otra forma. Aún cabe deducir una segunda conclusión: al referirse a horas efectivamente realizadas y partir, por tanto, de su consideración individualizada contribuye a impedir –si quiera a no potenciar– posibles pactos de retribución global de la jornada ordinaria y complementaria –o la valoración conjunta y compensada con los incrementos de las restantes partidas salariales–, al menos cuando ello suponga algún tipo de transacción aún colectiva y un precio inferior al del valor de la hora ordinaria³⁴⁹. En esta línea deben inscribirse los términos del art. 12.5 ET respecto

³⁴⁸ En contra, los tiempos de guardias localizadas no computan a efectos de jornada parcial ni son retribuidas como ordinarias o extraordinarias: S. TSJ. Andalucía/Granada 5-7-1999 (AS. 6560). Sí son consideradas tiempo de trabajo efectivo los tiempos de presencia de las guardias médicas [S. TS. 8-10-2003 (RJ. 7821), SS TJCE 9-9-2003 (RTJCE 249) y 3-10-2000 (RTJCE 234)], en cuyo caso pueden llegar a calificarse como bien como horas extraordinarias [por ejemplo, sin ánimo exhaustivo: S. TSJ. Cataluña 13-10-2004 (AS. 3254); S. TSJ. Galicia 8-4-2003 (AS. 2771); -respecto de trabajo a tiempo parcial- S. TSJ. Cataluña 17-2-2004 (JUR 117731)], bien como computables a efectos de considerar el contrato a tiempo completo [S. TSJ. Cataluña 25-11-2002 (AS. 2003/672)].

Parece pronunciarse en contra, si bien pueda referirse el autor no tanto a la contraposición que hacemos en el texto entre un concepto y otro, sino a la de “hora trabajada” frente a la “hora de puesta a disposición” entendida ésta como la disponibilidad que ya supone en sí el acuerdo sobre horas complementarias: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 109.

³⁴⁹ A diferencia de lo que ha venido aceptándose en ocasiones respecto de la jornada extraordinaria (Vid.: M. DE LA FUENTE LAVIN, “El régimen jurídico de las horas extraordinarias”, cit., pág. 127 y 128; J.I. GARCÍA NINET, “Ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 61 y 62; L.F. ROA RICO, “El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias”, cit., pág. 121; J.M. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, “Las horas extraordinarias y su cotización a la Seguridad Social”, cit., pág. 217 y ss., y notas posteriores). El precio mínimo de la hora extraordinaria ha planteado problemas. El derogado DOS, en su art. 6, fijaba una fórmula de determinación del precio de la hora ordinaria que se entendió por doctrina y jurisprudencia como supletoria de la plena disponibilidad del convenio colectivo respecto de aquella –no del porcentaje del incremento de su precio–, con el único límite del salario base (Vid.: F. DURÁN LÓPEZ, “Los pactos para la retribución de las horas extraordinarias y su consideración jurisprudencial”, D.L., nº. 8, 1983, pág. 55 y ss.; M. DE LA FUENTE LAVIN, “El régimen jurídico ...”, cit., pág. 115 a 119). Tras la reforma del 94 con la derogación del DOS y la desaparición de los incrementos retributivos estatutarios de la hora extraordinaria, la doctrina volcó sus esfuerzos en contestar toda posible disponibilidad del precio mínimo de la hora extraordinaria, y en particular de las partidas salariales que deban componer la retribución de la hora ordinaria (J.I. GARCÍA NINET, “Ordenación del tiempo de trabajo”, cit., pág. 59; E. MONREAL BRINGSVAERD, “Régimen jurídico de las horas extraordinarias”, cit., pág. 152 y 153; L.F. ROA RICO, “El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias”, cit., pág. 121 a 123). También nuestros Tribunales vienen manteniendo una postura ambivalente, sin que pueda afirmarse indubitadamente que el precio de la hora extraordinaria fijada por Convenio Colectivo no pueda ser inferior al de la ordinaria (vid.: M. DE LA FUENTE LAVIN, “El régimen ...”, cit., pág. 121; J.M. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, “Las horas extraordinarias ...”, cit., pág. 212). Por ejemplo, previo a la reforma del 94, admite el precio inferior de la hora extraordinaria fijada por convenio colectivo la S. TS. 30-11-1994 (1994/RJ 10337). Más recientemente, la S. TS. 12-1-2005 niega que la retribución de las horas extraordinarias fijada por el Convenio Colectivo pueda ser inferior al precio de la hora ordinaria, por imperatividad del mínimo de Derecho necesario del art. 35.1 ET.

de la retribución de las horas complementarias y la articulación de la norma estatal y la convencional, de manera que el precio de la hora complementaria lo fija claramente el legislador estatal –no la autonomía privada con un mínimo a respetar–, mejorable, por su puesto, conforme a las reglas generales previstas en el art. 3 ET. Y, finalmente, reconoce una tercera: la retribución de la hora complementaria constituye una partida salarial de carácter funcional que sólo se retribuye cuando se actualiza su contingencia. Su causa está en la efectiva actualización de la prestación en el marco de la jornada flexible acordada, y que, por consiguiente, como complemento en atención al mayor trabajo realizado no tendrá carácter consolidable, salvo pacto en contrario (art. 26.3 ET).

En materia de compensación de la hora complementaria impone el art. 12 ET con carácter de derecho necesario absoluto la económica, y no sólo por lo que se establezca en su apartado 5.f), sino, como se argumentó precedentemente, por la intangibilidad de la jornada ordinaria –y que confirma, *sensu contrario* el art. 12.5.i) primer párrafo, ET). Por otro lado, defender la posibilidad del descanso compensatorio no sería sino pretender la extensión de un aspecto del régimen jurídico de las horas extraordinarias a una figura distinta y sometida a un régimen completamente diferente³⁵⁰.

El hecho de que se retribuya conforme a hora realizada no impide, como hemos adelantado, la previsión en Convenio Colectivo o por contrato de trabajo, de un plus compensatorio por la mayor disponibilidad del trabajador sometido al pacto, pudiendo preverse como compensación que corresponda en todo caso o porcentualmente sobre las horas efectivamente prestadas³⁵¹. En este sentido, tampoco obsta, en consecuencia, a que la hora complementaria sea retribuida por encima de la ordinaria (art. 3.1.c) ET); no en vano la penosidad que impone el pacto lo justificaría a fin de equilibrar la desproporcionada posición de las partes. Pero no se prevé, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno³⁵², sino antes bien parte de la equiparación a diferencia del modelo de retribución de las horas extraordinarias del art. 35 ET, que lo configura como un mínimo³⁵³, lo que no es sino obviar la valoración de la real disponibilidad del trabajador, haciendo recaer sobre él el riesgo empresarial.

³⁵⁰ M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 762; F. VALDÉS DAL-RE, “Las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 143.

³⁵¹ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 89; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 109.

³⁵² El art. 3.8 del D. Lgs. 20-2-2000, n° 61, tras su reforma por el D. Legs. n 276/2003, exige en Italia una compensación específica respecto de las cláusulas elásticas y flexibles, en tanto que en Francia se mayorará la retribución en un 25% respecto de las realizadas por encima de la décima parte (art. L. 212-4-4).

³⁵³ Lo que probablemente constituye una discriminación de los trabajadores a tiempo parcial frente a otros con jornada reducida o, incluso a tiempo parcial sometidos a regulaciones anteriores a la del 98 que realizan horas extraordinarias (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGO, “Las horas complementarias...”, cit., pág. 111 a 113). En nuestra opinión el carácter discriminatorio de la diferencia retributiva con las horas extraordinarias es discutible en tanto pueden apreciarse factores en la regulación de las horas complementarias que nieguen la comparación entre ambos tratamientos retributivos. Piénsese, por ejemplo, en los diversos límites, sus posibles fundamentos –la tutela de la salud y la incentivación del empleo en el caso de las horas extraordinarias– y régimen de compensación de unas y otras, así como en los distintos efectos de ambas en materia de seguridad social, aún cuando esto último lo hemos criticado por similares razones.

En cuanto a los conceptos retributivos que deban integrar el precio de la hora ordinaria, éstos podrán identificarse por el Convenio Colectivo, pero no en términos dispositivos, es decir, una vez fijada la estructura salarial de conformidad con las prescripciones estatutarias, el precio de la hora ordinaria a los efectos ahora discutidos se tendrá que ajustar a tales previsiones. En términos generales, integrarán el precio de la hora complementaria el grueso de las percepciones salariales que venga percibiendo³⁵⁴, y en particular el salario base y todos los conceptos asimilados a él por su carácter retributivo general, tales como las pagas extraordinarias³⁵⁵, el plus de convenio³⁵⁶, la parte proporcional correspondiente a los descansos computables como trabajo efectivo, a los que se sumarán aquellos complementos que no estén vinculados directamente a la prestación de trabajo, es decir, los personales, como aquellos funcionales cuando concurren las circunstancias o condiciones que retribuyan³⁵⁷. No computarán por el contrario las primas o incentivos por rendimiento dado que requieren para su devengo una mayor intensidad o esfuerzo en el trabajo, es decir, son conceptos variables en atención al resultado efectivo, con independencia, por supuesto, que el trabajo realizado en la hora complementaria se tenga en cuenta a efectos del devengo de tales primas³⁵⁸. Caso que la retribución se fije por unidad de obra, ésta se aplicará sin variación, procediendo igualmente los complementos antes referidos³⁵⁹.

Su equiparación retributiva y a efectos de cotización es consecuente con la naturaleza de la hora complementaria de jornada pactada, objeto del contrato de trabajo si bien determinable y debe extenderse a todos los aspectos y conceptos retributivos. En consecuencia, la igualdad retributiva de la hora complementaria sólo se alcanzará si ésta computa en el cálculo de todos y cada una de las partidas salariales y, por ejemplo, concretamente, en las indemnizaciones que correspondan y que tengan como base de cálculo el salario del trabajador. A tales efectos cálculo de la indemnización por despido, la regla debe ser la de tomar como referente el promedio de las realizadas en el año anterior al despido o, caso de ser inferior, del periodo que se haya consumido hasta el momento; limitar su cómputo exclusivamente al mes anterior supondrá dejar

³⁵⁴ E. MONREAL BRINGSVAERD, "Régimen jurídico de las horas extraordinarias", cit., pág. 321. Vista la experiencia respecto de las horas extraordinarias en lo que a la determinación del precio de la hora ordinaria se refiere, particularmente en orden a la denominación que le confiera el Convenio Colectivo a los diversos complementos -que no siempre se corresponde con su naturaleza- y a la práctica de transferir conceptos salariales a los extrasalariales, normalmente, con intención de reducir artificialmente el salario a efectos de cotización, algunos autores proponen la identificación por Convenio Colectivo del referido precio de la hora complementaria (por ejemplo: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHE-NA, "El nuevo régimen...", cit., pág. 58).

³⁵⁵ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 89.

³⁵⁶ L.F. ROA RICO, "El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias", cit., pág. 122 y 123.

³⁵⁷ Tal es el caso del plus de nocturnidad (L.F. ROA RICO, "El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias", cit., pág. 123). Cuando las primas que aún siendo calificables como de cantidad o calidad del trabajo sean fijas, sin variabilidad salarial, tales como las de asistencia o puntualidad, sí deben integrarse en el concepto económico de la hora ordinaria (M^a.S. HERRAIZ MARTÍN, "Los complementos por mayor trabajo realizado", CES, Madrid, 1997, pág. 226).

³⁵⁸ M^a.S. HERRAIZ MARTÍN, "Los complementos por mayor trabajo realizado", CES, Madrid, 1997, pág. 226 y 228.

³⁵⁹ L.F. ROA RICO, "El pago en dinero de las horas extraordinarias", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo", cit., pág. 440.

a las circunstancias o a la voluntad empresarial la entidad de la indemnización³⁶⁰.

Corrigiendo las disfuncionalidades que en materia de Seguridad Social conllevó la hora extraordinaria en el trabajo a tiempo parcial³⁶¹, la cotización de la hora complementaria computará a efectos de las bases de cotización, tanto de contingencias comunes como de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones, mereciendo a tales efectos idéntico tratamiento que las horas ordinarias³⁶². En particular, la disposición transitoria séptima LGSS., a partir del el art. 2.2 RD-L 15/98, equipara la cotización y cómputo de los períodos de carencia de las horas complementarias a las ordinarias al disponer que las horas complementarias cotizarán a la Seguridad Social sobre las mismas bases y los mismos tipos que las horas ordinarias³⁶³. Por lo que se refiere al cómputo de las horas complementarias a efectos de acreditación de períodos de carencia, la referencia de la disposición adicional séptima LGSS a las “horas trabajadas”, tanto ordinarias como complementarias no es obstáculo a lo que al inicio de este subepígrafe se anunció, por lo que debe entenderse también ahora “hora realizada”, con independencia de que haya sido de trabajo efectivo o no.

A efectos de prueba de las horas complementarias realizadas, el art. 12.5.f) ET prevé que «el número y retribución de las horas complementarias realizadas se deberá recoger en el recibo individual de salarios y en los documentos de cotización a la Seguridad Social». Se dispone en consecuencia la retribución y a efectos del control de su realización y cotización la identificación autónoma de su número, retribución y cotización³⁶⁴ respecto de la practicada para las horas complementarias, sin posibilidad de previsión por Convenio Colectivo o contrato de trabajo de otra fórmula de cálculo de compensación que no garantice, en conexión con lo que se ha anticipado, la retribución mínima por hora realizada³⁶⁵. La prueba y control de las horas comple-

³⁶⁰ Esta es la regla que se viene siguiendo para las horas extraordinarias [Sin ánimo exhaustivo: SS. TSJ. Castilla-La Mancha 10-12-2004 (AS. 3548), 9-3-2004 (JUR 155960 y 155961), 28-1-2004 (JUR 144899), 21-1-2004 (JUR 61857); S. TSJ. Cataluña/Tarragona 9-7-2003 (AS. 2638); S. TSJ. Navarra/Pamplona 11-6-2003 (AS. 2837). Véase también, colateralmente: S. TS. 20-10-1989 (RJ. 7303)].

³⁶¹ Destaca un sector doctrinal el trato comparativamente más favorable que supone tanto para el trabajador como para el empresario. Desde la perspectiva del trabajador porque las horas extraordinarias, a diferencia de las complementarias, no computan a efectos de prestaciones, salvo en las contingencias profesionales. Para el empresario, puesto que al integrarse en las bases de cotización, a diferencia también de las horas extras, les alcanzan las bonificaciones que en su caso correspondan (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 89 y 90).

³⁶² Respecto del cómputo de los períodos de carencia recuérdese las ya referidas S. TCo de 22-12-2004 y 14-3-2005. De regulación inspirada en un “principio de relevancia a efectos de protección social” lo designa M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 110. Por tanto, tendrán que tomarse en cuenta para las deducciones que se hagan en su caso sobre la prestación de desempleo así como para el cálculo de la misma caso de pérdida del trabajo a tiempo parcial (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGO, “Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 129). En este sentido, respecto de la limitación de la prestación por desempleo: S. TSJ. Madrid 23-7-2001 (JUR 2001/282264).

³⁶³ F. SALINAS MOLINA, “Protección social del trabajo a tiempo parcial”, Revista de Derecho Social, nº. 8, 1999, pág. 22.

³⁶⁴ Con la única finalidad de fiscalización administrativa, puesto que a todos los aspectos de cotización están equiparadas a las ordinarias e integradas en la base de cotización mensual, sin preverse cotización adicional o específica por ellas (M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 762). Respecto de los documentos de cotización, su cumplimentación y consignación de las horas complementarias realizadas, véase: M. PLANAS GÓMEZ, “Cotización por horas complementarias en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida”, Tribuna Social, nº. 108, 1999, pág. 79 a 82.

³⁶⁵ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 110.

mentarias se articula de una forma muy similar a las extraordinarias, dado que a semejanza de éstas su práctica es muy aleatoria.

También está prevista la colaboración de los representantes de los trabajadores en el control de la realización de horas complementarias. El Real Decreto-Ley 15/98, introdujo una nueva competencia en el art. 64.1.1ª ET en materia de información a los representantes de los trabajadores. En virtud de esta disposición, el empresario está obligado a informar al menos trimestralmente a los representantes de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial. Sobre ello y su valoración nos remitimos a lo que se dijo al tratar el pacto de horas complementarias y su formalización.

4.8.4 La consolidación de las horas complementarias

La letra i) del apartado 5º del art. 12 ET/98, culminaba la regulación de las horas complementarias con la previsión de su posible consolidación como jornada ordinaria³⁶⁶. Aún desaparecido este mecanismo legal de consolidación con la reforma del 2001, la ausencia de prescripción legal alguna sobre consolidación ni de llamamiento para su regulación a la negociación colectiva o al pacto de horas complementarias, en absoluto precluye la previsión de un sistema de consolidación de la jornada complementaria a instancias del trabajador por convenio colectivo o pacto de las partes³⁶⁷. Sin embargo, la inexistencia de sistema de consolidación establecido a través de cualquiera de tales cauces impedirá la misma, aún cuando la utilización de las horas complementarias sea persistente a lo largo de los años dentro de los márgenes acordados, puesto que su consolidación constituiría una vulneración de los términos un pacto y de una voluntad expresada de acuerdo con la regulación legal de la institución³⁶⁸. En este epígrafe estudiaremos brevemente el régimen legal de consolidación previsto en el 98, en cuanto pueda ser de interés para la actual negociación colectiva y porque conforme al la Disp. Transitoria Primera L. 12/2001 sigue siendo aplicable a los contratos celebrados bajo tal regulación.

³⁶⁶ El Código francés prevé un mecanismo automático –siempre que no haya oposición del trabajador, con un preaviso de siete días- de integración en la jornada habitual de las horas complementarias practicadas sistemáticamente en año (último párrafo del art. L. 212-4-6 Código de Trabajo) (J.P. LABORDE, “Algunas observaciones acerca del trabajo a tiempo parcial en el Derecho francés”, cit., pág. 244). La denominada Ley Aubry, de 13 de junio de 1998 ha introducido una fórmula de conversión automática del contrato a tiempo parcial en tiempo completo, con un preaviso de siete días y salvo oposición del trabajador, cuando la jornada media realizada por el trabajador sea superior a su jornada normal en dos horas por semana durante un período de doce semanas en art. L. 212-4-3 (vid.: F. NAVARRO NIETO y A. TRICLIN, “El debate francés sobre la reducción del tiempo de trabajo”, cit., pág. 104; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGU, “Las horas complementarias...”, cit., pág. 18). Por su parte en Italia, el art. 3.6 RD Leg. 25-2-2000 reconocía al convenio colectivo la potestad de establecer los criterios y la modalidad para asegurar al trabajador a tiempo parcial, a petición del mismo, el derecho a al consolidación, en todo o en parte, del trabajo suplementario realizado de manera no ocasional (vid.: M. BROLLO, “Il lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 89 y 90). Tal previsión ha desaparecido tras el art. 46, d. legs. nº 276/2003.

³⁶⁷ Aún cuando la negociación colectiva posterior a la reforma raramente ha previsto la posibilidad de consolidación de las horas complementarias, según constata: S. DEL REY GUANTER (dir.), A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, “El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 125.

³⁶⁸ En contra: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 126.

Las razones de la articulación del mecanismo de consolidación de las horas complementarias han podido ser varias, pero se pueden centrar, en nuestra opinión, prevalentemente en dos. Una, constatable a lo largo de todo el art. 12 ET, la profunda desconfianza que merece a los firmantes del Acuerdo el uso del contrato a tiempo parcial. Y ésta es una medida más por la que se pretende combatir el uso abusivo del trabajo a tiempo parcial y la reducción artificial de su jornada³⁶⁹. La otra debe vincularse a la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial y de la entidad de su jornada, tanto ordinaria como complementaria lo que justifica que la consolidación sea posible a única instancia del trabajador³⁷⁰. Pero también la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial desde la perspectiva del trabajador, requiere de mecanismos que faciliten el tránsito a la jornada completa, y como mal menor el engrosamiento de la jornada ordinaria. Este aspecto de la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial dota de fundamento a la institución misma de la consolidación, que siempre supone un aumento de la jornada ordinaria y no sencillamente, su modificación a instancias del trabajador. Luego, cabe apreciar en ello un incentivo, o al menos la eliminación de una posible traba, a la utilización de una jornada a tiempo parcial progresivamente superior³⁷¹. Son peldaños de promoción voluntaria del trabajador en la empresa y en sus condiciones de trabajo, y una trascendental vía para hacer efectiva la voluntariedad de la jornada parcial, y con ello la finalidad de fomento del empleo que deba desempeñar.

En consecuencia, y en nuestra opinión, no cabe dar a la regulación de la consolidación de las horas complementarias una lectura exclusivamente preventiva del abuso y del fraude³⁷². Habría que reconocerle en justicia una segunda función unida a aquélla otra y que, probablemente, no sería sino su cara positiva: la de concretar el mecanismo de transformación tácita de la jornada real derivada del uso de las horas complementarias³⁷³. Por este motivo, el mecanismo de consolidación de las horas complementarias no debe ser considerado como un mero “período de prueba” de la jornada ordinaria del contrato parcial³⁷⁴. Y consiguientemente debe interpretarse que la consolidación, en el primero o en sus dos tramos, podrá practicarse con independencia del tiempo que haya transcurrido desde que se alcanzó el acuerdo, y podrá hacerse sucesivas veces a lo largo de la vigencia de la relación, sin que en ningún momento pueda considerarse definitiva su jornada ordinaria³⁷⁵.

³⁶⁹ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación ...”, cit., pág. 90 y 91; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 111.

³⁷⁰ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 111.

³⁷¹ Así parece aceptarlo: M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación colectiva y autonomía individual en la regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 107.

³⁷² Esta es la visión que parece prevalecer en la doctrina: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 110 y 111, que llega a calificar la consolidación como “sanción” a la defraudación de la jornada ordinaria.

³⁷³ Efectivamente, el proceso de consolidación previsto en el art. 12.5.i) ET/98 está destinado exclusivamente a la consolidación de las horas complementarias, y no para atender a los excesos sobre la jornada pactada, ordinaria o complementaria (M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del Real Decreto Ley 15/98”, cit., pág. 764).

³⁷⁴ En palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 112).

El respeto al principio de voluntariedad de la jornada parcial se lleva hasta sus últimas consecuencias. En este sentido será el trabajador quien decida no sólo sobre la ampliación de la jornada ordinaria a través de la consolidación, sino también la cuantía de la jornada consolidada dentro de los márgenes previstos por el legislador, y a instancias de su única voluntad sin condicionamiento de concurrencia de causa alguna³⁷⁶, oposición posible del empresario o posibilidad de pacto en contrario (art. 3.5 ET), ahora bien, sin afección del pacto de horas complementarias ni de un mínimo del 4% de la jornada máxima del contrato a tiempo parcial³⁷⁷. A efectos de facilitar la formación de dicha voluntad, dispone el deber del empresario de entrega al trabajador de una certificación correspondiente al período bianual de que se trate, del número de horas susceptibles de consolidación.

³⁷⁵ En este sentido: C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 93. En contra, y por entender la consolidación justificada únicamente por desconfianza, otro sector doctrinal ha interpretado literalmente los términos descriptivos del ámbito temporal en que deba producirse la misma, y que el art. 12.5.i), segundo párrafo ET/98 identifica con «un período de dos años a contar desde la vigencia del pacto de horas complementarias» y respecto del segundo tramo con «los dos años siguientes». Entienden estos autores, que el período de consolidación de la jornada complementaria se reduce a los cuatro primeros años de vigencia del acuerdo, transcurridos los cuales la jornada ordinaria quedará fijada definitivamente (G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 732; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 112; A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial: modalidades y contenido", cit., pág. 251; F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad... (y II)", cit., pág. 4). Que algún sector doctrinal, ni siquiera vincula a la vida del acuerdo, sino a los cuatro primeros años de vigencia del contrato a tiempo parcial: M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia...", cit., pág. 48; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 112.

En nuestra opinión, la posibilidad de consolidación en el segundo tramo está necesaria e inmediatamente precedido por el primer tramo de consolidación, de forma que el primero es requisito sine qua non del segundo. Ello se deduce de los términos del segundo párrafo de la letra i), art. 12.5 ET/98, y de la misma referencia a la consolidación en dos tramos. Pero también de la justificación de la progresión de esa consolidación, que parte en el segundo tramo de una mayor jornada ordinaria en el primero y, supuestamente, de un menor uso de las horas complementarias -o por el contrario, más arraigado-, por estar ésta última más ajustada a las necesidades reales, lo que precluye, en la lógica de la disposición, la consolidación directa en el segundo tramo. Caso de no haberse optado por la consolidación del segundo tramo, la siguiente ampliación de la jornada ordinaria a través de ésta vía y practicada a lo largo de la vida del contrato, comenzará nuevamente por la primera fase que irá, en su caso, seguida de la segunda.

³⁷⁶ Lo que resulta coherente con el principio de voluntariedad que preside toda la regulación del contrato a tiempo parcial (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 111 y 115) y que implica igualmente la exclusión de su imposición por Convenio Colectivo (F. VALDÉS DAL-RE, "Una nueva modalidad... (y II)", cit., pág. 6). Por el contrario, esta posibilidad le está vedada al empresario, que sólo podrá modificar la jornada ordinaria a través de la vía del art. 41 ET, y siempre dentro de los márgenes legales de la jornada parcial (C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 91; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 116). Sin embargo nosotros consideramos que las alteraciones cuantitativas en la jornada voluntaria también deben ser voluntarias, estando prohibida la vía del art. 41 ET, ya lo vimos en el capítulo I e insistiremos en el IV.

³⁷⁷ La rigidez que pueda suponer la consolidación podría entenderse en cierto modo compensada por determinadas garantías sobre el mantenimiento de las vías de flexibilización de la jornada parcial. Nos estamos refiriendo al principio de mantenimiento del pacto en sus términos originales, sin que se produzca ajuste alguno, ni al alza ni a la baja, en el número y distribución de las horas complementarias, y a la no afectabilidad de las horas complementarias en un mínimo del 4% referido -interpretamos- a la jornada máxima parcial, y ello a fin de garantizar que no se pierda este margen mínimo de elasticidad de la jornada en porcentaje muy similar a lo que supone el máximo de horas extraordinarias dentro de la jornada completa. Lo primero es lógico, puesto que el objeto del pacto de horas complementarias no es un porcentaje de la jornada ordinaria, sino un número de horas que deberá respetar el límite de un determinado porcentaje de aquéllas; luego cabe ponerse en relación, no sólo con un interés defensivo sino también coherente con el principio de voluntariedad. La fracción de jornada flexible en principio permanecerá inalterada, por supuesto salvo previsión en contrario de las partes, novación o denuncia, y salvo que la nueva cantidad global de jornada pactada, ordinaria más complementaria, supere la frontera del trabajo a tiempo parcial (art. 12.1, 5.d) e i), párrafo quinto último inciso ET/98). En cuyo caso, y a falta de acuerdo expreso de las partes que adapte el pacto a esta nueva situación, y a falta de previsión estatutaria expresa de las consecuencias, se entenderá reducido en lo que supere al citado límite (art. 9.1 ET en combinación con los preceptos anteriormente citados).

Pese a la benevolencia de tales planteamientos, el régimen legal de consolidación de las horas complementarias del 98 adolece de claridad, sobre todo en cuanto a la configuración y carácter de los dos tramos de consolidación que ya hemos abordado, a la forma de la distribución de la jornada consolidada, y de importantes lagunas o incongruencias en cuanto a los plazos y efectividad de la nueva jornada³⁷⁸. Quizá por tales motivos, y desde luego con mayor probabilidad, por la fuerte oposición empresarial a la propia consolidación, la Disp. Adicional única RD-L 15/98, previó cambios legislativos futuros respecto de los límites y condiciones para la consolidación de la jornada ordinaria inicialmente pactada. Tales modificaciones no se han llevado a cabo, con el RD-L. 5/2001 y posterior L. 12/2001, sencillamente se ha procedido a su desaparición.

También en términos de garantía de voluntariedad debe interpretarse la regla de la distribución de la jornada consolidada del párrafo cuarto del art. 12.5.i) ET/98; la distribución de la jornada consolidada no escapa tampoco a la voluntad del trabajador, si bien prestada en su momento y respecto de la jornada original en el contrato de trabajo³⁷⁹, y probablemente la jornada original no es otra que la ordinaria.

³⁷⁸ Cabe hacer algunas consideraciones críticas respecto de la fórmula de información del trabajador al respecto. En primer lugar, el deber de la certificación se limita a poner en conocimiento del trabajador «el número de horas susceptibles de consolidación», y no el total de las que haya realizado el trabajador, cuando podía haberse añadido esta información a los efectos de facilitar el comentado control y detectar tempranamente los errores. En segundo lugar, y probablemente con ánimo de “no dar ideas”, el deber de certificado del número de horas susceptibles de consolidación sólo surge una vez que el trabajador ha anunciado su voluntad de consolidación, total o parcial, de las mismas. Esta voluntad inicial, por tanto, debe interpretarse sólo como un anuncio de su interés, y no como declaración de voluntad definitiva y vinculante, que sólo se producirá una vez recibida la información (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 112; F. VALDÉS DAL-RE, “Una nueva modalidad... (y II)”, cit., pág. 6). En tercer lugar, el preaviso de siete días a la finalización del periodo bianual de que se trate se predica del cumplimiento del deber empresarial de información, entendiéndolo así el dictamen del CES y el común de la doctrina (por todos: G. RODRÍGUEZ PASTOR, “La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial. Horas complementarias”, cit., pág. 733). Plazo de siete días que se corresponde con el preaviso mínimo para realización de horas complementarias previsto estatutariamente en defecto de regulación expresa por Convenio Colectivo, con lo que la lógica de la fijación de plazo idéntico en ambos supuestos obedece a garantizar que la información facilitada sea definitiva, no modificable posteriormente por realización de horas complementarias no previstas al tiempo de la certificación (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 92). El trabajador puede comunicar su interés en cualquier momento dentro del plazo máximo de los tres meses inmediatamente anteriores a la finalización del período de consolidación de que se trate [A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato...”, cit., pág. 251; F. VALDÉS DAL-RE, “Una nueva modalidad de jornada de trabajo...(y II)”, cit., pág. 5 y 6. En contra por interpretar el plazo de los tres meses del art. 12.5.i) ET como un plazo mínimo de preaviso: M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del Real Decreto Ley 15/1998”, cit., pág. 764; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Las horas complementarias”, cit., pág. 111]. Por otra parte, ya lo hemos dicho, la formación de su voluntad depende en gran medida de la recepción de la información comentada. Entonces, fácilmente se aprecia un déficit normativo en lo que se refiere al proceso de consolidación y la difícil conciliación de los plazos previstos al efecto en el precepto estatutario. De su imbricación deberá ocuparse la negociación colectiva, más que para mejorar para adaptar y completar, y en su defecto el contrato de trabajo, de forma que les de el sentido y orden del que carece este procedimiento sólo regulado a medias. Así, el extraño plazo máximo de anticipación de tres meses dentro del que debe manifestar el trabajador su intención de consolidar la jornada complementaria, en nuestra opinión, obedece también—como constata su equivalencia a la distribución legal de la jornada complementaria—, a la conveniencia de concentrar el proceso de consolidación a efectos de evitar actuaciones infructuosas y que lleven a confusión. Se trata, por tanto, como el antes referido preaviso de 7 días, de plazos procedimentales que deben adaptarse a las regulaciones particulares, siempre y cuando no se produzca una reducción injustificada del plazo de que disfrute el trabajador para ejercer su opción. Igualmente, el Convenio Colectivo bien podría ocuparse de solventar y complementar la deficitaria redacción estatutaria que se constata particularmente en el conflictivo solapamiento de los diversos plazos previstos en el proceso de consolidación y, completando el proceso de consolidación, prever igualmente la comunicación al trabajador de la nueva jornada resultante y su efectiva distribución, a efectos de conocimiento y constancia de la misma, así como del número las horas complementarias pactadas, caso de que haya sido necesaria su reducción ex último párrafo del art. 12.5.i) ET/98 en relación con el párrafo 1. y 5.d) del mismo artículo.

Corresponderá al empresario la colocación de los nuevos tiempos de prestación, pero su facultad estará condicionada por el pacto inicial sobre jornada hecha en el contrato de trabajo, aparentemente siendo poco más que un mero ejecutor de la adaptación propiciada³⁸⁰. Sin embargo, una interpretación restrictiva del precepto no nos parece coherente ni con la función que vienen a satisfacer las horas complementarias, ni con la lógica a que responde la consolidación misma. La jornada complementaria viene a satisfacer necesidades de flexibilidad para atender a situaciones que por desconocidas en el momento de la contratación o por variables, no pudieron ser atendidas por la jornada ordinaria. Si la consolidación, como defendimos, responde a la constatación de una jornada que de ordinario resulta ser superior a la contratada, lo razonable es interpretar la consolidación de su distribución conforme a la forma en que se hubiese venido desarrollando, lo que nos acerca más a los criterios de distribución de la jornada complementaria que a los de la ordinaria, porque sólo de esta manera se ha hecho perceptible la jornada verdaderamente requerida³⁸¹. Entonces, los poderes del empresario son mucho más amplios de los que inicialmente pueden parecer, estando únicamente limitados por una ordenación de la nueva jornada que discrepe frontalmente con el plan obligacional global efectuado. Es más podría haberse previsto, y ahora cabe en mi opinión que así lo haga la negociación colectiva respecto de los contratos realizados a partir de la regulación del 2001, su consolidación como bolsa o fracción de uso flexible sobre la que sí pesaría un deber de ocupación empresarial.

³⁷⁹ No así a través de nuevo acuerdo sobre distribución de la jornada consolidada (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 114). Admite, en cambio, pacto sobre distribución de las nuevas horas ordinarias, extendiéndose a éstas la distribución originaria únicamente en su defecto: C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 93.

³⁸⁰ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 114.

³⁸¹ Fórmula que, en opinión de RODRÍGUEZ-PIÑERO, facilitaría la ejecución de la distribución pues se tendría una referencia clara de las horas efectivamente prestadas, si bien, en contraposición, también se dejaría de hecho esta distribución en manos del empleador, pues en definitiva es a éste al que corresponde determinar con márgenes amplios de libertad la cualidad de la jornada complementaria (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Las horas complementarias", cit., pág. 114).

El régimen jurídico del contrato a tiempo parcial

El régimen jurídico del contrato a tiempo parcial

1. La igualdad de derechos del trabajador a tiempo parcial y fuentes del establecimiento de su proporcionalidad

La igualdad en derechos de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo ha sido propugnada en nuestro ordenamiento jurídico laboral en todas las sucesivas reformas de la regulación del contrato. Con ello, de forma indubitada se sometía dicha modalidad contractual al régimen común del contrato de trabajo, en coherencia con la naturaleza también común de la relación laboral que de él nace, una vez que claramente se califica el contrato de trabajo a tiempo parcial como modalidad contractual y no como relación especial, y que como tal, requiere únicamente de correcciones en orden a su diversidad, en definitiva, reducción y posibles diferencias cualitativas vinculadas del tiempo de trabajo¹.

¹ Vid.: H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 94 a 103. La tesis de la especialidad del trabajo a tiempo parcial ha gozado de pocos adeptos tanto en la profusa doctrina italiana como en la española que han defendido, ambas y en su mayor parte, la indiferencia de la causa contractual típica frente a las reducciones cuantitativas -o diversidades cualitativas- del tiempo de la prestación [ALAIMO, "Le modificazioni...", cit., pág. 460 y 461; F. AMATO, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 59; M. D'ANTONA, "Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro", cit., pág. 8 y 9; M^a L. DE CRISTOFARO, "Lavoro part-time", cit., pág. 424; P. DUI, "Il rapporto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 16 y 17; E. GHERA, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 67 y 68; P. ICHINO, "Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro", II, cit., pág. 276 y 279, y en "Il lavoro a tempo parziale", AAVV, "Il diritto del lavoro dopo l'emergenza", Giuffrè, Milano, 1988, pág. 129; G. NICOLINI, "Lavoro a tempo parziale", cit., pág. 3 y 4. Entre la doctrina española: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 16 y 17; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., extensamente en sus pág. 100 a 111; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., particularmente en sus pág. 113 a 115, 133, 134 y 135. Las dudas más sustanciales que se han planteado en España en torno a la especialidad del contrato han sido las relativas a aquéllas en las que el trabajo contratado tenga una escasa entidad, es decir, sobre el trabajo a tiempo parcial marginal (vid., por ejemplo: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato a tiempo parcial", pág. 103 a 106; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 17]). Atrás quedó la teoría de GRASSELLI que inspirada por el clima de desconfianza de la época, compelida por la necesidad de identificar un régimen jurídico propio del tiempo parcial ante la carencia de una regulación legal específica del mismo, y con la intención de justificar la inaplicabilidad de determinados institutos previstos para el contrato "común", defendió la naturaleza especial de la mencionada relación. Aquélla estaba derivada de una diferente conformación cualitativa de la subordinación a consecuencia, a su vez, de la ausencia del dato de la profesionalidad en el trabajo a tiempo parcial (S. GRASSELLI, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 185 a 190). La mencionada opinión sufrió el rechazo generalizado por parte del resto de los autores, en atención, según BROLLO, tanto a que se descarta el elemento de la profesionalidad, de carácter socio-económico, como relevante a los fines de identificación de la causa del contrato; a la desvaloración de aquella como elemento que pueda, en algún modo, afectar a la

El legislador español en el Art. 12.4.d) ET parte del reconocimiento de que los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo, con los matices que más tarde se expondrán. No ha pasado desapercibido para la doctrina ni la diversa fórmula literal utilizada por el legislador del 98 y mantenida tras la reforma del 2001 para proclamar la igualdad de derechos del trabajador a tiempo parcial, ni la elevación a rango legal de dicho reconocimiento. Efectivamente, en tanto ha sido una constante la declaración de la igualdad del trabajo a tiempo parcial respecto del común o típico a tiempo completo, en las etapas precedentes han sido los decretos de desarrollo los que las han albergado. Por el contrario, el legislador del 98, fiel a la intención de agotar los grandes trazos de la modalidad en la regulación estatutaria y de su adecuación formal a la Directiva 97/81/CE sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, extiende expresamente el régimen jurídico del contrato de trabajo común al trabajo a tiempo parcial, y no sólo éste, sino el particular criterio a través del cuál se traduzca el conjunto de aquél.

No obstante la trascendencia del Art. 12.4.d) ET, podría relativizarse su importancia al considerar innecesaria la proclamación del principio de igualdad de los derechos del trabajador a tiempo parcial por derivarse necesariamente del Art. 14 CE, de los Art. 4.2.c) y 17 ET, o por deducirse de su calificación como modalidad contractual y no como relación especial². Sin embargo, en nuestra opinión, resulta convenient-

subordinación; o al hecho de que la naturaleza de la relación se pueda ver afectada por la intensidad de la subordinación [M. BROLLO, "Il lavoro subordinato a tempo parziale", cit., pág. 74 y 75; A. CATAUDELA, "Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro", en AAVV, "Flessibilità dell'organizzazione produttiva e tipologia dei rapporti di lavoro", atti del Convegno svoltosi a Firenze 18 - 19 Marzo 1983. Cuaderno n.º. 4, IRI, Roma, s.d., pág. 101; C. FILADORO, "Il part-time", cit., pág. 19 y 20; E. GHERA, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 66; P. ICHINO, "Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro", II, cit., pág. 276].

No obstante, se ha reconocido por algún autor una "tipicidad social" del contrato a tiempo parcial que, ajena al esquema causal del negocio -que permanece inalterado-, se desenvuelve en el ámbito del mercado de trabajo, en el contacto entre una oferta y una demanda caracterizadas por intereses atípicos que exceden del mero cambio trabajo-retribución y que responden, por un lado, a necesidades organizativas y de producción y, por otro, a intereses familiares, formativos, de enriquecimiento profesional, a la compaginación con el tiempo dedicado a la elevación cultural, de inserción del anciano en la sociedad productiva... y, como no, de ocupación transitoria en espera de un trabajo a tiempo completo (o de otro a tiempo parcial que se sume al anterior, vía de consecución de la retribución "suficiente") (E. GHERA, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 81 a 83. Reconoce también esta "especialidad": M. D'ANTONA, "Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro", cit., pág. 9 y 10). En contra, BROLLO destaca el hecho de que la mencionada especialidad es ajena a la estructura contractual, que permanece inalterada, y que responde a la conciencia económico-social y no al dato positivo (M. BROLLO, "Il lavoro subordinato a tempo parziale", cit., pág. 89 y 90. En este sentido: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 101 y 102). En esta línea diversificadora, un sector doctrinal español ha defendido la diversa naturaleza del trabajo a tiempo parcial frente al completo -si bien desde una perspectiva instrumentalizada a la negación de la transformación de la relación de tiempo completo a parcial y viceversa forzada unilateralmente por el empresario y en el particular contexto de la regulación del 93-, por entender que las discrepancias entre ambos exceden de la mera reducción de la jornada hasta afectar a la causa misma del contrato, principalmente en el trabajo marginal y en el fijo discontinuo flexible. Las diferencias, como indican estos autores, abarcan desde la diferente causa subjetiva del trabajador, que persigue con frecuencia la compatibilización de sus prestaciones con otras actividades o intereses; el componente de flexibilidad económico-productiva a que atiende desde la perspectiva empresarial; la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo, en particular en el caso del fijo discontinuo; las especialidades en materia de Seguridad Social (por todos: C. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, "Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial", R.L., n.º. 1, 1995, pág. 116 y 117). También CATAUDELA ha reconocido al part time un carácter especial desde el plano organizativo (A. CATAUDELLA, "Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro", cit., pág. 101 y 102).

² En este sentido, respecto de la formulación del 93: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 211 y 212.

te por su mayor perfección que, a nivel legal o reglamentario, eso sí es indiferente, se extienda el régimen común contractual a fin de completar formalmente su régimen jurídico con una referencia genérica. Pero sobre todo, resulta fundamental que se identifique la visión legislativa que se impone sobre la igualdad del trabajo a tiempo parcial y que no es deducible, ni mucho menos del Art. 14 CE en un sentido unívoco. Efectivamente, si en virtud del Art. 14 CE todos somos iguales “en la ley”, y aún cuando dicho principio vincula a los poderes públicos en la realización de las normas, sin que puedan establecerse regulaciones discrepantes sin una base objetiva y suficiente, la valoración de la razonabilidad de la diferencia legal entre colectivos permitiría desde la perspectiva constitucional la previsión a nivel legal de diferencias de trato ostensibles entre el trabajo a tiempo parcial y el completo³.

Si igualdad no es equivalente a paridad, si la igualdad no se ve afectada por el trato diverso de las situaciones que son distintas, entonces el principio de igualdad admite una perspectiva legal que exceda del binomio equiparación-proporcionalidad, sino que vaya más allá en la adaptación de los diversos institutos a los supuestos concretos y permita incluso –al menos casuísticamente– la exclusión de alguno de ellos en tanto previstos bajo el modelo común del tiempo completo⁴. Buena prueba de ello lo supuso el discutido contrato a tiempo parcial “marginal” instaurado en el 93, admisible probablemente desde la perspectiva constitucional del principio de igualdad, aún siendo más vulnerable a su evaluación como discriminación indirecta.

De hecho la normativa internacional no integra una sola visión del principio de igualdad. Así la Directiva comunitaria sobre el trabajo a tiempo parcial admite en su Cláusula 2.2 que los Estados miembros excluyan total o parcialmente de las disposiciones de la misma y en virtud de razones objetivas a los trabajadores a tiempo parcial que trabajen de manera ocasional. En similar sentido, bajo la rúbrica del “*principio de no discriminación*”, en su Cláusula 4.1. faculta indirectamente a un trato distinto del trabajador a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo completo cuando ello se justifique por razones objetivas⁵, y su Cláusula 4.4 de la Directiva, admite que los Estados miembros subordinen el acceso a determinadas condiciones de empleo a un período de antigüedad, y, lo que más nos interesa, a una determinada duración del trabajo o condiciones salariales, siempre justificado en razones objetivas.

³ En este sentido: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 214 y 215. Según advierte RODRÍGUEZ-PIÑERO «al someter a escrutinio las desigualdades normativas de trato entre trabajadores, el Tribunal no ha insistido tanto en la comparabilidad de las situaciones (en su identidad real) como en la razonabilidad misma de la distinción normativa entre trabajadores» (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º. 13, 1998, pág. 53, véase también del mismo autor “La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”, R.L., T.II, 1998, pág. 87 a 89).

⁴ Y sin que a ello sea óbice tampoco su calificación como modalidad contractual y no como relación especial, puesto que requerida la excepción de determinados derechos y obligaciones por la adaptación del régimen jurídico general del contrato de trabajo a la peculiaridad propia del trabajo a tiempo parcial, no supone en absoluto la aplicación de un régimen jurídico diverso, sino más bien la confirmación -excepcionada- de la aplicabilidad del general (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 110 y 111, 214 y 215).

⁵ Aún sin contradecir lo expuesto, otro sector doctrinal observa los límites del principio de equiparación, que identifica en esta Cláusula 4.1, en los apartados siguientes de la misma (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, cit., pág. 195).

Por su parte, el Convenio de la OIT sobre trabajo a tiempo parcial, en su Art. 3 posibilita la exclusión por los Estados miembros del Convenio de categorías particulares de trabajadores o establecimientos, y su Art. 8 permite la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de ingresos y duración del tiempo de trabajo marginales de los regímenes de seguridad social, salvo prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, y de las condiciones previstas para los trabajadores a tiempo completo en materia de terminación de la relación de trabajo, vacaciones anuales pagadas, días feriados pagados y licencia de enfermedad. Y ello con independencia de que ambas normas vean tales soluciones como menos deseables, transitorias y fruto del acuerdo –o previa consulta– con los interlocutores sociales⁶.

Algunos precedentes reglamentarios del trabajo a tiempo parcial también parecen aceptar la alternativa de la exclusión de determinados derechos en razón de su “incompatibilidad” con la naturaleza del contrato (Art. 4 RD 1362/81, de 3 de julio, y Art. octavo c) del RD 1445/82, de 25 de junio, que repite literalmente con la misma fórmula⁷, o más vagamente de las “peculiaridades” que en función del tiempo trabajado establezcan las leyes o la negociación colectiva (Art. 19 RD 2317/93, de 29 de diciembre)⁸.

Por otra parte, integrado el principio de igualdad a su vez por el de proporcionalidad, no es en absoluto indiscutible cuándo deba procederse a la plena equiparación y cuándo a la proporcionalidad, especialmente cuando el legislador no lo haya previsto expresamente respecto de un ámbito en específico, y aún así, según la modalidad de distribución del tiempo de trabajo del concreto contrato, y de la conformación particular que le de la negociación colectiva al instituto. Efectivamente, habida cuenta de la interminable casuística derivada de las múltiples combinaciones posibles del elemento temporal del trabajo a tiempo parcial, la aplicación del principio de la proporcionalidad no sólo exige de una vinculación del instituto de que se trate al aspecto cuantitativo-temporal de la prestación del trabajador⁹ –de apreciación, en ocasiones, considerablemente dudosa–, sino de la evaluación de la relación de las múltiples variantes de la construcción temporal de la prestación con la *ratio* de la norma a aplicar y con los diversos modos en que se puede prever colectivamente el eventual instituto. Estos dos últimos afectan también potencialmente a la adaptación del régimen general cuando aquella no opera.

⁶ Lo que también es predicable de las cláusulas de exclusión (2.2 y 4.4) de la Directiva (vid.: M^a.A. BALLESTER PASTOR, “La adecuación de la normativa española...”, cit., pág. 206; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, cit., pág. 194).

⁷ Art. 4 RD 1362/81, de 3 de julio, y octavo c) del real decreto de 25 de junio: “Los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a tiempo parcial disfrutarán como mínimo de iguales salarios y demás percepciones económicas que los trabajadores contratados a tiempo completo, beneficiándose asimismo de todos los derechos que sean compatibles con la naturaleza del contrato, si bien en la proporción correspondiente a los servicios que presten. En todo caso el trabajador ejercerá sus derechos de representación, de acuerdo con el título II del Estatuto de los Trabajadores, en tanto sean compatibles con la naturaleza y duración del contrato”.

⁸ Así lo interpretaron: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 111; A. PEDRAJAS MORENO, “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 425.

⁹ Se afirma que el principio de reducción del tratamiento se aplica sólo donde el tratamiento mismo es ligado a la prestación de trabajo por un nexo de correspondencia (P. ICHINO, “Il lavoro...”, cit., pág. 133).

Superada, entonces, la visión de la proporcionalidad como exclusivo instrumento “adaptativo” la doctrina italiana ha considerado tradicionalmente que se requiere de otros, tales como la equidad e igualdad o de la voluntad de las partes¹⁰. También la doctrina española se ha mostrado abierta a adoptar diversas soluciones en torno a un mismo instituto según se trate de trabajo a tiempo parcial horizontal o vertical y aún más tras la asunción de la modalidad fija discontinua en el trabajo a tiempo parcial, como reacia a moverse en los estrechos márgenes de la alternativa equiparación-proporcionalidad, y valorativa, en definitiva, de la diversa función en que se inspire el derecho en cuestión en su razonable adecuación a la modalidad contractual y al caso concreto¹¹. Por su parte, la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial en su Cláusula 4.2 recepciona el principio *pro rata temporis*, que se previene como garantía de no discriminación cuando ello resulte adecuado. Pero no excluye de por sí la admisibilidad de otra solución diversa de adecuación, tanto más cuanto admite las extremas de las comentadas Cláusulas 2.2 y 4.4, y como podría amparar la amplia dicción de la antes referida Cláusula 4.2, aún más vaga si se observa desde la remisión del punto 3 de ésta a los Estados miembros. En esta línea, también la Directiva comunitaria sobre el trabajo a tiempo parcial se refiere a un tratamiento “menos favorable” e injustificado en virtud de razones objetivas para los trabajadores a tiempo parcial (Cláusula 2.1) y el Convenio y la Recomendación de la OIT además de a la proporcionalidad a “condiciones equitativas” y “equivalentes”...

Vistos los términos del debate, no es en absoluto gratuito el reconocimiento de la igualdad en derechos del trabajador a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo completo, como tampoco es excesivo, sino una opción legislativa muy concreta entre las diversas defendibles desde el principio de la igualdad, fijar como criterio rector una única alternativa a la equiparación o paridad en derechos, en definitiva, la proporcionalidad de aquellos en función del tiempo trabajado¹². Consiguientemente y en principio, ni puede excluirse derecho alguno, ni puede

¹⁰ M. BROLLO, “Il lavoro subordinato...”, cit., pág. 182. Recelosas de pretendidas reglas generales que puedan derivar injustas frente a casos concretos, doctrina y jurisprudencia se “curan en salud” haciendo salvedad de eventuales situaciones no individualizadas. Por ejemplo, AMATO, tras dar como solución general la proporcionalidad respecto del período de prueba en la modalidad vertical de periodicidad inferior a la semana o al mes, recuerda un doble objetivo -no exonerar de hecho al trabajador de mostrar sus habilidades y no conceder al empresario un tiempo excesivamente elástico- que le dispone a proponer una solución “original” para cada momento [F. AMATO, “La disciplina legale...”, (II), cit., pág. 730]. ICHINO, en cambio, tras señalar la aplicación de la norma común, sin proporcionarla, respecto del período de prueba, de preaviso y de conservación del puesto de trabajo por enfermedad, reconoce la posibilidad de consecuencias “irrazonables” que pueden evitarse interpretando la voluntad de las partes, para lo que deberá utilizarse la previsión del período según calendario o según días de trabajo (P. ICHINO, “Il lavoro...”, cit., pág. 134). Por parte de la jurisprudencia sirva de muestra la S. Cass. 11 abril 1990, n.º 3063 (anotada por V.A. POSO), en RIDL, 1990, n.º 4, pág. 860 a 863. En la actualidad, la posibilidad de “modulación” por convenio colectivo de la duración del período de prueba y del período de conservación del puesto de trabajo en caso de enfermedad para el caso del trabajo a tiempo parcial vertical se recoge expresamente en el art. 4.2.a) D. Leg. n.º 61/2000.

¹¹ Es el caso, con mayor o menor claridad, de: CES, “El trabajo a tiempo parcial”, informe n.º 4, 1996, cit., pág. 38; H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 136 y 137; A. PEDRAJAS MORENO, “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 425 y ss.; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 110, 111, 205, 214 y 215. Véase también, por ejemplo: F. DURÁN LÓPEZ, “Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., pág. 75 a 78. Por el contrario, observan exclusivamente la disyuntiva equiparación/proporcionalidad: I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “El contrato a tiempo parcial”, cit., particularmente, pág. 100.

¹² C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 74 y 75.

seguirse otro criterio de razonabilidad o equidad distinto del de la proporcionalidad. Es más, en nuestra opinión, y atendiendo al tenor literal del Art. 12.4.d) ET, el legislador nítidamente está fijando la preferencia de la equiparación sobre la proporcionalidad de los derechos¹³; así lo indican la fórmula general y abierta con que se proclama la igualdad que inicia el párrafo y el modo de excepción que adopta el criterio de la proporcionalidad que le sigue, tanto porque somete ésta última a un presupuesto inherente a ella misma, como, sobre todo, porque parece exigir –que no lo es tanto, según veremos– el reconocimiento explícito en tal forma. La preferencia respecto de la equiparación se mostrará, por consiguiente, en la evaluación del cumplimiento de las condiciones que justifiquen la proporcionalidad, y en una presunción de aquélla en los supuestos dudosos¹⁴.

El Art. 12 ET en su apartado 4.d) relaciona las fuentes de fijación de la proporcionalidad de los derechos del trabajador a tiempo parcial, citando expresamente las disposiciones legales y reglamentarias y a los Convenios Colectivos. La cuestión fundamental a dilucidar en esta parcela de la investigación se centra en el carácter exhaustivo o no de dicha enumeración, y, en su caso, sobre la virtualidad de la autonomía individual a efectos de desempeñar idéntica función.

Un amplio sector de la doctrina, ha interpretado el Art. 12.4.d) ET en un sentido continuista respecto de sus precedentes, y principalmente por su inmediatez y carácter general respecto del Art. 19 RD 2317/93, de 29 de diciembre, restando

¹³ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 75; M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 770; A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial (I): Modalidades y contenido", cit., pág. 247. Lo que ya se mantuvo bajo la legislación precedente: I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "El contrato a tiempo parcial", cit., pág. 101.

¹⁴ En cambio, no parece tan claro que la opción alternativa entre equiparación y proporcionalidad sea la única conforme a la nueva disciplina italiana del trabajo a tiempo parcial por el Decreto Legislativo de 25 de febrero de 2000, que en su artículo 4 regula en principio de no discriminación, aún cuando podría sostenerse razonablemente tal interpretación. El apartado 1º del citado precepto proclama la prohibición de discriminación directa o indirecta del trabajador a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo completo y el apartado segundo, en sus dos párrafos parece concretar las dos dimensiones prácticas del principio de no discriminación, la de equiparación (art. 4.2.a) y la de proporcionalidad de los derechos (art. 4.2.b), en forma de lista ejemplificativa o no exhaustiva de los mismos y que parece inspirada en gran medida en el Convenio y la Recomendación, ambos de la OIT, sobre el trabajo a tiempo parcial (M. BROLLO, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 100 y 101). Precisamente la estructura del comentado art. 4, dividido en la regla general y en dos de sus concreciones posibles, podría inducir a considerar ambas como únicas alternativas. Ahora bien, construidas la equiparación y proporcionalidad como concreciones de el principio de no discriminación, podría pensarse que nada niega conforme al principio de igualdad el juego de otras opciones adaptativas distintas de aquéllas siempre y cuando respondan a razones objetivas y los medios sean proporcionados y/o referidos a institutos no relacionados. Así, PAPALEONI denuncia la criticable posibilidad de que la lista de supuestos de las letras a) y b) del art. 4.2 sea interpretada como lista exhaustiva fuera de la cual no se extiende la tutela de los derechos del trabajador a tiempo parcial (M. PAPALEONI, "La riforma del part-time", RIDL., n.º 3, 2000, parte I, pág. 229 y 230). Es clara la posición del legislador respecto de los derechos expresamente incluidos en el elenco (véase: L. CASTELVETRI y F. SCARPELLI, "Il part time, la direttiva sui distacchi e il lavoro notturno", RIDL., n.º 3, 2000, parte III, pág. 168 y 169). Por el contrario, otros autores defienden la posible proporcionalidad cuando ello resulte razonable de los derechos recogidos expresamente en la letra a) del art. 4.2, como es el caso del periodo de prueba, duración de las vacaciones anuales, duración de los permisos sindicales... particularmente respecto del trabajo a tiempo parcial vertical, y desde luego de otros derechos no previstos expresamente en dicho precepto (M. BROLLO, "Il lavoro a tempo parziale", cit., pág. 110 a 115).

Tampoco en Francia. Así el artículo L. 212-4-5, del Código de Trabajo francés, reconoce la estricta igualdad de los derechos de los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, con las salvedades previstas por la negociación colectiva respecto de los derechos convencionales (véase: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada", cit., pág. 152; JEAN-PIERRE LABORDE, "Algunas observaciones acerca del trabajo a tiempo parcial en el Derecho francés", cit., pág. 242).

trascendencia a las “escasas” innovaciones que respecto de la formulación de las fuentes originarias de las “peculiaridades” presenta la actual dicción legal¹⁵. En nuestra opinión, nuevamente, no puede desmerecerse *a priori* ninguna de las modificaciones introducidas por el legislador de fines del 98, por menores que estas sean, en cuanto deslegitiman abiertamente algunos de los argumentos utilizados por la doctrina anterior a la reforma para admitir a la autonomía individual como instrumento de concreción del régimen jurídico del trabajador a tiempo parcial, así como su extensión indubitada a los convenios colectivos extraestatutarios, a los acuerdos y pactos informales.

El Art. 19.1 RD 2317/1993, de 29 de diciembre, permitía la fijación de las peculiaridades de régimen jurídico de los trabajadores a tiempo parcial –no previstas expresamente por su regulación específica, se entiende– a la ley y a la negociación colectiva. Lejos de entenderse como una reserva absoluta en favor de tales fuentes, el común de la doctrina las extendió, aún con límites y reservas, a las restantes fuentes del derecho, a los convenios colectivos extraestatutarios, a los pactos y acuerdos informales de empresa, y a la autonomía individual¹⁶. Centrándonos en la autonomía individual, los argumentos esgrimidos por la doctrina para extenderle idéntica virtualidad “especificadora”, se fundamentaron en la descalificación de la norma en razón de su rango normativo para la alteración respecto de la particular modalidad contractual del régimen de fuentes previsto con carácter general en el Art. 3 ET, y muy en particular en su letra c), que configura el contrato de trabajo como instrumento de regulación de los derechos y obligaciones de la relación laboral con el límite del respeto a las disposiciones legales y convenios colectivos¹⁷. En definitiva, vía reglamento no podía en absoluto excluirse al acuerdo individual de voluntades de la adaptación y previsión de peculiaridades del trabajo a tiempo parcial no contrarias a las normas. Parece evidente que con la regulación actual y la elevación a rango legal de la relación de fuentes, este concreto argumento formal queda descartado¹⁸.

Con la nueva redacción de la fórmula legal que comentamos, también descartamos indubitadamente el olvido del legislador como justificación de la omisión del contrato de trabajo entre las fuentes susceptibles de proporcionar los derechos del tra-

¹⁵ Las diversas modificaciones y su escaso valor innovador son destacadas por: -respecto de la elevación a rango legal del principio- C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 73 y 74; -sobre la mayor ambigüedad de la fórmula del 93- M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación colectiva y autonomía individual en la regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 124; -sobre la introducción del reglamento entre las fuentes señaladas- T. SALA FRANCO, “Los principios de ordenación del contrato de trabajo a tiempo parcial”, en AAVV, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 78.

¹⁶ En contra de la autorización de la autonomía individual para proporcionar los derechos conforme a la redacción del art. 19 RD. 2317/93, con reserva de que se deduzcan de la regulación legal o convencional de aquellos: A. BAYLOS GRAU, “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, cit., pág. 145; M^a.C. ORTIZ LALLANA, “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”, R.L., T.II, 1998, pág. 239.

¹⁷ M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del Real Decreto Ley 15/1998”, cit., pág. 770; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 217 y 223; A. PEDRAJAS MORENO, “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo”, R.L., T.I, 1994, pág. 426 y 427.

¹⁸ M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del Real Decreto Ley 15/1998”, cit., pág. 770.

bajador en función del tiempo de trabajo. La insistencia de la omisión frente a las dudas doctrinales reiteradamente comentadas y, en cambio, la introducción de la referencia a las disposiciones “reglamentarias”¹⁹, dan un mayor valor intencional al silencio del legislador respecto de las restantes fuentes del Art. 3 ET.

Tampoco nos parece decisivo argumentar la conveniencia de aceptar el contrato de trabajo como modulador de la relación a tiempo parcial en razón al escaso interés o atención mostrada por la negociación colectiva respecto de la modalidad contractual²⁰, como tampoco la natural correspondencia de aquél con la individualización de las condiciones laborales propia, casi connatural, al contrato a tiempo parcial²¹. Respecto de los posibles vacíos normativos provocados por la desidia de la negociación colectiva, puesto que el legislador estatutario claramente impone la regla general de la equiparación, que tomará el modo de norma subsidiaria en defecto de previsión en contrario por convenio colectivo²². En cuanto correspondencia entre individualización de las relaciones laborales y derechos del trabajador, por supuesto que el acuerdo individual es esencial en la determinación de condiciones de trabajo del trabajador a tiempo parcial. Buena prueba de ello es el amplio ámbito que le corresponde en relación al tiempo de trabajo y su distribución conforme a su regulación específica prevista en el Art. 12 ET y al que nos hemos referido en los capítulos correspondientes. Pero las derivaciones que tales especialidades, que sus particularidades tengan en el resto de los campos de los derechos y condiciones laborales aún relacionadas de alguna forma con el tiempo de trabajo, no pueden entenderse abierta, genérica y endógenamente disponibles por la autonomía individual, ni tan siquiera con el añadido garante de la conformidad a la naturaleza de los derechos. En definitiva, en absoluto se impide la previsión por contrato de trabajo de condiciones de trabajo específicas para el trabajo a tiempo parcial. Lo que se contiene es el establecimiento de condiciones peyorativas respecto de las vigentes legales, reglamentarias o convencionales para el trabajo a tiempo completo.

A nuestro modo de ver, desde luego en la omisión del contrato de trabajo como fuente de proporción de los derechos del trabajador late la desconfianza del legislador –y de los actores sociales firmantes del pacto en que tuvo su origen la norma– respecto de aquél en cuanto que más que medio de adaptación o modulación de los derechos podrá constituirse en la realidad como renunciadas de aquellos

¹⁹ Aún cuando ya se advirtió que por ley debía entenderse en sentido amplio o material y no formal, integrado por consiguiente en dicho término el reglamento (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 219 y 220).

²⁰ Argumento que utilizan: M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 770 y 771; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 225; A. PEDRAJAS MORENO, “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 426.

²¹ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 223 a 225.

²² No es apreciable, por consiguiente y a priori vacío normativo alguno que cubrir con otras fuentes del derecho del Título preliminar del Código Civil (en contra: A. PEDRAJAS MORENO, “Nuevo diseño legal...”, cit., pág. 426). La cuestión se reducirá a la interpretación de la norma que regule o establezca el derecho a efectos de si está implícitamente fijando su proporcionalidad.

impuestas por el lado empresarial²³. Pero no es esta la única razón. Según se dijo en el apartado precedente, en nuestra opinión, el Art. 12.4.d) ET pretende completar en pocas líneas y con la abstracción propia de la ley, el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial en virtud de la imposición de la regla general de igualdad, en definitiva, de un mandato igualatorio. Desde la perspectiva de la igualdad como medida de identificación del régimen jurídico común del trabajo a tiempo parcial la autonomía individual resulta en principio inoperante. De ahí la referencia exclusiva a fuentes del derecho que por su naturaleza pueden generar disposiciones de alcance general²⁴. Y de ahí que el legislador se refiera a que los derechos sean “reconocidos”, terminología (que por la dirección vertical y unilateral que entraña es) más propia de las fuentes normativas que de las obligacionales. Y como continuación de tal argumento, el Art. 12.4.d) ET no observa la proporcionalidad de los derechos del trabajador a tiempo parcial en función del tiempo de trabajo, como la traducción necesaria o presumible del principio de igualdad a la modalidad contractual y en razón de la particular naturaleza de los aquellos. La observa por el contrario como una excepción a aquél, permitida únicamente por ser razonable, no arbitraria, en atención a la naturaleza del derecho de que se trate y en función del tiempo de trabajo²⁵. Concebida por consiguiente como una excepción al principio de igualdad impuesto por mandato legal, tal derogación no puede realizarse por la autonomía individual (Art. 3.1.c) y 2 ET) y sí en cambio por el convenio colectivo. Situación distinta, en nuestra opinión, caso de que se hubiese prohibido la discriminación del trabajador a tiempo parcial por la razón

²³ J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 68.

²⁴ Por contra, CASAS BAAMONDE sólo encuentra en la comentada enumeración de fuentes un mero recordatorio de éstas, puesto que la ley puede introducir en todo momento el principio de proporcionalidad, y el reglamento y el convenio colectivo se someten a la objetividad conforme a la naturaleza del derecho y a que la proporcionalidad se fije en función del tiempo de trabajo (M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación colectiva y autonomía individual en la regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 124 y en “Los contratos de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 434). Sin embargo, en nuestra opinión, tanto las disposiciones legales, como las reglamentarias o convencionales están sometidas al principio de razonabilidad de las desigualdades que establezcan entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, so pena de nulidad por discriminatorias (L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, cit., pág. 88; M^a.C. ORTIZ LALLANA, “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 239 y 240 -y jurisprudencia del Tribunal Constitucional que cita-; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º 13, 1998, pág. 51 a 53 y 56 a 58 y en “La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”, R.L., T.II, 1998, pág. 85 a 89 y 91; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Igualdad y discriminación”, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 38 a 45). Sometimiento que también reconoce nuestra jurisprudencia, por ejemplo, la S. TS. 13-5-1998 (4645).

²⁵ En este sentido: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, pág. 75 y ss.; J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 4. Véase también: A. BAYLOS GRAU, “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, cit., pág. 145 y 145; L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, cit., pág. 88; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 216 y 217; M^a.C. ORTIZ LALLANA, “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 239 y 240 -y jurisprudencia del Tribunal Constitucional que cita-. Lo cierto es que una vez que el ordenamiento jurídico, y expresamente sin margen de duda y en términos muy estrictos el art. 12.4.d) ET, fija el principio jurídico de la igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial y no la mera prohibición de no discriminación, la introducción de cualquier diferencia entre tales tiene que estar suficientemente razonada y justificada, cifrando el propio art. 12 ET los cauces de excepción y los motivos en que pueda fundarse (véase: L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, “El principio de igualdad en la relación de trabajo. Un apunte sobre la eficacia ínter privados del artículo 14 de la Constitución” (I) y (II), A.L., n.º. 32 y 33, Tomo 3, 1996, pág. 635, 636, 648 a 650; J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, “¿Igualdad, o no discriminación en las relaciones de trabajo? (En torno al artículo 17.1)”, REDT., n.º. 100, Vol. 1.º, 2000, pág. 524, 536, 538 y 539).

exclusiva de su menor jornada y que dejaría, fuera de los supuestos constitutivos de discriminación, un mayor margen de actuación a la autonomía individual²⁶.

Conclusivamente, el Art. 12.4.d) ET no altera la jerarquía normativa ni restringe el ámbito competencial de cada una de las fuentes normativas y obligacionales, ni de la estructura de la negociación colectiva, sino que esclarece el papel subsidiario de la proporcionalidad, pasando de ser regla a excepción con las consecuencias que en orden a la competencia de la autonomía de la voluntad conlleva. Por ello no resulta del Art. 12.4.d) ET. la expulsión de la autonomía individual en el contrato a tiempo parcial, como tampoco la autorización incondicionada y libre del convenio colectivo, pero sí se descarta la proporcionalidad “constitutiva” del derecho –o de la condición de trabajo de que se trate– a manos de la autonomía individual en contradicción con las normas legales o convencionales que no han previsto aquélla y de las que tampoco se deduzca²⁷. Tampoco se impide por el legislador la proporcionalidad constitutiva del contrato de trabajo en los ámbitos dejados abierta e incondicionalmente a la autonomía individual y respetuosos, compatibles, con las previsiones legales y convencionales. En estos términos, no hay inconveniente en aceptar que los acuerdos de empresa puedan proporcionar los derechos de los trabajadores, puesto que en su función de regulación de determinadas condiciones de trabajo debe entenderse abarcada también la de ajustar aquéllas en el trabajo a tiempo parcial y con ellas el requisito, ejercicio o entidad del derecho que tengan vinculado²⁸. Ni hay motivo alguno para excluir de tal posibilidad al convenio colectivo extraestatutario por similares motivos²⁹.

Finalmente, no podemos dejar de referirnos a la posibilidad de exclusión de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos del ámbito de aplicación del

²⁶ Véase: L.G. MARTÍNEZ ROCAMORA, “El principio de igualdad en la relación de trabajo. (Un apunte sobre la eficacia inter privados del artículo 14 de la Constitución)” (I), cit., pág. 634; J. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, “¿Igualdad, o no discriminación en las relaciones de trabajo? (En torno al artículo 17.1)” , cit., pág. 536 a 539. Sobre los criterios de valoración del trato desigual constitutivo de discriminación, véase por ejemplo: M^a.C. ORTIZ LALLANA, “El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón de sexo en el ordenamiento comunitario y en España (a propósito de la Sentencia TJCEE de 1 de julio de 1986)”, REDT, n.º. 29, 1987, pág. 98 y 99.

²⁷ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo...” , cit., pág. 77. No es admisible, por consiguiente, seguir una dirección interpretativa distinta en favor de la proporcionalidad del derecho del trabajador, aún cuando éste por su carácter divisible permitiese su fraccionamiento o cómputo proporcionado y aún cuando el tiempo interviniese de una u otra forma en su configuración; la proporcionalidad del derecho ni es automática ni puede presumirse en cuanto caben tratamientos más ventajosos por encima de ese mínimo legal [C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales”, cit., pág. 75 a 77; J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 67], ni la “naturaleza” del derecho o condición, aún cuando sea susceptible de disfrute fraccionado, produce en todo caso sino que permite la proporcionalidad del mismo. En contra se pronuncia un sector doctrinal que mantiene la perspectiva de la proporcionalidad del derecho como traducción -impuesta- del derecho en atención a la naturaleza del derecho, identificada ésta como su vinculación al tiempo de trabajo. La proporcionalidad no es “excepción” del principio de proporcionalidad, sino “especificación” de la naturaleza intrínseca del derecho -o de sus elementos-. Para estos autores, la intención del legislador se limita a subrayar las consecuencias del principio de igualdad, y entre ellas, la proporcionalidad de los derechos vinculados al tiempo de trabajo: T. SALA FRANCO, “Los principios de ordenación del contrato de trabajo...” , cit., pág. 78. En similar sentido se pronunció respecto del art. 19 RD 2317/93: L.M. CAMPS RUIZ, “La reforma del mercado de trabajo”, cit., pág. 87.

²⁸ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, pág. 222.

²⁹ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo...” , cit., pág. 222 y 223.

Convenio Colectivo, puesto que al igual que respecto de los trabajadores temporales, ha sido objeto de pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 52/1987, de 7 de mayo de 1987, en un sentido idéntico a estos últimos, y que prohíbe la marginación de tales colectivos³⁰. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en sentencias como la referida y la S. 136/1987, de 22 de julio de 1987³¹, ésta respecto de los trabajadores temporales, si bien el Art. 83.1 ET reconoce que los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, y el principio de igualdad no obliga a integrar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de cualquier ámbito geográfico y funcional determinado, la exclusión contraria a su voluntad, de un colectivo de trabajadores que carezcan, por motivos de la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato, de poder negociador por sí solos no constituye ordenación de la negociación colectiva, sino «una vía para imponer injustificadamente condiciones de trabajo peyorativas» para tales colectivos y como tales discriminatorias por estar referidas a un trabajo de igual valor o similar.

1.1 La equiparación y proporcionalidad

Una vez situado el debate sobre la igualdad en derechos del trabajador a tiempo parcial en torno a los principios de equiparación y proporcionalidad, el Art. 12.4.d) ET fija la proporcionalidad de tales derechos exclusivamente en relación al tiempo trabajado y la condiciona a la naturaleza de los mismos, y a su previsión en semejantes condiciones por disposición legal, reglamentaria o en Convenio Colectivo.

La primera cuestión a resolver será la de identificar qué deba entenderse por la “naturaleza de los derechos” que permita la concreción proporcional de aquellos por la normativa heterónoma o autónoma. La proporcionalidad de los derechos exige el presupuesto de la divisibilidad o cuantificación de los mismos –que permite la proporcionalidad pero no la impone–, puesto que en caso contrario, o quedará excluido su devengo o, como se deduce la redacción actual del Art. 12.4.d) ET, corresponderán íntegros³². Entre los derechos indivisibles que corresponderán a los trabajadores a tiempo parcial en paridad a los trabajadores a tiempo completo están los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos por nuestra Constitución y recogidos igualmente en el Art. 4 ET como derechos básicos: el derecho al trabajo y a la libre elección de la profesión u oficio; a la libre sindicación; a la negociación colectiva; a la

³⁰ BOE nº. 134 de 5 de junio. Véase también comentario en: E. ALONSO GARCÍA, “Discriminación de los trabajadores no fijos de plantilla. Confirmación de la doctrina de los Tribunales de instancia sin que sea susceptible de recurso de amparo una interpretación amplia del artículo 14 de la Constitución”, en M. ALONSO OLEA, “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, Tomo V, Cívitas, Madrid, 1988, pág. 88 y ss. (también publicado en REDT., nº. 29, 1987, pág. 129 y ss..

³¹ BOE. nº. 191, de 11 de agosto de 1987. Véase comentario en: M. ALONSO OLEA, “Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social”, Tomo V, cit., pág. 282 y ss..

³² C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales”, cit., pág. 75 y 76; J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 67.

adopción de medidas de conflicto colectivo; a la huelga; de reunión; participación en la empresa; a la ocupación efectiva; a la promoción y formación profesional en el trabajo; a no ser discriminados; a su integridad física y a una adecuada política en materia de seguridad e higiene³³; al respeto de su intimidad, dignidad y a la propia imagen; a la percepción puntual de la remuneración de su trabajo; al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo; libertad de expresión e información... El carácter abstracto o genérico de los mismos imposibilita su fragmentación, y niega la existencia de una causa objetiva y lícita que justifique la proporcionalidad de los mismos³⁴, con independencia de que su traducción real, en definitiva, su ejercicio, como sucede claramente, por ejemplo, en el derecho a la ocupación efectiva, se limite a las dimensiones de la jornada reducida.

Ahora bien, la divisibilidad del derecho es, desde luego, presupuesto de la proporcionalidad de su devengo, pero no puede considerarse en estricto que sea ésta la "naturaleza" a que se refiere el legislador. Los términos del Art. 12.4.d) ET, muy parecidos a los de la Cláusula 4.2 de la Directiva 97/81/CE³⁵, aluden a la correspondencia de la naturaleza del derecho con la proporcionalidad del mismo, y ésta exclusivamente en función del tiempo trabajado. La naturaleza de los derechos ha de ser tal que se vincule, directa o indirectamente, al tiempo trabajado³⁶ en virtud de una relación de causalidad en su devengo (caso de todos aquellos que se constituyan en contraprestación del trabajo), que su finalidad o razón de ser –y consiguientemente su funcionalidad– se conecte al tiempo de trabajo, o que, sencillamente, sus presupuestos o condiciones, dimensiones y medida se extiendan en el tiempo. Entendida en este sentido amplio la "naturaleza del los derechos", y no vinculada exclusivamente a los aspectos relacionados con la contraprestación del trabajo, se abre un enorme campo potencial de los derechos que puedan verse proporcionados normativamente en atención a su relación con el tiempo de trabajo³⁷ y las decisiones que convengan,

³³ Desde luego no son proporcionables los derechos en materia de seguridad e higiene, siendo igualmente de aplicación la normativa propia de la materia (C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 76; J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 69 y 70). No obstante, podría defenderse la conveniencia de la expresa extensión de la protección a estos trabajadores así como la promoción -incluso a nivel legal- de la formación de los trabajadores a tiempo parcial en específico, de forma similar a como sucede con los trabajadores temporales o de empresas de trabajo temporal, dado que la problemática de todos ellos puede ser muy similar (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 69 y 70. En este sentido, respecto de la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial en el texto definitivo de la directiva 91/383/CEE, relativa a las disposiciones mínimas de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario", cit., pág. 182 y 183).

³⁴ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 76; M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 769 y 770; J. GARCÍA BLASCO, "El papel...", cit., pág. 58. También destacan el carácter no proporcionable de los derechos fundamentales, por ejemplo: J. CABEZA PEREIRO, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 70.

³⁵ El principio pro rata temporis ha sido indubitadamente identificado por el común de la doctrina como el reconocimiento del principio de proporcionalidad (vid., por ejemplo: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 67 y 68; M^a.E. CASAS BAAMONDE, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 433 y 434; S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido", cit., pág. 37; A.V. SEMPERE NAVARRO y F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial (I)...", cit., pág. 247).

³⁶ M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 769.

³⁷ J. GARCÍA BLASCO, "El papel de la negociación colectiva...", cit., pág. 57.

la catalogación de los derechos a los que corresponda en atención a su finalidad o funcionalidad la proporcionalidad de los mismos, es mucho más discutible, y admite diversidad de soluciones según la opción que se tome respecto de los diversos argumentos. Aún más, la proporcionalidad “*en función del tiempo trabajado*”, debe vincularse a las particularidades que presenta el trabajo a tiempo parcial frente al contrato común a tiempo completo, sin que –sobradamente se ha visto ya– se limiten éstas a la reducción del tiempo de trabajo, sino también a aspectos cualitativos del mismo, es decir, su distribución y flexibilidad en las variadas formas que tipifican los subtipos, y que lógicamente pueden influir también en la integridad o proporcionalidad de los derechos o en la peculiar configuración de los mismos. En consecuencia, sectores doctrinales entienden por «tiempo trabajado» en su acepción cuantitativa el tiempo de trabajo efectivo, no sólo porque así pueda deducirse de su literalidad, sino porque se corresponde con la particularidad del contrato a tiempo parcial, y en el que están integradas a efectos de cifrar la proporcionalidad de los derechos, las horas complementarias realizadas, como tiempo trabajado que son, distintas de las horas extraordinarias³⁸.

1.2 Un primer grupo de derechos y condiciones de trabajo

Son derechos de los trabajadores en los que interviene de una u otra forma el factor temporal, la retribución –a depender de la estructura del salario que se fije–, los permisos retribuidos, descansos diario, semanal, días feriados y vacaciones, periodo de prueba, la antigüedad tanto a efectos de promoción económica (Art. 25 ET), como profesional (Art. 24 ET), de excedencia voluntaria (Art. 46.2 ET) o a efectos indemnizatorios por extinción de la relación.

La doctrina italiana, en la fijación del régimen jurídico aplicable al caso, ha venido haciendo con anterioridad al Decreto Legislativo de 25 de febrero de 2000 constante discriminación entre los dos grandes tipos de contrato, horizontal y vertical, y aún dentro de este último según sea la distribución de la jornada. Por el contrario, la tendencia española, tanto doctrinal como normativa, ha sido la de equiparar ambos tipos de trabajo a tiempo parcial, salvo en lo que imprescindiblemente deban diferenciarse y, en particular, el fijo discontinuo.

La formulación genérica y abierta de la igualdad en derechos del trabajador a tiempo parcial del Art. 12.4.d) ET, muy distinta, al menos en principio, de la pormenorizada italiana, requiere del intérprete la identificación de la procedencia del principio de proporcionalidad o de equiparación del contenido del derecho o del elemento temporal respecto del instituto que se trate, así como de las posibilidades de proporción del mismo por la negociación colectiva o, caso que se admita, contrato de trabajo.

Respecto del reposo semanal, en opinión de la doctrina española mayoritaria, los referidos descansos diario, semanal y correspondientes a días festivos, se disfrutarán íntegros por el trabajador a tiempo parcial, con independencia de que la retri-

³⁸ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 77.

bución de las mismas sí sea proporcional al tiempo de trabajo³⁹. Los argumentos, por supuesto se fundan en la finalidad de atender a las necesidades fisiológicas del trabajador, predicable de todo trabajo con independencia de su jornada, pero con mayor fundamento, en nuestra opinión, por ser esa la opción o visión del descanso de nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, por supuesto, en virtud de la regla general de equiparación del Art. 12.4.d) ET que debe servir de principio que informe al intérprete. En segundo lugar, puesto que el sometimiento, expresamente formulado en el Art. 12.5.e) ET, si bien respecto de la realización de las horas complementarias, a los límites y descansos de los Art. 34.3 y 4, 36.1 y 37.1 ET, desvela el carácter absoluto de tales descansos y su extensión en idénticos términos al trabajo a tiempo parcial. De mayor peso argumental, es el que ofrece la literalidad del Art. 37.1 ET que configura el descanso semanal de un día y medio ininterrumpido (o de dos días para los menores de dieciocho años o acumulación en un período de hasta catorce días) como un mínimo infranqueable salvo ampliación o limitación fijada por el Gobierno en sectores y trabajos cuyas peculiaridades lo requieran⁴⁰. Corrobora esta interpretación igualmente la finalidad del instituto, que no se limita a la necesaria recuperación física, que pueda ser menor en el trabajo a tiempo parcial, y sobre todo en el de jornada marginal, y dedicación a la vida social y familiar, que pueda verse menos comprometida también en tales supuestos y en función de la jornada⁴¹, sino también a intereses colectivos y a su particular función como descanso que interrumpe completamente el traba-

³⁹ J. GARCÍA BLASCO, "El papel de la negociación colectiva..." , cit., pág. 58; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 242 y 243; M. IGLESIAS CABERO y J.Mª. MARÍN CORREA, "Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial", cit., pág. 35; J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laborales y de Seguridad Social..." , cit., pág. 186 a 190; T. SALA FRANCO, "Los principios de ordenación del contrato de trabajo a tiempo parcial", en AAVV -coord. Mª.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 76. Y con independencia que los días feriados sólo se disfruten y retribuyan - conforme al trabajo que se debió realizar- cuando coincidan con día de trabajo (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 242; J. YANINI BAEZA, "Trabajo a tiempo parcial: notas sobre su régimen regulador", cit., pág. 21). Sobre la proporcionalidad de su remuneración y la comprobación de que el salario-hora, o por día, mes o año incluye su retribución, véase: H. MERINO SENOVIÑA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 313 y 314. Por nuestros Tribunales, por ejemplo: S. TSJ. Comunidad Valenciana 27-4-2004 (JUR 2005/11597); SS. TSJ. Canarias/Las Palmas 18-9-2003 (AS. 4129), 30-1-2002 (JUR 205575) y 15-10-2001 (JUR 2002/92279). También procede la equiparación cuando el convenio colectivo no fija la proporcionalidad respecto del aumento de los días de descanso, pues tal es la regla general del art. 12.4.d) ET, y no se deduce tampoco la proporcionalidad al resultar una reducción de la jornada general en la empresa en torno a la que gira también el trabajo a tiempo parcial: S. TSJ. Madrid 31-10-2003 (AS. 2004/713).

En contra, defendió la proporcionalidad del descanso semanal en virtud de su carácter divisible y de la redacción del tenor literal del art. 9.c) RD 1445/82 (J. GARCÍA MURCIA, "El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español", en AAVV -coord. F. Durán López-, "Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo", Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983, pág. 151).

⁴⁰ Vid.: J.I. GARCÍA NINET, "Ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 98 y 99; J.L. GIL GIL, "El descanso semanal", en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo", cit., pág. 616, 619 y ss.; G. RODRÍGUEZ-PASTOR, "El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 84 a 86.

Mínimo absoluto que corrobora la inmunidad de la duración del descanso frente a la reducción proporcionada de su remuneración ante las ausencias no justificadas al trabajo, tal y como recogía el art. 44.2 RD 2001/84, que disponía que las ausencias no justificadas supondrían una reducción de la retribución del descanso, pero no -a sensu contrario- de la duración de éste (F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 67. Véase: J.E. LÓPEZ AHUMADA, "Descansos laborales y tiempo de trabajo", CES, Madrid, 2004, pág. 154 y 155).

De las ampliaciones y limitaciones a los descansos inter-jornadas y al semanal de los art. 34.3 y 37 ET se ha ocupado el art. 2 RD 1561/95, de 21-9 sobre jornadas especiales de trabajo.

⁴¹ En este sentido, respecto del trabajo a tiempo parcial de escasa jornada, si bien reconociendo que la equivalencia de las prestaciones se garantiza por la reducción proporcionada de la retribución del descanso: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 68.

jo y que no atiende, consecuentemente y además, a la duración de la jornada sino que actúa sencillamente de límite en su distribución⁴². Por último, cabría añadir, con LÓPEZ MORA, que el legislador, en la regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, en el Art. 7.3 del RD 1424/85, de 1 de agosto, así como en el Art. 9.3 RD 1435/85, de 1-8 que regula la relación especial de los artistas en espectáculos públicos, proporciona a la jornada la retribución del descanso, no así su duración⁴³.

Según sea la distribución del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial será o no posible absorción de los tiempos de descanso semanal en los días de inactividad en dicho ámbito temporal, con independencia del mantenimiento de su retribución proporcionada. Ahora bien, en dicha absorción tampoco puede perderse de vista que el régimen del descanso semanal se extiende íntegro al trabajo a tiempo parcial, también respecto de su colocación preferente en domingo y medio día del sábado o del lunes, y a su disfrute ininterrumpido (Art. 37.1 ET)⁴⁴, por lo que la efectiva absorción del mismo en los períodos de inactividad semanal tendrá que valorarse conforme a las reglas generales. No obstante, y puesto que la alteración de la regla general del Art. 37.1 ET sobre colocación del descanso puede hacerse a través de cualquier vía, sea convenio o pacto colectivo, contrato de trabajo o costumbre, dado el carácter dispositivo de la misma⁴⁵, la propia distribución que se haga de la jornada parcial en el contrato de trabajo, será suficiente para alterar dicha regla y la consiguiente absorción del descanso semanal en días diversos de aquellos, siempre con respeto de la regla de ininterrupción del mismo⁴⁶. Precisamente el grueso de los proble-

⁴² J.L. GIL GIL, "El descanso semanal", cit., pág. 607 y 608; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 243; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 312. Sobre la función de distribución del tiempo de trabajo del descanso diario y semanal, por todos: M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 90. Véase también: G. RODRÍGUEZ PASTOR, "El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo", cit., pág. 84 y ss..

⁴³ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 67 y 68. Véase, respecto del régimen de descansos de los artistas: R. ROQUETA BUJ, "El trabajo de los artistas", cit., pág. 75 a 77.

⁴⁴ La equiparación se extiende tanto a la duración como a la colocación del descanso (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 312 y 313). Y desde luego, también a la aplicación del art. 47 del Real Decreto 2001/83, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, vigente conforme a la disposición derogatoria única del RD 1561/95 (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 315), en cuya virtud, cuando no se pudiera disfrutar del descanso semanal o del día de fiesta por razones organizativas o técnicas, el precio de la hora se incrementará en un 75% como mínimo, sin que probablemente en el trabajo a tiempo parcial común quepa la opción del descanso compensatorio que ofrece dicho precepto. No obstante, una vez promulgado el RD. 1561/95, y aún vigente, como decimos, el referido art. 47, sólo cabe la compensación económica del trabajo en día festivo y no así del descanso semanal, conforme al art. 2.2 y, particularmente, la disposición derogatoria única del RD. 1561/95, que sólo lo mantiene en vigor "en materia de fiestas laborales". Consecuentemente, el descanso semanal o se disfruta en el momento previsto o en otro que se señale, sin que quepa la alternativa de la compensación económica, como por otra parte, reconoce el art. 2.1 RD. 1561/95 para los supuestos previstos reglamentariamente y con las únicas excepciones en él previstas (F. FITA ORTEGA, "Límites legales a la jornada de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 59; J.E. LÓPEZ AHUMADA, "Descansos laborales y tiempo de trabajo", cit., pág. 164 a 168 y 268 y ss.; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo", cit., pág. 87).

⁴⁵ F. FITA ORTEGA, "Límites legales a la jornada de trabajo", cit., pág. 58; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo", cit., pág. 86.

⁴⁶ Vid.: J.I. GARCÍA NINET, "Ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 98; J.L. GIL GIL, "El descanso semanal", cit., pág. 615, 616, 623 y 624; A. MONTOLYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RIOS SALMERÓN, "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 180 a 182; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo", cit., pág. 84 a 86; F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, "Tiempo de trabajo y contrato ferroviario", cit., pág. 473. Sobre la posible acumulación del descanso y su carácter de límite de distribución de la jornada véase: A. MÁTEOS BEATO, "Descanso semanal y vacaciones", en AAVV -dir. F. Valdés Dal-Ré-, "La reforma del mercado laboral", Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 328 a 331.

mas que se suscitan en torno al descanso semanal en el trabajo a tiempo parcial son identificables en el ámbito de la colocación del mismo y, concretamente, en la prestación en fines de semana y festivos, toda vez que esta modalidad contractual es un mecanismo útil para rellenar los espacios de trabajo vacantes por la distribución del trabajo del común de la plantilla. De hecho, ello no es sino expresión de una de las causas socio-económicas de la modalidad contractual y, concretamente respecto del trabajo en tales fechas es asumido expresamente por el legislador en el Art. 36.3 ET. En este marco, nuestros Tribunales excepcionan normalmente la aplicación del Art. 12.4.d) ET. respecto del plus dominical o similares compensaciones en relación al colectivo de trabajadores a tiempo parcial contratados para realizar sus actividades en fines de semana y festivos⁴⁷. Y ello, con independencia de que se incluya en el convenio colectivo expresamente la excepción, puesto que cabe deducirse de la finalidad con que está previsto en el convenio colectivo dicho concepto salarial; la razón fundamental estriba en la ausencia del «hecho causante» generador de tal derecho, identificado en la mayor gravosidad que supone el trabajo en tales fechas para el trabajador –a tiempo completo o a tiempo parcial– que además presta sus servicios en los días ordinarios de trabajo. Se prescinde, entonces de otra visión, cual es que el trabajo en tales días ya es de por sí socialmente gravoso. También nuestros Tribunales han negado la aplicación del Art. 12.4.d) ET respecto del régimen general de descansos en fines de semana previsto para el común de los trabajadores en la empresa; es admisible un régimen de descansos específico para tales colectivos a tiempo parcial, en cuanto han sido contratados, precisamente, para permitir el asueto del resto de los trabajadores en fines de semana⁴⁸. Parece indudable que el sustrato de la razón jurídica de todos estos pronunciamientos debe identificarse, una vez superado en su caso el juicio de identidad, en apreciación de la objetividad y razonabilidad de los criterios diferenciadores y en proporcionalidad de la medida, presupuestos del principio de igualdad ante la ley.

⁴⁷ S. TS. 26-9-2002 (RJ. 2003/454), que confirma a la S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 20-11-2001 (AS. 4623); S. TSJ. País Vasco 29-4-2003 (JUR 151175); S. TSJ. Aragón 19-7-1999 (AS. 2444). En contra, se percibirá en proporción a las horas trabajadas, puesto que no se hace distinción respecto de estos trabajadores y se viene a compensar la mayor incomodidad del trabajo en tales días: -viernes, sábados y domingos- S. TSJ. Baleares 15-3-1994 (AS. 1199). Distinto del hecho de que trabajen en el mismo régimen de distribución que los trabajadores a tiempo completo con la diferencia del menor número de horas, en cuyo caso corresponderá en principio íntegro el plus [ese parece el caso de la S. TSJ. País Vasco 13-12-2003 (JUR 2004/43967)]. Sin embargo, la S. TSJ. Castilla y León/ Valladolid 4-10-2004 (JUR 277211) no deja claro, en mi opinión, si corresponde a los fijos discontinuos el complemento de atención continuada por trabajo en fines de semana, por cuanto aún cuando sea admisible una distinta forma de fijar el salario de los fijos discontinuos respecto del personal que presta sus servicios a lo largo de todo el año, global y proporcionalmente no puede ser inferior, computado por supuesto el referido complemento en la misma cuantía para ambos colectivos.

⁴⁸ En este sentido, la S. TSJ. Cataluña 16-12-2003 (AS. 2004/253) admite que los trabajadores a tiempo parcial se sometan a un régimen de descansos en fines de semana distinto al de los trabajadores a tiempo completo. Aún cuando reconoce que se supera el juicio de identidad de las situaciones puesto que ambos colectivos prestan servicios a lo largo de toda la semana, admite que el criterio diferenciador es objetivo y razonable, en cuanto han sido contratados para dar cumplimiento al acuerdo de fin de huelga sobre descansos en fines de semana de dicho colectivo a tiempo completo, siendo los efectos proporcionados al ser previstos con carácter temporal. También en esta línea que atiende a la flexibilidad organizativa como función socio-económica del trabajo a tiempo parcial, la S. TS. 16-7-2004 (RJ 5914) admite que el convenio colectivo fije fórmulas distintas de conocimiento de los domingos y festivos que deban realizar los trabajadores a tiempo parcial, a quienes se les comunicarán con diez días de antelación al mes frente a los trabajadores a tiempo completo que los conocerán anualmente. Por el contrario, sí aplica la regla de proporcionalidad sobre el número de fines de semana de descanso previsto en el Convenio Colectivo con carácter general, respecto de trabajadora a tiempo parcial asignada al turno de fines de semana: S. TSJ. Comunidad Valenciana 5-12-2002 (JUR 2003/207814).

La extensión al contrato a tiempo parcial del régimen general del descanso diario y semanal y sus excepciones previstas en el RD 1561/1995, es predicable respecto de todas sus submodalidades, si bien el segundo apartado del Art. 2 del citado Real Decreto sobre jornadas especiales de trabajo prevé para el fijo discontinuo una regla específica sobre descansos compensatorios⁴⁹, cuya posibilidad de realización se condiciona a su vez a la de su disfrute antes de la finalización del periodo de actividad. El trabajo a tiempo parcial, y muy en particular el fijo discontinuo, dada su amplia extensión en algunas de las actividades integradas en el Real Decreto sobre jornadas especiales de trabajo, tales como las relativas al trabajo en el campo, el comercio y la hostelería, verán frecuentemente ampliadas sus respectivas jornadas en aplicación del régimen particular previsto en el Art. 5 a 7, mereciendo atención particular el trabajo o necesidades de carácter estacional o de temporada (Art. 5 –trabajo en el campo–⁵⁰ y 7 –hostelería–⁵¹).

También los trabajadores a tiempo parcial ostentan idénticos derechos que los trabajadores a tiempo completo al disfrute de los días festivos⁵². Ningún problema se plantea si conforme a la distribución de la jornada del trabajador a tiempo parcial el día festivo es laborable para aquél; en tal caso disfrutará del día feriado y se retribuirá conforme a la jornada adeudada y proporcionalmente a ella⁵³. En el supuesto de que conforme a la distribución prevista en el contrato el día festivo no sea laborable

⁴⁹ Sobre la trascendencia y novedoso de los descansos alternativos en la nueva regulación de las jornadas especiales: A. MARTÍN VALVERDE, “El reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995, R.L., T.II, pág. 410 y 411”; R. MORÓN PRIETO, “Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo”, R.L., T.I., 1996, pág. 1007 y 1008.

⁵⁰ Que en su apartado 2 permite, cuando sea necesario por razón de circunstancias estacionales, la ampliación de la jornada pactada hasta un máximo de veinte horas semanales, sin que la jornada diaria exceda de doce horas de trabajo efectivo. Estas horas de exceso se compensarán o retribuirán como extraordinarias conforme a lo establecido en el art. 35.1 ET. El descanso inter-jornadas tendrá que ser de un mínimo de diez horas consecutivas. Las dos horas que restan hasta las doce pertinentes podrán bien compensarse o retribuirse como extraordinarias de conformidad con el art. 5.2; bien podrán compensarse conforme al régimen de descansos alternativo del art. 5.3 y 2 del Real Decreto, dentro de las cuatro semanas siguientes, o su acumulación, en las circunstancias del art. 2.1., segundo párrafo, a las vacaciones anuales. También respecto de los descansos semanales les será de aplicación a los trabajadores del campo el régimen general previsto en el art. 2, integrado por el art. 5.2 y 3 del Real Decreto (vid.: J.M. GÓMEZ MUÑOZ, “Las jornadas especiales de trabajo”, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 93 a 95; R. MORÓN PRIETO, “Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo”, R.L., T.I., 1996, pág. 1012). Ahora bien, caso de tratarse de fijos discontinuos, conforme establece el art. 2.2 de la norma comentada, sólo podrá realizarse dicho régimen de descansos alternativos siempre y cuando se disfruten dentro del periodo de actividad, sin posibilidad de compensación económica de los mismos.

⁵¹ El art. 7 que en sus dos apartados permite en las actividades de temporada de la hostelería que por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales, se acuerde la acumulación del medio día de descanso semanal y de las dos horas restantes hasta alcanzar las doce del descanso diario, para ser disfrutado en periodos más amplios hasta el límite de cuatro meses para la atención de las necesidades específicas de las actividades estacionales del sector, en particular en las zonas de alta afluencia turística, o para facilitar que el descanso se disfrute en el lugar de residencia del trabajador cuando el centro de trabajo se encuentre alejado de éste (vid.: J.M. GÓMEZ MUÑOZ, “Las jornadas especiales de trabajo”, cit., pág. 97 y 98; J.E. LÓPEZ AHUMADA, “Descansos laborales y tiempo de trabajo”, cit., pág. 201 y 202).

⁵² Respecto de los fijos discontinuos: J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral...”, cit., pág. 189 y 190.

⁵³ H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 315. Y si trabaja ese día lo cobrará en los mismos términos que los trabajadores a tiempo completo, puesto que el convenio colectivo no establece otra cosa: S. TSJ. Cataluña 24-10-2000 (JUR 2001/11396). No obstante, le corresponderá en principio, y salvo que se reconozca en su integridad por el convenio o acuerdo, proporcionalmente a la jornada practicada: S. TSJ. Cataluña 10-10-2002 (AS 3570). Salvo que haya sido contratado para prestar trabajo en tales días o fines de semana, en cuyo caso me remito a lo expuesto en notas en el derecho a reposo semanal.

para el trabajador a tiempo parcial no podrá garantizarse su disfrute efectivo por la evidente inmediatez de la fruición de las mismas y su carácter colectivo⁵⁴, aún cuando proceda el mantenimiento del derecho a la retribución proporcional de las fiestas con independencia de que la colocación de la jornada del trabajador a tiempo parcial coincida o no coincida con aquéllas⁵⁵. No en vano, como señaló Alarcón Caracuel, la retribución de las fiestas y descansos no es sino una ficción que encubre el precio del salario-hora⁵⁶.

La doctrina española se ha cuestionado igualmente la proporcionalidad o no de la duración de las vacaciones, extendiéndose los términos del debate a la proporcionalidad en función de la jornada, y no de la distribución de ésta, que penalizaría al trabajo a tiempo parcial vertical⁵⁷. Razonamiento que, por el contrario, no es asumido por nuestros Tribunales, que mantienen una postura de respeto a los diversos términos de proporcionalidad que se fijen por el convenio en tanto que el Art. 38 ET no identifica la forma en que deba calcularse las vacaciones del trabajador a tiempo parcial. Y, probablemente, de ser admisible la proporcionalidad en la duración de las vacaciones, sea igualmente pertinente tal libertad de elección del módulo de cómputo de la proporcionalidad de la duración de las vacaciones, horas o días trabajados, salvo que, a lo sumo, puedan plantearse dudas de vulneración del principio de igualdad ante la concurrencia de ambos tipos de trabajadores a tiempo parcial.

La mayor parte de la doctrina, no obstante, ha mantenido el criterio de la equiparación en la duración de las vacaciones en el trabajo a tiempo parcial respecto del tiempo completo, proporcionando al tiempo de trabajo exclusivamente la retribución de las mismas⁵⁸. También ese parece el criterio a deducirse del Art. 7.c) del Convenio OIT sobre el trabajo a tiempo parcial⁵⁹, y el seguido por el legislador italia-

⁵⁴ De manera que las fiestas «responden más a una concepción social del descanso que a una concepción biológica del mismo» (F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, "Tiempo de trabajo y contrato ferroviario", cit., pág. 482).

⁵⁵ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 315 y 316. En definitiva, resulta que a la jornada a tiempo completo de referencia se le deben restar los días de vacaciones y festivos y calcular, entonces, el porcentaje de jornada parcial y su correspondiente salario —y si se trabaja en tales días por los trabajadores a tiempo parcial tendrán lógicamente que retribuirse—. Este sentido, entre otras del mismo Tribunal: SS. TSJ. Canarias/Las Palmas 3-11-2003 (JUR 2004/26803), 10-6-2003 (JUR 2004/71307), 26-1-2001 (JUR 184255), 28-5-1999 (AS. 5501).

⁵⁶ M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 91 y ss..

⁵⁷ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 70. En este sentido, advirtiendo además que la duplicidad de regímenes jurídicos atendiendo al exclusivo criterio de la distribución de la jornada puede ser discriminatorio: H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 319.

⁵⁸ M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 120; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 71 a 73; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 318 a 320. También parece pronunciarse en este sentido: L. LÓPEZ CUMBRE, "Jornada parcial", cit., pág. 177; A.V. SEMPERE NAVARRO y P. CHARRO BAENA, "Las vacaciones laborales", Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 101 y 102.

⁵⁹ El art. 8.1.b) en relación con el 7.c) del Convenio OIT n.º. 175 sobre el trabajo a tiempo parcial permite que los trabajadores a tiempo parcial marginales sean excluidos por todo Estado Miembro, del disfrute en condiciones equivalentes a los trabajadores a tiempo completo, entre otros derechos de las vacaciones anuales pagadas y días feriados pagados. Sin embargo, y fuera de los supuestos marginales excluidos, los períodos de servicio que se exijan a los trabajadores a tiempo parcial para beneficiarse de los comentados derechos no deben ser más prolongados que los que se exijan a los trabajadores a tiempo completo en situación comparable (art. 8.2 de la Recomendación OIT n.º. 182 OIT sobre el trabajo a tiempo parcial), lo que parece excluir la proporcionalidad de la duración de aquéllos en razón de la jornada; no en vano, el citado art. 7 Convenio OIT n.º 175, cuando se refiere al disfrute de derechos en «condiciones equivalentes» limita su referencia a la proporcionalidad de las prestaciones económicas que correspondan en virtud de aquéllos (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada", cit., pág. 141).

no del Decreto Legislativo de 25 de febrero de 2000 al mantener la equiparación de la duración de las vacaciones en el trabajo a tiempo parcial y la proporcionalidad, en cambio, de su retribución -Art. 4.2.a) y b)-. No obstante, también sectores doctrinales se han mostrado partidarios de su reducción proporcional a la menor jornada tal y como prevé el Convenio OIT n.º. 132 relativo a vacaciones anuales pagadas, si bien referido a la "duración de los servicios" en el año⁶⁰.

En nuestra opinión, y pese a que la negociación colectiva, entendemos, pueda disponer de un sistema distinto respetuoso con el límite de la proporcionalidad, el legislador español ha tendido a la equiparación de las mismas en el trabajo a tiempo parcial común⁶¹ y a la duración proporcional de ellas en el fijo discontinuo⁶². Las razones que esgrimimos se adscriben a las expuestas ampliamente por los partidarios de la equiparación de la duración de las vacaciones y se extienden a la consideración de los términos categóricos del Art. 38 ET en su reconocimiento del derecho a un mínimo de 30 días de vacaciones. También es el criterio seguido por los Decretos que regulan las relaciones laborales de carácter especial⁶³. La razón que inspira el derecho a las vacaciones anuales, y que no se reduce a la recuperación fisiológica, que sí podría justificar la reducción proporcionada del derecho, sino que se explica en función de las necesidades de expansión y desalineación durante un tiempo prolongado e ininterrumpido⁶⁴, exigen, en nuestra opinión, del trabajo a tiempo parcial la equivalencia de

⁶⁰ J. YANINI BAEZA, "Trabajo a tiempo parcial... ", cit., pág. 21. También será proporcional la duración de las vacaciones del fijo discontinuo (J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 127). Sobre el principio de proporcionalidad de las vacaciones y su reconocimiento en el Convenio de la OIT n.º 132, véase, por ejemplo: P. CHARRO BAENA, "El derecho a vacaciones en el ámbito laboral", MTSS, Madrid, 1993, pág. 129 y 130; J. MATIA PRIM, "Vacaciones anuales", en AAVV, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1982, pág. 410 y 411.

⁶¹ S. TSJ. Cantabria 26-12-2002 (AS. 2003/2156); S. TSJ. Canarias/Las Palmas 23-12-1998 (AS. 7363). Por el contrario, proporciona las vacaciones del trabajador a tiempo parcial, bien a la jornada, bien a los días de trabajo, según se deduzca del convenio colectivo: S. TS 23-5-1997 (6127); S. TSJ. Asturias 14-5-2004 (JUR 259281); S. TSJ. Madrid 14-10-2002 (JUR 2003/22480); -entre otras del mismo Tribunal- S. TSJ. Canarias/Las Palmas 17-10-2002 (JUR 2003/170568), 19-4-2002 (AS. 3623) y 28-2-2002 (JUR 235075); S. TSJ. Cataluña 15-2-2001 (JUR 136844); S. TSJ. Madrid 24-2-1998 (AS. 5036); S. TSJ. Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 12-12-1997 (AS. 4309); S. AN. 7-5-1996 (1792). También es pacíficamente aceptada por las partes la proporcionalidad de la duración de las vacaciones en relación a la jornada, siendo objeto de discusión la forma de cómputo en días naturales o laborables para el trabajador: S. TSJ. Murcia 4-11-2002 y 30-9-2002 (JUR 2003/13234, 256307 y 256308).

⁶² Así, proporciona las vacaciones del fijo discontinuo según su jornada: S. TS 23 de mayo de 1997 (6127); S. TSJ. Andalucía/Sevilla 7-12-1999, 27-4-1999 y 16-2-1999 (AS. 7281, 3176 y 2322). Por el contrario, equipara la duración de las vacaciones de los fijos discontinuos al personal a tiempo completo, en tanto el convenio colectivo no distingue y en aplicación del art. 12. 4. d) ET.: S. TSJ. Galicia 12-12-2003 (AS. 2004/1937) y S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 27-7-2004 (AS. 2026).

⁶³ Así lo destaca: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 72. Véase el art. 9.3 RD 1435/85, de 1 de agosto que regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y que respecto de las vacaciones proporciona su retribución, no así la duración de las mismas; art. 7.3 y 6 RD 1424/85, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar -el primero, respecto del descanso semanal de los trabajadores que no trabajen a jornada completa y que, según vimos, sólo afecta a su retribución y no a la duración, y el segundo que fija las vacaciones incondicionalmente en 30 días-. No resulta significativo, por el contrario, el art. 17.5 RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados en talleres penitenciarios, puesto que la proporcionalidad de los días de vacaciones no se vinculan explícitamente a la jornada, y puede justificarse su expresa previsión por el hecho de que la relación laboral especial penitenciaria es siempre temporal (art. 7.2 del citado reglamento).

⁶⁴ Por todos: J. MATIA PRIM, "Vacaciones anuales", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1982, pág. 391 y 392.

aquella. Piénsese que, de lo contrario, un trabajador a tiempo parcial vinculado con contrato indefinido y que, por ejemplo, trabaje seis días a la semana, jamás podrá devengar en esa relación laboral los treinta días del Art. 38 ET⁶⁵. Por el contrario, el trabajador fijo discontinuo que trabaje en los periodos de inactividad verá igualmente prorrateadas la duración de sus vacaciones⁶⁶ y completado, en su caso, el periodo mínimo de aquéllas.

Como vemos, otra respuesta merece la cuestión de la duración proporcional de las vacaciones del fijo discontinuo, periódico o irregular, pues tal proporcionalidad no hace sino atender a un particular modo de distribución de la jornada muy similar al trabajo temporal⁶⁷. De hecho nuestros Tribunales vienen reduciendo proporcionalmente la duración del periodo vacacional por ausencias al trabajo voluntarias y en particular los periodos de suspensión del contrato⁶⁸ a cuyo régimen se equipara el fijo discontinuo, aún cuando los periodos de inactividad no se ajusten propiamente al instituto de la suspensión. Por otra parte, el derecho a vacaciones retribuidas exige la equiparación del salario correspondiente al periodo de actividad equivalente⁶⁹, aún más vistas las vacaciones –y, en general, los descansos– como una institución enmarcada en el ámbito de la distribución de la jornada y su retribución como salario diferido⁷⁰. Por consiguiente, y en orden al principio de sinalgmaticidad del contrato de trabajo, la proporcionalidad del derecho del fijo discontinuo a vacaciones retribuidas encuentra una mayor adecuación en la proporcionalidad de su duración y el mantenimiento íntegro del salario durante las mismas. De lo contrario, de mantenerse la equivalencia de su duración, la proporcionalidad de su retribución a la duración de la

⁶⁵ Por el contrario, el criterio de la equiparación en la duración de las vacaciones del trabajador a tiempo parcial distorsiona la finalidad de la vacación cuando de trabajo a tiempo parcial de escasa entidad se trata en opinión de F. LÓPEZ MORA, "El contrato a tiempo parcial", cit., pág. 73 y 74.

⁶⁶ J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 188.

⁶⁷ De hecho, parece pacífico que el fijo discontinuo vea proporcionada la duración de sus vacaciones: P. CHARRO BAENA, "El derecho a vacaciones en el ámbito laboral", cit., pág. 276 a 280; J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 188 y 189; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 318 y 319; J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 127. Sobre la anualidad y proporcionalidad de las vacaciones al periodo de servicios madurado en el año, véase: J. MATIA PRIM, "Vacaciones anuales", cit., pág. 410 a 412.

⁶⁸ Véase: F. FITA ORTEGA, "Límites legales a la jornada de trabajo", cit., pág. 61 a 63; J. MATIA PRIM, "Vacaciones anuales", cit., pág. 412 a 423; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 319. Los supuestos de IT, maternidad y huelga legal y cierre legal de la empresa no incidirán en la duración de las vacaciones (M^a.L. RODRÍGUEZ COPÉ, "La suspensión del contrato de trabajo", CES, Madrid, 2004, pág. 58 a 60, 116, 302, 303, 306 y ss.). Esta es una de las razones aducidas en favor de la proporcionalidad de la duración de la vacación a la prestación efectiva de servicios, una vez que deriva de la jornada pactada en el contrato y como tal voluntaria (por ejemplo: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 73). Sin embargo, el descuento de los periodos suspensivos, fundamentados -entre otros- en que a lo largo de los mismos cabe el descanso y esparcimiento, no es predicable incondicionalmente dada su distribución respecto del trabajo a tiempo parcial (sobre la posibilidad de fraccionamiento de las vacaciones, véase: J.F. ESCUDERO ESPINOSA, "La duración de las vacaciones anuales del trabajador en el tratamiento jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia", A.L., T.I., 1995, pág. 122; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "El régimen jurídico...", cit., pág. 90 y 91).

⁶⁹ J. MATIA PRIM, "Vacaciones anuales", cit., pág. 454 a 457; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 322.

⁷⁰ Vid.: M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 101 a 106; J. MATIA PRIM, "Vacaciones anuales", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1982, pág. 393 a 396, 408.

jornada anual requeriría de complicados cálculos para conocer el salario mensual ficticio y, hasta la concesión de un descanso no retribuido⁷¹. Por el contrario, proporcionar la duración de las vacaciones del trabajador a tiempo parcial común a su jornada anual reducida, siguiendo el criterio anteriormente expuesto de percepción en dicho período de salario equivalente, supondría la doble reducción de su derecho, con quiebra –precisamente– de la proporcionalidad que se pretende defender⁷². Consecuentemente, y caso de disponer el Convenio Colectivo la duración proporcional de las vacaciones en función de la menor jornada o de los días de trabajo efectivo del trabajador a tiempo parcial, lo que no cabe en ningún caso es la duplicación de la referida reducción proporcional, añadida entonces la reducción de la retribución de las mismas.

Finalmente, son apreciables algunos problemas específicos del trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo en relación con las vacaciones. Así, cuando los períodos en que se interrumpa la actividad sean superiores o equivalentes al tiempo que corresponda por vacaciones, éstas podrán verse absorbidas o disfrutadas por/en tales períodos, como comúnmente sucede en el fijo discontinuo, manteniéndose, por supuesto, la retribución proporcional de las mismas, que constará en el finiquito al final de temporada (Art. 29 ET)⁷³. Por otra parte, en caso de transformación de la relación, la retribución de las mismas se hará en función de la media del trabajo desarrollado en el período de maduración del derecho⁷⁴. Y otro problema específico del trabajo a tiempo parcial es el que se plantea –también– frente al descanso semanal, festividades y vacaciones respecto de un trabajador vinculado por una pluralidad de relaciones. La cuestión se puede resolver de dos formas: garantizando en la medida de lo posible la efectividad del derecho a través de la consideración de todas ellas en su

⁷¹ Vid.: H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 322.

⁷² En similar sentido: F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 70 a 72.

⁷³ J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de...”, cit., pág. 188 y 189; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 246 y 247; J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, cit., pág. 126 y 127. También en este sentido, con exposición sucinta de las fórmulas más frecuentes en la negociación colectiva sobre compensación y/o disfrute efectivo de las vacaciones del fijo discontinuo: P. CHARRO BAENA, “El derecho a vacaciones...”, cit., pág. 279 y 280. Lo que es distinto de la mera compensación económica de las mismas, ya que el período vacacional debe entenderse como una prolongación “del contrato inicial de la temporada”, de manera que, fijadas las fechas de las vacaciones en pacto colectivo al final de la temporada la situación de baja por ILT durante dicho período no permite su disfrute en otra fecha ni su sustitución por compensación en metálico: [S. TSJ. Baleares 21-1-1992 (204)]. Respecto de la IT y maternidad iniciados con anterioridad a la fecha del disfrute véase: M^a.L. RODRÍGUEZ COPE, “La suspensión...”, cit., pág. 117 a 120]. De hecho, se viene admitiendo la licitud de reglas particulares fijadas por convenio colectivo sobre la ubicación y comunicación de las vacaciones del fijo discontinuo, normalmente situadas al final de la temporada y con escasa o nula participación de la voluntad del trabajador, dado que con ello la negociación colectiva responde a las singularidades de la modalidad contractual, particularmente a la imprevisibilidad de la duración de su prestación y consiguiente duración y momento de las vacaciones: S. TSJ. Baleares 3-2-2000 (AS. 393). Y ubicadas las vacaciones una vez concluida la campaña, el trabajador debe mantenerse en alta con cotización durante su disfrute, sin que sea situación legal de desempleo ni tenga derecho a prestaciones hasta finalizadas aquéllas: S. Juzgado de lo Social Navarra/Pamplona 11-9-2003 (AS. 3671); S. TSJ. Navarra 6-6-2003 (AS. 3037); S. TSJ. Baleares 7-7-1992 (AS. 3913). Respecto de los medios de fijación de las fechas de vacaciones, véase: J.F. ESCUDERO ESPINOSA, “La duración...”, cit., pág. 117 a 120. Un supuesto de despido del fijo discontinuo por fijar el trabajador unilateralmente sus vacaciones: S. TSJ. Navarra 14-4-1992 (1857).

⁷⁴ M^a.L. DE CRISTOFARO, “Lavoro part-time”, cit., pág. 436; P. DUI, “Il rapporto...”, cit., pág. 98. En jurisprudencia: Pret. Arezzo, 14 abril 1988; Cass. 9 noviembre 1981, n.º 5932; Pret. Milano, 11-30 mayo 1978; Trib. Milano, 4 abril 1986 (sentencia comentada por F. AMATO, “Brevi osservazioni su part time e retribución feriale”, RIDL, 1986, n.º 4, pág. 742 a 748, y por L. GUAGLIANONE, “Part-time, ferie, retribuzione”, RIDL, 1987/n.º 1, pág. 163 a 173); Pret. Arezzo, 14 abril 1988 (C. FILADORO, “Il part-time”, Lavoro e Previdenza Oggi, cit., pág. 1537 a 1539).

conjunto⁷⁵, o bien, prescindiendo de la real fruición, referir los descansos a cada uno de los vínculos jurídicos independientemente considerados⁷⁶. Esta es una cuestión no abordada por nuestro legislador, sin que quepa la imposición del efectivo disfrute del descanso tampoco, y con más motivo, para el trabajador a tiempo parcial pluriempleado una vez que no se impone al trabajador a tiempo completo⁷⁷ y, en este caso en particular, quedaría seriamente cuestionado su derecho al trabajo y a una retribución suficiente del Art. 35 CE).

En cuanto a los permisos retribuidos, vistos los términos del Art. 37.3 ET⁷⁸ y vista la finalidad de aquellos de atender determinadas necesidades personales del trabajador ajenas, por consiguiente y en virtud de ambas razones enunciadas, de la entidad de la jornada, deben disfrutarse íntegramente por los trabajadores a tiempo parcial⁷⁹, con independencia de que se retribuyan proporcionalmente al tiempo de trabajo⁸⁰ y

⁷⁵ Vid.: S. GRASSELLI, "Il lavoro... ", cit., pág. 244 y 245; M^a.L. DE CRISTOFARO, "Lavoro part-time", cit., pág. 435.

⁷⁶ L. CARBONE, "Tutela del lavoratore part-time", cit., pág. 807 y 808; P. DUI, "Il rapporto di lavoro a tempo parziale", cit., pág. 93; P. ICHINO, "Il lavoro... ", cit., pág. 132.

Pese a considerar más adecuada la suma de la jornada del conjunto de relaciones laborales con que se vincule el trabajador, reconoce la consideración legislativa individualizada de cada una de las relaciones respecto de su disfrute (C. FILADORO, "Il part time", Piloni, Milano, 1997, pág. 87 y 88).

⁷⁷ En este sentido: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 244. Véase sobre la problemática del posible carácter forzoso del descanso para el trabajador: F. FITA ORTEGA, "Límites legales a la jornada de trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 65 a 69.

⁷⁸ Como indica SÁNCHEZ TRIGUEROS, argumentar la proporcionalidad de la duración del permiso supone en cierto modo vincular el mismo a su previo devengo, es decir, se asimila a los derechos que se deducen a medida que se trabaja, cuando, por el contrario, el art. 37 ET no condiciona el disfrute del permiso a periodos previos de trabajo. Por otra parte, la ausencia de referencia expresa a cualquier restricción del derecho en el art. 37 ET resta justificación a una interpretación restrictiva de los mismos, contraria al principio general de interpretación más favorable para el trabajador, al no distinguir el intérprete donde el legislador no distingue, y el principio general de equiparación del propio art. 12.4.d) ET. Hemos de reconocer, no obstante, lo escasamente decisivo de ésta última razón, en la medida en que el Convenio Colectivo pueda establecer la proporcionalidad en la duración de los mismos, precisamente, atendiendo "a su naturaleza". Sin embargo, en general no parece que quepa una regulación peyorativa o restrictiva de los permisos por negociación colectiva, enmarcándose probablemente el papel de la misma en su mejora y modalización de su disfrute (C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, "Los permisos retribuidos del trabajador", Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 48, 49, 69 a 71). Así lo entiende la doctrina respecto de los fijos discontinuos, en cuanto la regulación de los permisos del ET constituye mínimos de derecho necesario de regulación completa y sin necesidad decisiva de concreción por negociación colectiva de su modalidad de ejercicio (J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral... ", cit., pág. 188 a 190).

⁷⁹ Sí nos parece admisible que el Convenio Colectivo prevea la proporcionalidad en relación a la menor jornada de los días de asuntos propios que pueda disfrutar el trabajador a tiempo parcial en tanto que creados por el Convenio Colectivo, sometidos a las necesidades del servicio, y asimilados a la ampliación vacacional (en este sentido: C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, "Los permisos retribuidos del trabajador", Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 49. Admite la proporcionalidad del número de días de asuntos propios en función de la jornada de trabajo: S. TSJ. Asturias 17-9-1993 (3993) -o de la duración del contrato: S. TSJ. Galicia 11-2-1998 (23)-]. Pero en defecto de especificación del convenio colectivo aplica la equiparación como regla general del art. 12.4.d) ET: S. TSJ. Madrid 31-10-2003 (AS. 2004/713). En cambio, con discutible razonamiento admite la exclusión de los fijos discontinuos irregulares de los permisos retribuidos para asistir a consulta de médico especialista por prescripción de facultativo de la SS; la razón de la exclusión -ni siquiera de la proporcionalidad- estriba en que éstos pueden tener una ocupación de duración inferior a los seis meses de los fijos con garantía de ocupación: S. TSJ. Baleares 3-2-2000 (AS. 393). Más razonable podría parecer en un principio la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial que trabajan los fines de semana del derecho a una hora de permiso retribuido para ir a cobrar al banco y limitarse a los trabajadores que trabajan de lunes a viernes, días en que están abiertas tales entidades, tal y como refieren las SS. TSJ. Madrid 29-11-1996 (AS. 4386) y 5-3-2003 (JUR 2004/166857).

⁸⁰ Razón aludida por sectores doctrinales para apoyar la equiparación de la duración del permiso (en este sentido: C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, "Los permisos retribuidos del trabajador", cit., pág. 49).

que la necesaria intermediación de la causa y el disfrute del permiso⁸¹ o, caso en que el permiso consista en el disfrute del tiempo imprescindible para la realización de la actividad de que se trate, impidan ocasionalmente, según sea la distribución de la jornada, la efectiva fruición del mismo por el trabajador a tiempo parcial⁸². Desde esta perspectiva, tal equiparación es fácilmente predicable del conjunto de ellos. Así, del permiso de quince días por matrimonio (Art. 37.3.a) ET)⁸³; de los dos días –o cuatro caso de desplazamiento –por nacimiento de hijo o por fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (Art. 37.3.b) ET); de un día por traslado del domicilio habitual (Art. 37.3.c) ET); por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público y personal (Art. 37.3.d) ET)⁸⁴; para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente (Art. 37.3.e) y 68.e) ET, Art. 9.1.a, 9.2 y 10.3 LOLS y 37 LPRL); por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo (Art. 37.3.f) ET); de los permisos necesarios para concurrir a exámenes –y en su caso la preferencia para elegir turno de trabajo– del Art. 23.1.a) ET y a la adaptación de su jornada ordinaria para asistencia a cursos de formación profesional o concesión del permiso de formación o perfeccionamiento profesional del Art. 23.1.b) ET⁸⁵; el permiso de cuatro días laborables por cada tres

⁸¹ Como criterio general impuesto por la lógica o funcionalidad de los mismos, salvo los casos excepcionales en que la negociación colectiva concede mayor libertad al trabajador para el disfrute del permiso por matrimonio (C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Los permisos retribuidos del trabajador”, cit., pág. 52).

⁸² J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 70 y 71; -permisos de los art. 23 y 37.3 y 4 ET.- J. GARCÍA BLASCO, “El papel de la negociación colectiva...”, cit., pág. 58; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 248 y 249; M. IGLESIAS CABERO y J.M. MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 35; F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 74 y 75; C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Los permisos retribuidos del trabajador”, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 48 y 49; J. YANINI BAEZA, “El trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 21.

⁸³ Parece pronunciarse en contra respecto de este permiso en concreto: M.ª J. ABELLA MESTANZA y J. GARCÍA VIÑA, “Los permisos de matrimonio y mudanza”, Tribuna Social, n.º 65, 1996, pág. 29.

⁸⁴ La duración de este permiso está en función del tiempo imprescindible para su realización, lo que lógicamente tendrá que valorarse casuísticamente en atención a la causa que lo genere y a la cantidad y distribución de la jornada de que se trate (al respecto, véase: E. RAYÓN SUÁREZ, “Descanso semanal, fiestas y permisos”, en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982, pág. 338 y 339. Por ejemplo, y caso de ser Presidente o vocal de Mesa Electoral, los trabajadores a tiempo parcial tendrán derecho a disfrutar íntegramente de los derechos reconocidos en el art. 28.1 LO 5/85, de 19 de junio, de Régimen Electoral General. Por el contrario, y en principio, el permiso para el ejercicio del sufragio activo se reduce proporcionalmente en atención a la duración también reducida de la jornada del día de las elecciones según art. 13.1 RD. 605/1999 de 16-4, sobre regulación complementaria de los procesos electorales (vid: J.C. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, “Del permiso laboral para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Comentario del apartado d) del n.º 3 del artículo 37 del ET”, Tribuna Social, n.º 65, 1996, pág. 50; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 254 y 255; C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Los permisos...”, cit., pág. 147).

⁸⁵ De lo contrario se verían disminuidas las posibilidades de promoción profesional del trabajador a tiempo parcial, en contra de la orientación que propugnan el artículo 9.2 del Convenio OIT y los artículos 15 y 17 de la Recomendación OIT. Ambos sobre el trabajo a tiempo parcial, de la Cláusula 5.3.d) de la Directiva CE sobre el trabajo a tiempo parcial, y del propio art. 12.4.f) ET, que aún con formulación programática y similar a la de la norma comunitaria, llama a los Convenios Colectivos a establecer medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales; en definitiva, la voluntariedad y calidad del trabajo a tiempo parcial (Acuerdo sobre el trabajo a tiempo parcial de 13 de noviembre de 1998, I.2.5). Bajo estas consideraciones se encuentran incluidos en las acciones de formación continua los trabajadores fijos discontinuos, irregulares y periódicos, en los períodos de inactividad [art. 3.2.a) RD. 1046/2003, de 1 de agosto, art. 4.b) O. TAS 500/2004, de 13 de enero, art. sexto.1b) O. TAS/2783/2004, de 30 de julio]. Si bien los permisos individuales para la formación regu-

meses de desplazamiento, sin computar como tales los invertidos en los viajes (Art. 40.4, segundo párrafo ET)⁸⁶; y a la licencia de seis horas semanales del Art. 53.2 ET con la finalidad de buscar un nuevo empleo⁸⁷.

No obstante, si en términos generales la doctrina ha defendido la equiparación de los trabajadores a tiempo parcial en materia de permisos y licencias, puntual o sesgadamente, se han mantenido posturas diversas. Una en atención a concretos permisos y a su funcionalidad dependiendo de la entidad y colocación de la jornada. Otra en razón a un criterio uniforme y divisor de los permisos según cual sea el interés que se atienda, empresarial o del trabajador, y en éste último caso, la intervención de la voluntad del trabajador en la ubicación del permiso, es decir, que tenga «un cierto margen de elección del tiempo de disfrute» o del momento de atención personal a la situación causante del permiso. Así en este último caso, se ha justificado su ponderación según sea la distribución de la jornada y el permiso de que se trate, de forma casuísticamente se pueda exigir la no coincidencia del mismo con la prestación laboral, su proporcionalidad o, finalmente, su devengo íntegro⁸⁸. Desde

lados en tales preceptos sólo procederán en los períodos de actividad, toda vez que se condicionan como tales al horario de trabajo [art. 2.b) O. TAS 500/2004]. No obstante, cabe apreciarse discriminación indirecta por razón de sexo cuando los trabajadores a tiempo parcial participen en acciones formativas a cargo de la empresa que sean necesarias o reviertan en beneficio de ésta, sin remuneración o compensación de las horas invertidas fuera de su horario cuando los trabajadores a tiempo completo, en cambio, vean íntegramente compensada su participación. Así se apreció por el TJCE respecto de la asistencia de los trabajadores a tiempo parcial en cursos de formación para representantes como veremos al tratar los derechos colectivos. Probablemente por ello, y para garantizar la promoción en el trabajo a tiempo parcial en condiciones de igualdad real, GONZÁLEZ DEL REY propuso respecto del trabajo a tiempo parcial la sustitución de las horas empleadas en estos permisos por otras de trabajo con independencia de que coincidan en su colocación con la jornada pactada (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 252). En cualquier caso, cuando la adaptación de la jornada consista en su reducción (vid.: J. GARCÍA MURCIA, “El derecho a la promoción...”, cit., pág. 211), también podrá beneficiar a los trabajadores a tiempo parcial, proporcional o equiparadamente, a depender de la forma en que se haya previsto convencionalmente y siempre atendiendo a criterios de razonabilidad. No obstante, el derecho de adaptación de la jornada o permiso con reserva de puesto de trabajo, susceptible de ser especificado por la negociación colectiva y de compatibilización con las necesidades de la organización empresarial (F. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, “Jornada reducida”, en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, cit., pág. 215 y 217), puede no ser eficaz si en razón de la cantidad y, sobre todo, distribución de la jornada no se hace necesario o forzosamente coincidente con la prestación adeudada.

Distinto del deber de formación del art. 19 LPRL., y que no constituye un permiso sino un deber empresarial y una obligación, a su vez, para el trabajador de recibir y aprovechar dicha formación (C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “Los permisos...”, cit., pág. 229). No obstante, la posibilidad subsidiaria de formación fuera de la jornada del trabajador, y aún descontada de ésta, plantea en el trabajo a tiempo parcial nuevamente la problemática particular de la absoluta delimitación de los márgenes de su tiempo de disposición ex art. 12.4.a) y 5.h) ET/98.

⁸⁶ Días que por tener su causa en una modificación impuesta por la empresa no puede hacerse con cargo o perjuicio al trabajador, proporcionándose su disfrute a la jornada pactada con el mismo ni a su distribución (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 251). Considerados los cuatro días laborables referidos al concreto trabajador, es decir, como exención de trabajo durante los mismos, en el trabajo a tiempo parcial las posibles disfuncionalidades derivadas de la particular distribución de la jornada que se pacte podrán ser salvadas mediante acuerdo entre empresa y trabajador a través de la retribución de dichos días aún cuando no todos ellos sean laborables para el trabajador a tiempo parcial, que se compensen con otros días de trabajo en otro momento, o que se amplíe la jornada a través, si ello es posible, del uso de horas complementarias en una cantidad razonable en atención a la jornada habitual del trabajador (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 251).

⁸⁷ En el supuesto de tratarse de un fijo discontinuo y producirse el despido en el período intercampanas, corresponderá igualmente la compensación económica de esas seis horas de “licencia” en atención a la finalidad de la medida que no es otra que la de facilitar la búsqueda de un nuevo empleo con cargo al empresario desistido (J. YANINI BAEZA, “La contratación de fijos discontinuos...”, cit., pág. 152).

⁸⁸ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 249 a 257 (se adscribe a tal postura: T. SALA FRANCO, “Los principios de ordenación del contrato de trabajo a tiempo parcial”, en AAVV -coord. M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial”, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 76). Caso que el hecho causante y el momento del disfrute no dependan de la voluntad del trabajador, rige la regla de

ambas perspectivas, se concibe que la regulación del Art. 37 ET tuvo como modelo el contrato a tiempo completo, como que la negociación colectiva podría cumplir un trascendental papel en la especificación, interpretación y adecuación de la normativa común y ejercicio de tales derechos para el trabajo a tiempo parcial, de modo que redujese la inseguridad jurídica al respecto así como pautas de comportamiento abusivo y arbitrario derivado de la escasez normativa del Art. 12.4.d) ET y del uso del pacto individual⁸⁹. Y también desde la segunda postura, se advierte el sustrato de la presunción del abuso o del fraude del trabajador a tiempo parcial en el uso de tales licencias, la presunción de que éste con la única intención de zafarse del trabajo adeudado ubicará estratégicamente las correspondientes licencias en detrimento de los intereses empresariales y de los fines legales igualmente burlados.

Ahora bien, de ser así, similar conducta sería también posible en el trabajo a tiempo completo, estando alumbradas la totalidad de las relaciones laborales por el principio de buena fe, no sólo la parcial, y siendo reprimible por el empresario en todo caso el abuso de derecho o el fraude. Además, por razones evidentes comunes a todo contrato de trabajo y acentuadas por la precariedad de nuestra modalidad contractual, es más que probable en la práctica la autocontención en el uso de los permisos sin necesidad de mayores trabas que protejan los intereses empresariales. En segundo lugar, tal doctrina no defiende únicamente la proporcionalidad del permiso, sino la desaparición del mismo en cuanto se condiciona a la imperiosidad de su disfrute dentro de la jornada laboral, opción hoy vedada en términos generales por el Art. 12.4.d) ET que ofrece en principio como única alternativa a la equiparación la proporcionalidad. Las potestades discrecionales del empresario en orden a la concesión del permiso a disfrutar por el trabajador a tiempo parcial no pueden ser, por consiguiente, más amplias que las que aquél ostente frente a los trabajadores a tiempo completo, siendo éstas muy escasas en cuanto concebido el permiso como derecho del trabajador no sometido a autorización empresarial⁹⁰. Además, de concederse por Convenio Colectivo mayor libertad para el uso del permiso, difícilmente podría traducirse aquélla en una carga para el trabajador a tiempo parcial, que a lo sumo podrá ver modalizados por el propio Convenio su disfrute o cómputo del permiso de forma razonablemente distinta que los trabajadores a tiempo completo, pero no reducida la dura-

equiparación del trabajador a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo completo, disfrutando íntegramente de tales derechos (ej.: permisos para la realización de exámenes (art. 23.1.a) ET), para el cumplimiento de un deber público de carácter personal (art. 37.3.d) ET), para la realización de pruebas prenatales o de preparación al parto (art. 37.3.f) ET) y, si no hay margen de elección por el trabajador para el disfrute del permiso también por nacimiento de hijo, fallecimiento de familiar, accidente o enfermedad graves (pág. 250). También se disfrutarían íntegros los permisos y licencias reconocidos en interés del empresario tales como los de formación profesional del art. 23.1.b) ET y los impulsados por el III del Acuerdo Nacional de Formación Continua, el crédito horario de los representantes de los trabajadores (art. 37.3.e) y 68.e) ET, 9.1 los de retorno al domicilio de origen cada tres meses de desplazamiento del art. 40.4 ET, la licencia retribuida para la búsqueda de un nuevo empleo del art. 53.2 ET (pág. 251 y 252). Por el contrario, se valorará ponderadamente según sea la distribución de la jornada pactada (horizontal, vertical y, dentro de ésta, fija discontinua), el disfrute de los permisos y licencias reconocidos en interés exclusivo del trabajador cuándo éste pueda elegir el momento de su disfrute, negándose o proporcionándose en su caso o bien, reconociéndose la licencia o permiso íntegramente [ej.: licencia de quince días por matrimonio (art. 37.3.a) ET), por traslado de domicilio habitual (art. 37.3.c) ET), para el ejercicio del sufragio activo (art. 37.3.d) ET) y en ocasiones por nacimiento de hijo, enfermedad o accidente grave o fallecimiento de un pariente (art. 37.3.b) ET)] (pág. 253 a 255).

⁸⁹ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 324 y 325.

⁹⁰ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, "Los permisos...", cit., pág. 33 y 34.

ción de aquél o forzado su disfrute en un momento diverso del correspondiente al hecho causante –por ejemplo, respecto del fijo-discontinuo, a los períodos intercambiables—. Llevadas estas consideraciones a sus últimos extremos, y aún tratándose de supuestos de suspensión de la relación laboral y no de interrupciones, podrían extenderse, o al menos cuestionarse, a la limitación de los márgenes de libertad en la distribución del período suspensivo del Art. 48.4 ET. Finalmente, y ante todo, los permisos del Art. 37 ET entrañan una valoración superior de las necesidades humanas, tal y como las entendemos hoy socialmente, sobre el trabajo, propugnables consecuentemente respecto del trabajo a tiempo parcial.

En particular, respecto del permiso de lactancia, un sector doctrinal viene afirmando la integridad del derecho, aún cuando éste absorba la jornada del trabajador por entero, puesto que la jornada normal a reducir se identifica con la que se viniera realizando por la trabajadora –postura mantenida con anterioridad a la L. 39/99, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras con apoyo jurisprudencial en sentencias como la del TCT 16-4-1985 y la de la AN de 26-2-1990⁹¹–, y dado que la finalidad de la norma, es precisamente la de atender al incremento de las obligaciones familiares, y en particular, la protección de la maternidad y la tutela del hijo, no está causalizada, no depende de la jornada del trabajador⁹². Efectivamente, si uno de los principales argumentos utilizados para negar la equiparación del trabajo a tiempo parcial respecto del trabajo a tiempo completo en materia de permiso de lactancia ha sido la referencia del precedente Art. 37.4 ET a la «jornada normal», considerada ésta, aún cuando –según se ha expuesto– no unívocamente como la completa⁹³, los actuales términos del referido párrafo modifican en sentido opuesto la expresada conclusión⁹⁴.

⁹¹ En este sentido, por ejemplo: F. LOUSADA AROCHENA, "El permiso de lactancia", R.L., T.II, 1996, pág. 166. Respecto de las referidas sentencias, véase: Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, "Pausas intra-jornadas", en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo", cit., pág. 269. Por el contrario, GONZÁLEZ DEL REY, considera que tales sentencias no pueden ser utilizadas como apoyo a la tesis expuesta en el texto puesto que están referidas a jornadas reducidas respecto de la máxima legal, pero completas y normales en su ámbito de aplicación (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 255).

⁹² J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 71.

⁹³ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 255 y 256. Por el contrario, sectores doctrinales entendieron que el art. 37.4 ET, al no hacer excepción alguna respecto del trabajo a tiempo parcial y admitirse la acumulación, además por nuestros Tribunales -si bien la cuestión no fue pacífica-, del permiso por lactancia y la reducción de jornada por guarda legal, era aplicable en sus estrictos términos a esta modalidad contractual; los autores parten, por consiguiente, de la identificación de la «jornada normal» con aquella que el trabajador viniera realizando (por ejemplo: M.S. ALONSO LIGERO, "Lactancia y guarda legal", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1982, pág. 367 y 368. En el mismo sentido: F. LOUSADA AROCHENA, "El permiso de lactancia", cit., pág. 166, 180, 181. Véase también: J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", R.L., n.º. 24, 1999, pág. 15).

⁹⁴ El cambio de redacción del art. 37.4 ET con la Ley 39/99, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ha proporcionado mayor fuerza a este argumento por cuanto para referirse a la jornada a reducir no utiliza el término «jornada normal», sino «su jornada». En este sentido, por ejemplo, considera que la nueva redacción aclara la problemática suscitada anteriormente sobre la extensión del derecho incondicionalmente al trabajo a tiempo parcial: P. RIVAS VALLEJO, "La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica", Tribuna Social, n.º. 108, 1999, pág. 11, 14 y 16. También parece deducirse esta opinión de: J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", R.L., n.º. 24, 1999, pág. 15. En este sentido, incidentalmente se pronuncia: S. TSJ. Cataluña 18-3-2003 (AS. 1955). Y por jornada «normal» a que se refería el precedente art. 37.4 ET debe entenderse la de la trabajadora, pues de lo contrario quedarían marginadas las trabajadoras a tiempo parcial: S. TSJ. Cataluña 8-3-1999 (AS. 1721).

Además, admitida por nuestros Tribunales la compatibilidad de la pausa por lactancia y la reducción de la jornada del Art. 37.5 ET⁹⁵, la reducción proporcional de los derechos discutidos respecto de los trabajadores a tiempo parcial probablemente no superaría el examen de razonabilidad para las jornadas a tiempo parcial de entidad similar. La reducción de jornada por lactancia aunque pudiese entenderse relacionada efectivamente con la duración de la jornada, en cuanto el interés que atiende está en función del tiempo de trabajo comprometido⁹⁶, como muestra el hecho de que el derecho mismo pueda consistir bien en la ausencia de una hora o, sobre todo, en una reducción de aquélla y aún cuando no pueda dejar de reconocerse ocasionalmente la razonabilidad de la reducción proporcional del derecho en función de la entidad de la jornada diaria adeudada por el trabajador⁹⁷, no parece, vistos los términos lineales del Art. 37.4 ET⁹⁸ que se admita indubitada e incondicionalmente su reducción por negociación colectiva o, en términos generales, la regulación de su ejercicio de forma reductiva⁹⁹, salvo, a lo sumo, en supuestos de contrato a tiempo parcial de jornada diaria muy reducida. Similar postura puede mantenerse respecto del derecho a ausentarse del trabajo durante una hora y de reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas con reducción proporcional del salario del Art. 37.4.bis ET.

Por lo que se refiere a la reducción de jornada por guarda legal o cuidado directo de un familiar del Art. 37.5 ET, la equiparación del trabajador a tiempo parcial al respecto no parece que merezca mayores dudas. Así lo impone el carácter no retribuido del tiempo que se reduzca¹⁰⁰; la determinación de los márgenes de la reducción en términos proporcionales a la jornada original¹⁰¹; la clara preponderancia de los intereses del trabajador y de valoración que de la necesidad propia se haga por éste frente a los intereses o conveniencia del empresario, aún más claro tras la incorporación

⁹⁵ Véase: C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, "Los permisos... ", pág. 190 y las dos notas precedentes. Admite su compatibilidad: S. TSJ. Cataluña 18-3-2003 (AS. 1955); SS. TSJ. Comunidad Valenciana 24-5-2002 (AS. 2003/2289) y 25-4-2002 (AS. 2003/1125); S. TSJ. País Vasco 24-4-2001 (AS. 2101); S. TSJ. Cataluña 8-3-1999 (AS. 1721). En contra, son incompatibles: S. Juzgado de lo Social de Barcelona, núm. 1 de 9-1-2002 (1297).

⁹⁶ En este sentido se pronuncia MERINO SENOVILLA, que advierte también en el supuesto en que el ejercicio del derecho absorba la totalidad de la jornada del trabajador a tiempo parcial la quiebra de la sinalagmaticidad contractual (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 324. En similar sentido, sumando el argumento ya expuesto de la libertad del trabajador en la colocación del permiso: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 256). En nuestra opinión, no hay en este supuesto mayor quiebra de dicho principio que el que pueda producirse, por ejemplo, en el contrato a tiempo completo, pues tal reducción de jornada siempre es retribuida.

⁹⁷ En este sentido, destacando la medida como la más acorde, además desde la perspectiva del pluriempleo a tiempo parcial: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 256.

⁹⁸ De "odiosa" califica la reducción del permiso de lactancia en el trabajo a tiempo parcial por contravenir los intereses de la mujer, que habitualmente concede más importancia al cuidado de los hijos que a sus intereses laborales y económicos: F. LOUSADA AROCHENA, "El permiso de lactancia", cit., pág. 166.

⁹⁹ Vid.: F. LOUSADA AROCHENA, "El permiso de lactancia", cit., pág. 182.

¹⁰⁰ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 257.

¹⁰¹ Lo que parece indicar que la jornada es efectivamente la del trabajador particularmente considerado, así como garantía de la proporcionalidad de la reducción a la jornada del trabajador también en los supuestos de pluriempleo a tiempo parcial (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 257). Aún cuando la L. 39/99 no haya precisado en el apartado 5º del art. 37 ET tal cuestión de forma similar a como ha hecho con la reducción de jornada por lactancia, el apartado 6º de dicha disposición sí se refiere a «su jornada ordinaria», referida ésta a la del concreto trabajador (P. RIVAS VALLEJO, "La relación... ", cit., pág. 19 y 20).

del nuevo apartado 6° al Art. 37 ET¹⁰², y aún cuando, desde luego, la opción del trabajador no pueda ser abusiva ni causar arbitrariamente perjuicios al empleador¹⁰³; y, en cierto modo, la orientación marcada por la Consideración general 5° de la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial, por la que se destaca el papel que puede desempeñar esta modalidad contractual en la conciliación de la vida profesional y familiar¹⁰⁴. Finalmente, confirma nuestra posición la nueva causa de denuncia del pacto sobre horas complementarias del Art. 12.5.g) ET, acumulativa, entendemos, a la facultad de reducción de jornada ordinaria. En cualquier caso, de no denunciarse el pacto de horas complementarias por tal causa, la reducción de la jornada ordinaria debe conllevar a su vez el recálculo del número de horas complementarias a realizar en el supuesto de que éstas coincidan con los máximos legales o convencionales previstos. Lógicamente las trabajadoras a tiempo parcial víctimas de la violencia de género también podrán ejercer su derecho de reducción o de reordenación de su tiempo de trabajo en los términos previstos en el Art. 37.7 ET¹⁰⁵.

No cabe duda de la extensión del derecho a solicitar la excedencia voluntaria en igualdad de condiciones al trabajador a tiempo parcial puesto que los Art. 46.2 y 3 ET otorgan un derecho subjetivo ejercitable frente al empresario¹⁰⁶, como tampoco se duda el derecho a suspender el contrato en virtud de las causas previstas en el Art. 45.1 ET y que caso de concurrir también provocarán la incompatibilidad con el trabajo aún a jornada parcial¹⁰⁷.

¹⁰² En tanto un sector doctrinal ha barajado la posibilidad de que el trabajador a tiempo parcial en virtud de la menor jornada que supone tal modalidad contractual, puede ver satisfecha de por sí la finalidad tutelada por el art. 37.5 ET (en este sentido: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 256 y 257), en nuestra opinión, tal valoración no corresponde sino al trabajador en el marco del ámbito del derecho que el legislador otorga a éste; su automaticidad, una vez acreditada la situación protegida, el establecimiento de mínimos de reducción de jornada en favor y a elección del trabajador y la escasa o nula valoración de los perjuicios que puedan causarse en la organización empresarial así lo corrobora (vid.: M.S. ALONSO LIGERO, "Lactancia y guarda legal", cit., pág. 378 y 379; J. CARCELEN GARCÍA, "El sistema de trabajo a turnos", Fundación Confemetal, Madrid, 2000, pág. 346 a 349; J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reciente...", cit., pág. 18 a 21; F. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, "Jornada reducida", en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo", cit., pág. 208 a 211; P. RIVAS VALLEJO, "La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica", cit., pág. 15, 16 y 20).

¹⁰³ N. CORTE HERRERO, "El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal", *Aranzadi Social*, T. V, 1998, pág. 860 a 862.

¹⁰⁴ Vid.: J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reciente...", cit., pág. 16.

¹⁰⁵ Con propuesta de lege ferenda de amparo de esta reducción de jornada en el art. 203.3 LGSS: J.I. GARCÍA NINET, "Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección integral contra la violencia de género (II)", *Tribuna Social*, nº 170, 2005, pág. 6. Sobre la interpretación del precepto, véase: M^a.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La dimensión laboral de la violencia de género", *Bomarzo, Albacete*, 2005, pág. 45 y ss.

¹⁰⁶ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 76. El reingreso de la trabajadora tras la excedencia con contrato a tiempo parcial de 7,5 horas a la semana debe hacerse en las mismas condiciones anteriores a aquélla, sin que quepa aplicar las nuevas normas de cotización reducida previstas para el contrato a tiempo parcial marginal concertado a partir de la vigencia del RD-L. 18/93: S. TSJ. Cataluña 22-1-1998 (AS. 555).

¹⁰⁷ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 271; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 75 y 76. No constituye suspensión por mutuo acuerdo sino extinción voluntaria y unilateral la no reincorporación del trabajador fijo discontinuo llamado, con comunicación del motivo -trabajar para otra empresa- y sin advertencia por la empresa de las consecuencias de dicha negativa: S. TSJ. Andalucía/Granada 2-6-1992 (AS. 3176). La prestación de servicio militar es un paréntesis que no rompe la continuidad de las contrataciones temporales en sucesivas temporadas a efectos de la adquisición de la fijeza discontinua, toda vez que aquélla se articula como una causa de suspensión ex art. 45 ET: S. TSJ. Cataluña 6-2-1995 (AS. 683). Véase también el epígrafe de este Capítulo dedicado a otros significados de la antigüedad en el contrato a tiempo parcial y fijo discontinuo.

Es evidente la “compatibilidad” del pacto de prueba con la reducción de la jornada puesto que su finalidad de verificación de la aptitud profesional del trabajador o de su capacidad laboral es igualmente predicable de la relación laboral a tiempo parcial, sin que haya norma específica que prohíba en la modalidad contractual dicho pacto¹⁰⁸. Siendo por consiguiente el objetivo de la prueba la comprobación de la aptitud profesional del trabajador a partir de la observación del desenvolvimiento laboral de éste, la jornada reducida del trabajador a tiempo parcial y la concreta distribución que se pacte podrán justificar tratamientos diversificados en orden a aquellos factores temporales, siempre con el límite de la proporcionalidad “cuantitativa” o “cualitativa” según la opción de cómputo que se tome¹⁰⁹.

La regulación actual del periodo de prueba remite al pacto de las partes con sujeción a los límites que en su caso fije la negociación colectiva y en su defecto, los fijados en el Art. 14 ET, es decir, seis meses para los técnicos titulados y dos meses para los demás trabajadores¹¹⁰. Por consiguiente, y puesto que la autonomía individual no tiene otros límites que los citados –y el excepcional del abuso de derecho¹¹¹–, las especificaciones que se hagan sobre el cómputo del periodo de prueba y en definitiva, sobre la proporcionalidad o no de su duración, podrán preverse en el propio pacto de las partes en respeto de los márgenes fijados por el Convenio Colectivo –cuyo carácter absoluto o proporcionable igualmente dependerá de los términos de la cláusula

¹⁰⁸ F. AMATO, “La disciplina...” (II), cit., pág. 729; M^a.L. DE CRISTOFARO, “Lavoro part time”, cit., pág. 429; J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 144; F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 48 y 49. Admite el periodo de prueba en el fijo discontinuo: S. TSJ. Cataluña 7-9-2000 (JUR. 2000/307606).

¹⁰⁹ En contra, partidarios incondicionales de la equiparación, sin posibilidad de fijación por negociación colectiva ex art. 14 ET. de una forma específica de cómputo para los trabajadores a tiempo parcial peyorativa -no mejor- respecto de los trabajadores a tiempo completo: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 72 y 73.

A título de ejemplo, la doctrina italiana ha propugnado con anterioridad al D. Leg. n.º 61 la aplicación directa de la norma común -puesto que se trata de un pacto por el que cada uno de los contratantes se reserva el derecho resolver la relación dentro de un determinado tiempo- con diversas consecuencias respecto de los distintos tipos de part time [P. ICHINO, “Il lavoro...”], cit., pág. 134]: en el horizontal la aplicación de idénticos límites temporales a los previstos en la norma colectiva para el full time, en tanto que para el tipo vertical de periodicidad semanal o mensual, se enarbola el aumento real de su duración al realizarse sólo frente a los días efectivamente trabajados [L. CARBONE, “Tutela del lavoratore part-time”, cit., pág. 803; M^a.L. DE CRISTOFARO, “Lavoro part time”, cit., pág. 429; Circular del Ministerio n.º. 102/1986 en G. NICOLINI, “Lavoro a tempo parziale”, cit., pág. 17]. Sin embargo, las opciones no concluyen aquí, puesto que puede entenderse la proporcionalidad referida, no a los días de prestación sino a la jornada del trabajador. Así, en opinión de ICHINO -quizá inspirado por la sentencia Pret. Milano, 10-17 abril 1980 (en C. FILADORO, “Il part-time”, Lavoro e Previdenza Oggi, 1991, mayo-septiembre, pág. 1545 y 1546)-, en la modalidad horizontal y mixta cabría, si así se deduce de la voluntad de las partes, extenderlo proporcionalmente a la menor duración de su jornada (P. ICHINO, “Il lavoro...”], cit., pág. 134 y 135). Aparentemente el grueso de las posibilidades propuestas por la doctrina arriba reflejadas son aceptables desde la perspectiva del actual art. 4 D. Leg. de 25 de febrero de 2000, al dejarse en manos del Convenio Colectivo la adaptación de la duración del periodo de prueba en el trabajo a tiempo parcial vertical. No obstante, sí podría suscitar mayores dudas el cómputo de la duración del periodo de prueba en razón de las horas invertidas en el trabajo a tiempo parcial mixto u horizontal, puesto que el apartado 2.a) fija la duración del periodo de prueba en el trabajo a tiempo parcial como equivalente a tiempo completo, con la sola previsión de modulación respecto del trabajo a tiempo parcial vertical; el cómputo se hará por días naturales, con independencia de las horas de trabajo invertidas, con opción, a lo sumo y por convenio colectivo, de referir dicho cómputo exclusivamente a los días de trabajo efectivo en la modalidad vertical.

¹¹⁰ Recordemos que el contrato en prácticas tiene una regulación específica en el art. 11.1.d) ET.

¹¹¹ Puesto que el respeto a los límites legales o convencionales no es garantía absoluta de la licitud del pacto, pues puede apreciarse abuso de derecho en el pacto de prueba de duración desproporcionada en razón a la duración del contrato o de la actividad a desarrollar (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El periodo de prueba”, REDT., n.º. 100, 2000, Tomo primero, pág. 472).

sula de que se trate¹¹², o, en defecto de pacto en Convenio, de los previstos por el Estatuto, éstos últimos con carácter absoluto y por tanto, computados por meses naturales, es decir, de fecha a fecha (Art. 5 C. Civil)¹¹³.

Finalmente, sectores doctrinales han propuesto respecto del fijo discontinuo el cómputo del periodo de prueba y de los máximos legales exclusivamente durante el período de actividad¹¹⁴, asimilando a tales efectos los periodos de inactividad a los de incapacidad temporal, maternidad, adopción y acogimiento previstos expresamente en el Art. 14.3. segundo párrafo ET¹¹⁵. Y por supuesto, sin que quepa pluralidad de pactos de prueba en las sucesivas campañas y sin que pueda en los supuestos de contrato fijo discontinuo derivado, o, por ejemplo, en virtud de preferencias previstas en Convenio Colectivo si coinciden las tareas fijas discontinuas con las realizadas anteriormente (Art. 14.1 ET)¹¹⁶. No obstante, nuestros Tribunales vienen considerando que el resto de las causas de suspensión suponen automáticamente la interrupción de dicho plazo, sin necesidad de pacto¹¹⁷. Consiguientemente, parece más adecuada esta solución para el fijo discontinuo, sin que sea posible la extinción del contrato en virtud de dicho pacto en los períodos inter-campañas¹¹⁸.

Respecto de los derechos colectivos de los trabajadores a tiempo parcial, al igual que el resto de los trabajadores por cuenta ajena, participan de los derechos básicos reconocidos en el Art. 4.1 ET y, entre ellos, el de libre sindicación, a la negociación colectiva, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, a la huelga, al derecho de reunión y al derecho de participación en la empresa¹¹⁹. Interpretación rubrica-

¹¹² Sin que la ley limite en absoluto a la negociación colectiva.

¹¹³ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 123. En contra, MERINO SENOVILLA, que a fin de superar las contradicciones subyacentes en la opción de cómputo del periodo de prueba en función de días teóricos (con la intención de eludir el trato peyorativo que supone respecto del trabajo a tiempo parcial vertical la opción de cálculo en virtud de días trabajados, y por deducirlo de la referencia a "días laborables" respecto de los trabajadores no cualificados en el art. 14 ET anterior a la L. 11/94) frente a los períodos máximos legales previstos en meses, propone el cómputo de éstos últimos también como "meses teóricos" (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 272 a 274). En cambio, DURÁN LÓPEZ se pronunció respecto del cómputo del periodo de prueba bajo la regulación anterior en sentido contrario al defender que de fijarse en meses el periodo de prueba computarían de fecha a fecha, en tanto de pactarse en días, el cómputo sería en días naturales, con independencia de la prestación o no efectiva de trabajo, puesto que de haberse querido lo contrario por el legislador se habría hecho expresamente a modo del art. 4.3 RD 1424/85, de 1 de agosto, de la relación laboral especial al servicio del hogar familiar (F. DURÁN LÓPEZ, "El período de prueba", RL, T.I, 1988, pág. 1323).

¹¹⁴ J. CRUZ VILLALÓN, "El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984", cit., pág. 1044; J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 144 y 145; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 124 y 125.

¹¹⁵ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 124.

¹¹⁶ J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 145. Distinto del sometimiento a prueba del contrato temporal por empresas distintas que asumen sucesivamente el servicio de comedor escolar sin que se aprecie sucesión del art. 44 ET ni la fijeza discontinua de la trabajadora: S. TSJ. Comunidad Valenciana 10-2-2000 (AS. 3121).

¹¹⁷ Por todos: M^a.L. RODRÍGUEZ COPÉ, "La suspensión ...", cit., pág. 115 y 116.

¹¹⁸ En contra, por considerar que la relación de supuestos susceptible de acoger pactos de interrupción del cómputo del tiempo en el período de prueba, además de parecer exhaustiva, se caracteriza por derivarse de suspensiones del contrato en interés exclusivo y tutela del trabajador, y no por razones de índole empresarial; no parece que quepa hacerla respecto de interrupciones objetivas o impuestas en interés empresarial como es el caso de los periodos de inactividad del fijo discontinuo, salvo previsión en contrario en Convenio Colectivo (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "El período de prueba", cit., pág. 473).

¹¹⁹ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 113 y 114.

da por el Art. 4.a) del Convenio OIT sobre el Trabajo a tiempo parcial, en cuanto establece el deber de los Estados miembros de adoptar medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial gocen de la misma protección que los trabajadores a tiempo completo en lo relativo al derecho de sindicación, negociación colectiva y al derecho de actuar en calidad de representantes de los trabajadores. En este sentido, y como expresamente establecía el Art. 2.5 RD 1991/85, y según viene haciendo el Art. 72.1 ET a partir de la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la L. 32/84, de 2 de agosto, respecto de los fijos discontinuos –y los trabajadores temporales–, los trabajadores a tiempo parcial están representados conjuntamente con los trabajadores a tiempo completo¹²⁰.

No obstante, el factor tiempo interviene particularmente en la determinación del censo electoral, tanto para determinar los trabajadores electores como elegibles (Art. 69 ET); el cómputo de trabajadores a efectos de determinar el volumen de la plantilla del Art. 72 ET; y el crédito horario de los representantes de los trabajadores. Nuestra doctrina mayoritaria se muestra partidaria de la equiparación de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo en todos y cada uno de los ámbitos mencionados una vez superada la formulación del Art. 4 del RD 1362/81, y el Art. 9º.c) RD 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, que establecía respecto del trabajo a tiempo parcial una regla especial en materia de Derecho colectivo, según la cual *“el trabajador ejercerá sus derechos de representación de acuerdo con el título II del Estatuto de los Trabajadores, en tanto sean compatibles con la naturaleza y duración del contrato”*.

En particular, en cuanto al cómputo de los trabajadores a tiempo parcial para determinar el volumen de la plantilla a efectos de constitución o no de los sujetos unitarios, así como el que corresponda, delegados de personal o comité de empresa, y de concreción del número de representantes unitarios¹²¹, la equiparación de los

¹²⁰ Con la reforma del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 32/84 el legislador reconoce, como venía sosteniendo la jurisprudencia, respecto de los delegados de personal y el comité de empresa, su carácter de órganos de representación conjunta de los trabajadores cualesquiera que sea la modalidad contractual utilizada (C. SÁEZ LARA, “Representación y acción sindical en la empresa”, MTSS, Madrid, 1992, pág. 136). Por el contrario, la redacción original del art. 72 ET reconocía la posibilidad de elección de un representante por cada veinticinco o fracción trabajadores «eventuales o temporeros» y elegido entre ellos. Respecto de las dudas que suscitó el término «temporero» y la posible –aún descartada por las normas electorales– identificación con el fijo discontinuo, véase: J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 239 y 240; B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación...”, cit., pág. 75; –ampliamente– J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 198 a 200. El carácter de representación conjunta de la empresa no obsta a la constitución de un tercer colegio electoral cuando así se hubiese pactado por Convenio Colectivo en atención a la composición profesional del sector de actividad productiva o de la empresa (art. 71.1 ET y 6.3 RES) y, en particular podría ser interpretada la referida expresión como homogeneidad no necesariamente funcional sino relativa a una problemática común, a la contratación fija discontinua o a tiempo parcial del sector o empresa. En tal caso, los representantes miembros del Comité de empresa por el tercer colegio electoral serán proporcionales al número de trabajadores fijos discontinuos o a tiempo parcial de la empresa, aún cuando no representen específicamente a éstos, puesto que corresponde al órgano unitario la representación indivisible del conjunto del personal de la empresa (vid.: J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 243; C. SÁEZ LARA, “Representación y acción sindical en la empresa”, cit., pág. 140 a 143).

¹²¹ Vid: B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 76. Véase también: C. SÁEZ LARA, “Representación y acción sindical en la empresa”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pág. 135 y ss..

trabajadores a tiempo parcial con los trabajadores a tiempo completo es el criterio impuesto por el propio Art. 72.2.a) ET, así como por la normativa internacional. En cuanto al Art. 72.2.a) ET el criterio de cómputo no es el de la duración de la jornada sino el de duración del contrato en días de trabajo, con independencia, por consiguiente, de la jornada desenvuelta por el trabajador en el periodo de referencia y de la certidumbre o no de las fechas –y hasta– de su prestación¹²². En cuanto a los temporales a tiempo parcial la respuesta no es tan simple, puesto que el Art. 72.2.b) ET se refiere a los días trabajados, y el Art. 9.4 RDE a días efectivamente trabajados así como los descansos y vacaciones. No obstante, todo parece indicar que también los días computados no son sólo los de trabajo efectivo con descansos y vacaciones proporcionales, sino la duración del contrato. Y ello porque el referido Art. 72.2.b) ET utiliza como criterio el de la duración del contrato en días de trabajo y no el de la duración de la jornada –o días teóricos, que es lo mismo–. Y las previsiones del Art. 9.4 RDE no persiguen sino aclarar la duda que se suscitó antes de su regulación sobre si debían o no computarse tales períodos de descanso. Por otra parte, es la solución más coherente dado que procura un trato idéntico a los trabajadores a tiempo parcial horizontal respecto de los trabajadores a tiempo parcial vertical, así como más ajustada al principio general de equiparación del Art. 12.4.d) ET. y al objetivo del cálculo real de efectivos de la empresa a efectos de la representación de sus intereses. Finalmente, y además de ser la interpretación derivada del principio pro operario, es la más ajustada al Art. 21 de la Recomendación de la OIT sobre trabajo a tiempo parcial¹²³.

Consiguientemente, los trabajadores a tiempo parcial serán electores y elegibles en las mismas condiciones que los trabajadores a tiempo completo. Igualdad que se predica en particular respecto de los fijos discontinuos, con independencia de que las elecciones a representantes se celebren en los periodos de interrupción de la actividad puesto que el contrato laboral sigue vigente y, de lo contrario se podría impedir fácilmente su derecho de participación en la elección de sus representantes; de la irregularidad, periodicidad o del número de campañas en que intervenga el trabajador por ser su relación laboral única; y del carácter de temporada o de actividad continua que tenga la empresa¹²⁴.

¹²² J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y...", cit., pág. 241; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 114 y 115; A. OJEDA AVILÉS, "Compendio de Derecho Sindical", Tecnos, Madrid, 1998, pág. 133. En contra: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 77 y 78. Entre las diversas opciones posibles de cómputo de los trabajadores a tiempo parcial, sectores doctrinales han considerado la razonabilidad de excluir o matizar el significado de los trabajadores con jornada muy reducida en el cómputo de la plantilla (vid.: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 114). No alcanza el art. 72.2 ET la equiparación total entre trabajadores fijos y temporales en el ámbito de la representación unitaria, a diferencia de lo que sucede en el marco de la representación sindical en que el art. 10 LOLS en que el volumen de la plantilla se calculará "cualquiera que sea la clase de su contrato" (Vid.: F. NAVARRO NIETO, "La representatividad sindical", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", Madrid, 1993, pág. 209 y 210; C. SÁEZ LARA, "Representación y acción sindical en la empresa", cit., pág. 137; A. OJEDA AVILÉS, "Compendio de Derecho Sindical", Tecnos, Madrid, 1998, pág. 183).

¹²³ Esta postura también la defienden: M. FALGUERA BARO y R. SENRA BIEDMA, "Derecho sindical: elecciones sindicales (nuevo marco normativo)", Bosch, Barcelona, 1996, pág. 126 y 127.

¹²⁴ J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 241 y 242; M^aJ. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO, "Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios", Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 269, 270 y 278; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 202. En opinión de un sector doctrinal, caso de celebrarse las elecciones en período de interrupción corresponde a la Mesa electoral la comunicación de la misma a efectos de ejercer su derecho como elector, en tanto que para ejercer los derechos como elegible corresponde el aviso a los restantes miembros de la lista a que pertenezca (M^aJ. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ

El cómputo de la antigüedad del fijo discontinuo a efectos de cumplimentar el mes o los seis meses requeridos para ser elector o elegible respectivamente se hará, en nuestra opinión en días naturales, es decir, desde la fecha de ingreso en la empresa¹²⁵. Los motivos de nuestra opción se fundamentan en el ya comentado principio de equiparación que en materia sindical propugna la normativa de la OIT. También parece ser ésta la opción asumida por nuestro legislador en tanto no hace distinción alguno respecto del cómputo de la antigüedad a estos efectos según sea la distribución del tiempo de la prestación, ni respecto de la prestación a tiempo completo, susceptible de distribución irregular a lo largo del año, ni expresamente respecto del contrato a tiempo parcial. Consecuentemente, de seguirse criterios diversos para el contrato a tiempo parcial fijo discontinuo se incurriría, probablemente, en discriminación de éstos tanto frente al tiempo completo como frente al contrato a tiempo parcial común indefinido respecto del que no se ha planteado cuestión alguna al respecto ni en su modalidad horizontal ni en la vertical¹²⁶. Finalmente, la interpretación del precepto favorable al cómputo del tiempo de servicios efectivos dificultaría el ejercicio de los derechos de representación de los trabajadores fijos discontinuos en contradicción con la línea hermenéutica que demarca el Art. 69.2 ET sobre la reducción del requisito de antigüedad por Convenio Colectivo respecto de las actividades caracterizadas por «movilidad de personal» y, entre éstas, deben entenderse inmersas, aquéllas desempeñadas por los fijos discontinuos¹²⁷. También disfrutará el trabajador a tiempo parcial elegido representante de los trabajadores de todas las garantías¹²⁸ previstas en el ejercicio de sus funciones representativas en los Art. 56.4

BORREGO, "Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios", Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 270). Corroborado al ser electores -con derecho a acudir a la asamblea convocada para la revocación del mandato del representante- y elegibles los trabajadores con contrato en suspenso (vid.: J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, "El mandato representativo. Claroscuros sobre su duración a la luz de la jurisprudencia", R.L., nº. 17, 2000, pág. 42 y 48; M^a.J. RODRÍGUEZ RAMOS y G. PÉREZ BORREGO, "Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios", Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 267 a 269). No obstante, en caso de pluriempleo del trabajador a tiempo parcial se recomienda por un sector doctrinal la posibilidad que el trabajador a tiempo parcial sólo pueda ser representante unitario en una empresa, aún cuando tal cargo sea compatible con la condición de delegado sindical en otra (F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 77. Véase tal límite en la regulación francesa: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada", cit., pág. 153).

¹²⁵ En este sentido: M. FALGUERA BARO y R. SENRA BIEDMA, "Derecho Sindical: elecciones sindicales (nuevo marco normativo)", Bosch, Barcelona, 1996, pág. 113; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 201 y en "El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial", cit., pág. 85. En contra, por entender que el cómputo de la antigüedad a los efectos aquí discutidos sigue las mismas reglas de cómputo exclusivo de los tiempos de trabajo efectivo y tiempos a éstos equiparados correspondiente al plus de antigüedad: J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral...", cit., pág. 242.

¹²⁶ J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 201.

¹²⁷ Así lo entienden, por ejemplo: J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral...", cit., pág. 242; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 201 y 202.

¹²⁸ Si bien no será necesaria la apertura de expediente contradictorio caso de no readmisión del fijo discontinuo en la temporada por entender la empresa que se trataba de trabajador temporal, puesto que aquél sólo viene exigido por los art. 55, 68.a) ET y concordantes, cuando deriva de sanción por faltas graves o muy graves [S. TS. 11-6-1983 (2995)]. Ni en caso similar -si bien la trabajadora no es miembro activo del Comité sino suplente- se presumirá sin más discriminación por motivos sindicales [S. TS. 27-11-1989 (8263)]. Lógicamente, tampoco se requerirá apertura de expediente contradictorio caso que la trabajadora fija discontinua presente su candidatura a representantes de los trabajadores después de ser despedida [S. TSJ. Cataluña 13-6-1996 (2486)]. Tampoco en caso de trabajo a tiempo parcial temporal extinguido [S. TS. 16-11-1989 (RJ. 8066)]. Constituye un despido nulo fundado en motivos sindicales el no llamamiento del fijo discontinuo al comienzo de la temporada en el caso de la S. TSJ. Cataluña 16-3-2004 (JUR 120800).

y 68.a) y c) ET –protección frente al despido y sanciones–, Art. 40.5, 51.9 y 68.b) ET –prioridad de permanencia en la empresa–, Art. 68.c) ET –no discriminación en su promoción económica y profesional– y 68.d) ET –libertad de expresión–. En particular respecto de la preferencia a permanecer en la empresa o centro de trabajo del representante de los trabajadores en los supuestos de extinción o suspensión por causas tecnológicas o económicas o en el puesto de trabajo caso de tratarse de movilidad geográfica, el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 11-3-1985 y 26-3-1985¹²⁹ entendió que tal garantía no supone respecto del fijo discontinuo la alteración del orden de preferencia para la permanencia en el trabajo, ni consiguientemente el orden de llamamiento que corresponda, en el supuesto de interrupción estructural de la prestación, distinta, según vimos y argumenta el Tribunal, de la suspensión y frontera de la prestación contratada –salvo previsión más favorable en Convenio Colectivo¹³⁰–, sino una preferencia de permanencia en el exclusivo supuesto en que se requiera suspender o extinguir por tales causas¹³¹.

En cuanto al crédito horario de los representantes de los trabajadores (Art. 37.3.e), 68.e) ET y Art. 10.3 LOLS), la doctrina mayoritaria no admite argumentos en favor de la reducción del mismo en relación a la menor jornada, atendiendo a las razones esgrimidas por nuestros Tribunales, conforme a las que el crédito horario no se hace depender de la entidad de la jornada del representante sino del número de trabajadores representados titulares del derecho de representación y al interés y función colectiva a que atienden tales permisos¹³². Entonces, la menor jornada del trabajo a tiempo parcial puede determinar ocasionalmente en la práctica la total absorción de

¹²⁹ RJ. 1310 y 1391. En similar sentido: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 3-2-2004 (JUR 81675). Por supuesto la extinción del contrato temporal realizado para la temporada y que no alcance la condición de fijo discontinuo, no conculca el art. 68.b) ET ni goza de preferencia a permanecer en la empresa ni a posteriores contrataciones temporales requeridas por aquélla [S. TS. 12-3-1987 (1393)].

¹³⁰ Previsiones que pueden contrarrestar la deficitaria posición de los representantes fijos discontinuos y que pueden oscilar, puesto que el art. 15.8 ET se remite incondicionalmente al Convenio Colectivo respecto del llamamiento del fijo discontinuo irregular, entre garantizar su preferencia en el llamamiento y permanencia en la empresa (concorde con el art. 15.8 ET), tanto en la campaña como en los trabajos externos a éstas; como la atribución del crédito horario durante toda la campaña, con independencia de la efectiva actualización de su prestación (vid.: J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral...", cit., pág. 248 y 249; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos...", cit., pág. 208 y 209). Un ejemplo de previsión por Convenio Colectivo de absoluta prioridad dentro de su especialidad para ser llamado y permanecer en el puesto de trabajo en favor de los miembros del comité de empresa y delegados sindicales en la S. TSJ. Andalucía/Sevilla de 20 de octubre de 1999 (4415), que resuelve sobre el cómputo de la antigüedad de un representante fijo discontinuo, miembro del comité de empresa, durante su excedencia forzosa. Decide el Tribunal que en tal caso, y en virtud de la referida preferencia prevista en el Convenio -y no de derecho fundamental alguno-, el cómputo de la antigüedad durante su excedencia forzosa tendrá como parangón la del representante que le sustituye y no la que le correspondería en caso contrario, es decir, la del trabajador que le sucediese en el escalafón.

¹³¹ J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 208 y 209. No obstante, GARCÍA ORTEGA consideró que la preferencia de permanencia procedería en todos los supuestos en que tuviese que seguirse expediente de regulación de empleo y que el mencionado autor consideró exigido ampliamente no sólo en el supuesto de no reanudación de las actividades por la empresa o de cierre anticipado, sino también en los casos de no llamamiento y cese anticipado parcial (J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral...", cit., pág. 246 a 248). Con ello, en nuestra opinión, y probablemente con la loable intención de dar mayores garantías a la estabilidad de los órganos de representación y al uso del crédito horario, se altera efectivamente el orden de llamamiento previsto en el convenio en contradicción con lo inicialmente apuntado por el propio autor, de forma que sólo se mantendrá aquél en escasos supuestos. Por otra parte, que no puede tomarse como exclusiva referencia la necesidad de seguirse un procedimiento de suspensión o extinción colectiva de las relaciones, puesto que el ámbito del art. 68.b) ET también incluye el despido objetivo del art. 52.c) ET (C. SÁEZ LARA, "Representación...", cit., pág. 315 y 316; G. TUDELA CAMBRONERO, "Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa", Tecnos, Madrid, 1988, pág. 40).

aquella por el crédito horario –no, como veremos, su superación–¹³³. Similar problemática puede presentarse caso de acumulación del crédito horario en uno de los representantes de los trabajadores. Y la menor jornada que entraña el trabajo a tiempo parcial y la consiguiente menor presencia del trabajador en la empresa, puede aumentar el uso del crédito horario o, en general, la acción sindical del trabajador, en tiempo o periodos no previstos de actividad del trabajador a tiempo parcial común o fijo discontinuo.

Efectivamente, si nada impone la proporcionalidad del crédito horario a la entidad de la jornada del trabajador a tiempo parcial, según hemos visto, la doctrina mayoritaria que se ha ocupado específicamente de la cuestión considera que la cantidad de horas que correspondan a aquellos tendrá el límite natural de la cantidad de jornada contratada, por entender que el exceso retributivo constituiría un enriquecimiento injusto o una “desnaturalización” de la relación engrosando su jornada por encima de la contratada o convirtiendo al fijo discontinuo en continuo¹³⁴.

Nada obsta tampoco a la acumulación del crédito horario en éstos hasta su total liberación de trabajo, dividiéndose la doctrinal entre los que mantienen el criterio expuesto de limitación de la acumulación por la jornada del trabajador¹³⁵, y los que

¹³² J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 73; J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 250 y 251; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 252 y 253; M. IGLESIAS CABERO y J.M^a. MARÍN CORREA, “Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 34 y 35; C. SÁEZ LARA, “Representación y acción sindical en la empresa”, cit., pág. 283 y 284; G. TUDELA CAMBRONERO, “Las garantías de los representantes de los trabajadores”, cit., pág. 27 y en “Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa”, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 150 y 151, también en “Crédito de horas y trabajo a tiempo parcial”, R.L., T.I/1988, pág. 491 y ss., particularmente, las pág. 495 a 498.

Si bien inicialmente nuestros Tribunales entendieron la proporcionalidad del crédito horario a la jornada del trabajador por tener la finalidad de “otorgar a los representantes de los trabajadores la posibilidad de que dediquen una parte de su jornada laboral a atender las obligaciones y funciones que su cargo de representantes les impone, lo cual ratifica esa necesaria interpretación o proporcionalidad que ha de existir entre el número de horas de la reserva y el de la jornada de trabajo... de no hacerlo así, se podría llegar, en casos extremos y sin perjuicio del supuesto excepcional del último párrafo del artículo 68.e)”, al absurdo de que todo, o la mayor parte del tiempo que integra la jornada laboral de un determinado mes, pudiera ser dedicado por los representantes de los trabajadores a sus funciones de representación sin realizar actividad laboral alguna en tal mes, o realizando una actividad mínima” [SS. TCT. 25-10-1982 (5663), 26-9-1984 (7287), 12-11-1984 (9144), 20-2-1987 (3700), TSJ. Asturias 14-11-1991 (6034)], finalmente se acogió la tesis contraria, dado que el número de horas no se hace depender a las horas de trabajo efectivo del trabajador sino en función del número de representados y en razón de un interés colectivo [S. TCT. 27-9-1985 (5346), 10-3-1987 (7064) y 27-1-1988 (825) –ambas respecto de un supuesto de guarda legal–, 15-3-1988 (115), 22-6-1988 (305), SS. TSJ. Madrid 16-1-1990 (13), TSJ. Baleares 3-9-1990 (2593), TSJ. Madrid 29-10-1990 (2566), TSJ. Cantabria 13-4-1992 (1934), TSJ. Cataluña 18-10-1999 (6796), TSJ. Andalucía/Sevilla 25-5-2000 (4656)]. Pueden consultarse las referidas sentencias también en: P. FERNÁNDEZ ARTIACH, “Jurisprudencia sobre el crédito de horas retribuidas de los representantes legales de los trabajadores”, Tribuna Social, n.º. 51, 1995, pág. 100 y ss.]. Respecto del Derecho comparado, véase: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 100.

¹³³ Así, un supuesto de contrato de interinidad para sustituir a fijo-discontinuo liberado sindical en: S. TSJ. Andalucía/Granada 22-5-1996 (1546).

¹³⁴ F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 118; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, pág. 207 y 208. Matizadamente, según veremos: J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral...”, pág. 251 y 252. Así el fijo discontinuo no podrá disfrutar de un crédito horario superior a la jornada que le habría correspondido conforme al orden de llamamiento que corresponda (J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 207).

¹³⁵ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 208. En este sentido, claramente respecto de los períodos de inactividad, no así en las interrupciones intra-campañas por asimilarse la problemática a la del contrato a tiempo parcial –común– y a la doctrina jurisprudencial conforme a la que el crédito horario no depende de la cantidad de la jornada: J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 251 y 252.

consideran que, especialmente de tratarse de un trabajador fijo discontinuo irregular, la retribución que le corresponda no atenderá a los tiempos en que se debió actualizar su prestación, sino a la jornada completa durante la actividad¹³⁶.

En cuanto a la posibilidad de realización de funciones sindicales con cargo al crédito horario fuera de la jornada del trabajador pero dentro de la jornada de la empresa, la cuestión ha sido resuelta favorablemente por nuestros Tribunales respecto de las relaciones a tiempo completo en régimen de turnos y trabajo nocturno¹³⁷, sin que haya motivos particulares para no entender aplicable dicha solución¹³⁸. En definitiva, las horas empleadas por el trabajador a tiempo parcial o fijo discontinuo en la realización de sus funciones de representación dentro de la jornada de la empresa y aún no siendo tiempo cualitativamente contratado al trabajador, podrán hacerse con cargo al crédito horario, puesto que concurren idénticas razones de evitar gravamen a cargo del representante por razón de su actividad representativa¹³⁹.

No corresponde, en cambio, por no adeudarse prestación laboral alguna ni, consiguientemente, salario, crédito horario alguno en los periodos de interrupción estructural del fijo discontinuo, aún cuando éste en los referidos periodos interruptivos continua siendo representante y como tal puede ejercer sus funciones¹⁴⁰. Se manifiesta entonces la particular problemática consiguiente a la designación de represen-

¹³⁶ J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social... ", cit., pág. 252. Por nuestros Tribunales, parece seguir esta dirección la S. TSJ. Comunidad Valenciana 10-9-1996 (AS. 2868). En contra, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo... ", cit., pág. 253.

¹³⁷ Rompiendo la estricta identificación entre los permisos retribuidos del art. 37.3.e) ET y el crédito horario del art. 68.e) del mismo cuerpo legal (C. SÁEZ LARA, "Representación y acción sindical en la empresa", cit., pág. 284 a 286 y en "Representantes del personal y acción colectiva en la empresa", cit., pág. 400; G. TUDELA CAMBRONERO, "Las garantías de los representantes de los trabajadores", Tribuna Social, nº. 51, 1995, pág. 24 y 25). Véase también: C.L. ALFONSO MELLADO, "Garantías y facilidades", en AAVV-coords. R. Escudero Rodríguez y J.R. Mercader Uguina-, "Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores", La Ley, Madrid, 2004, pág. 345 y 346.

¹³⁸ Es más, por ejemplo, la S. TCT. 27-9-1985 (5346), aunque incidentalmente y a sensu contrario reconoce el trabajo a tiempo parcial como supuesto excepcional de utilización del crédito horario fuera de la jornada del trabajador al afirmar que "como regla general -salvo pacto en contrario o supuestos excepcionales de acumulación horaria, trabajo a turnos, trabajador contratado a tiempo parcial, etc., que no concurren en el caso de autos- para el cómputo de las horas de representación solamente se toman en consideración aquéllas que coinciden con la jornada laboral del trabajador-representante...".

¹³⁹ En este sentido, destacando, además, lo conveniente de su aceptación en el contrato a tiempo parcial en la medida en que pueda contribuir a disminuir los inconvenientes de prescindir del trabajador a tiempo parcial contratado en atención a las particulares necesidades propias de los períodos punta o de los huecos de personal: G. TUDELA CAMBRONERO, "Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa", Tecnos, Madrid, 1988, pág. 125 y 126. Muestra, en cambio, sus dudas: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 253. Es más, vistos los inconvenientes arriba reseñados, sectores doctrinales, partiendo de la aceptación de utilización de las horas sindicales fuera del horario del trabajador, han defendido bajo inspiración francesa la posibilidad de limitación del ejercicio del derecho por los trabajadores a tiempo parcial, de manera que sólo pueda verse afectado un porcentaje de la jornada del trabajador, disfrutando del restante crédito horario fuera de ésta, sin afección, por consiguiente, a su cuantía (F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo...", cit., pág. 117 y 118; G. TUDELA CAMBRONERO, "Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa", cit., pág. 151 y en "Crédito de horas y trabajo a tiempo parcial. A propósito de la S. TCT. 5º 15-3-1988", RL, T.I, 1988, pág. 498). Similar limitación se imprimió en el proyecto de Real Decreto sobre trabajo a tiempo parcial que culminó en la aprobación del RD. 1991/84 sin referencia alguna al respecto (las horas utilizadas por el trabajador a tiempo parcial no podían exceder de los 2/3 de su jornada mensual, distribuyéndose las restantes entre los demás representantes unitarios. Vid: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 77).

¹⁴⁰ J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral...", cit., pág. 244. La duración del mandato del fijo discontinuo es también de cuatro años [por ejemplo: S. TSJ. Andalucía 22/5/96 (1546)] computados en años naturales y no, lógicamente, en tiempo de trabajo efectivo, sin que se extinga con la temporada (J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones...", cit., pág. 244; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 210). Se mantiene igualmente el carácter de delegado de personal aún cuando los contratos temporales hayan finalizado con la firma del correspondiente finiquito por cuanto nuestros Tribunales vienen negando indubitablemente su virtualidad extintiva caso de tratarse de una relación fija discontinua [S. TSJ. Canarias/Sta Cruz de Tenerife 24-2-1994 (458)].

tantes fijos discontinuos, por cuanto en los períodos externos a la campaña el número de representantes en las empresas de actividad continua podrá verse sensiblemente reducido o incluso desaparecer, sin que sea posible sustitución temporal del representante en tales períodos al no estar prevista ésta en el Art. 67.4 ET¹⁴¹.

En mi opinión la solución de limitación del crédito horario a la cantidad mensual de la jornada a tiempo parcial o fija discontinua propugnada por la doctrina con mayor o menor rigidez no es satisfactoria ni desde la perspectiva doctrinal ni funcional del crédito cuestionado. Las vías de resolución propuestas por la doctrina frente a los inconvenientes suscitados por la reducción material del crédito horario tampoco parecen seguir un criterio uniforme a todas las modalidades de trabajo a tiempo parcial ni de éste frente al fijo discontinuo del 15.8 ET, ni responden coherentemente a las soluciones que se predicán respecto del tiempo completo.

Efectivamente, la limitación del crédito horario por la cantidad de jornada del trabajador a tiempo parcial responde a una concepción individualista de la institución que quiebra, hasta hacerla inoperante, la construcción legal y jurisprudencial del mismo, en primer lugar, como independiente a la jornada efectivamente realizada por el trabajador por devengarse por “mes naturalmente transcurrido” y no por mes efectivamente trabajado, dependiente en su cuantía de las dimensiones de la empresa, en definitiva, de la complejidad de sus funciones representativas y de la capacidad económica de la empresa, y la prevalencia del interés colectivo al que atienden en detrimento de su perspectiva como mero derecho individual del trabajador¹⁴².

En este sentido, desmiente también el logro de distinguir, conforme al criterio jurisprudencial, los permisos del Art. 37.3.e) ET, configurados como “ausencias del trabajo” y que presuponen la coincidencia de jornada y obligación de trabajar, del crédito horario del Art. 68.e) ET, que no exige su conformación como permiso, compensable, caso de no coincidir la jornada, con descansos compensatorios o con la retribución de las horas invertidas fuera de la jornada en el ejercicio de funciones de representación¹⁴³. Esto último, significa, en tercer lugar, que el representante, caso de no optarse por el descanso, percibirá igualmente una retribución superior a la que globalmente percibiría conforme a su jornada contratada, sin que ello se considere enriquecimiento injusto ni, propiamente jornada de trabajo sino asimilación a ésta a los exclusivos efectos retributivos a fin de no constituir un perjuicio económico para el representante¹⁴⁴, como muestra que su retribución no se hará como horas extraordinarias

¹⁴¹ J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, “El mandato representativo. Claroscuros sobre su duración a la luz de la jurisprudencia”, cit., pág. 42; J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 244; J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 206. Sustitución que sí cabe arbitrarse respecto de la representación sindical puesto que no se ha previsto por la LOLS duración al mandato de los delegados sindicales (J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 253).

¹⁴² C. SÁEZ LARA, “Representación...”, cit., pág. 267, 283 y 284.

¹⁴³ Vid.: C. SÁEZ LARA, “Representación...”, cit., pág. 284 a 286; G. TUDELA CAMBRONERO, “Las garantías...”, cit., pág. 24 y 25.

¹⁴⁴ G. TUDELA CAMBRONERO, “Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa”, cit., pág. 130 y en “Las garantías...”, cit., pág. 25. En tal supuesto, destaca el referido autor, la retribución de las horas sindicales supondrá a su vez un engrosamiento de la base de cotización del trabajador, que no se producirá, en cambio, en idéntica situación cuando concurra en el contrato a tiempo parcial puesto que su cotización se hace «en razón a las horas o días efectivamente trabajados», lo que excluye las horas de representación utilizadas al margen de la jornada reducida del trabajador, con deterioro, a su vez, en la conveniencia de tal solución a efectos de evitar la desincentivación de la modalidad contractual (G. TUDELA CAMBRONERO, “Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa”, cit., pág. 131).

salvo acuerdo de las partes¹⁴⁵. Además, tampoco nos parece válido el argumento de la desnaturalización del contrato a tiempo parcial o fijo discontinuo con motivo de la utilización del crédito horario puesto que con tal afirmación se están olvidando las características reconocidas tradicionalmente por la doctrina como esenciales en la definición de la modalidad contractual. Recordemos que se barajaban como tales tanto la voluntariedad como la normalidad de la jornada reducida. Pues bien, la “mayor jornada” del trabajador a tiempo parcial representante de los trabajadores evidentemente carecería de tales requisitos por lo que, en sentido inverso, dicho aumento no afecta a la naturaleza o calificación de la relación, con independencia de los efectos salariales y que en el ámbito de la Seguridad Social se produzcan.

Por otra parte las soluciones propuestas por la doctrina a efectos de compensar el déficit del crédito horario del representante vinculado con contrato a tiempo parcial, común o fijo discontinuo, cual pueda ser la acumulación o cesión temporal, propia o impropia, del excedente de horas por encima de su jornada en otro representante¹⁴⁶, contradice en última instancia el presupuesto subjetivo-contractual que parece el basamento de ese “límite natural” al número de horas retribuidas, puesto que difícilmente podrían devengar derecho a las mismas con objeto de cederlo por razón de la entidad de la jornada contratada. Se entiende, que la reducción indirecta del crédito deriva de una imposibilidad en su disfrute causada por los contornos de la jornada contratada, aún cuando éste se ostente íntegro por atribución legal, y con mayor predominio de su naturaleza colectiva, por lo que cabría la acumulación o la cesión temporal a otro representante como si de una suspensión por incapacidad temporal o de vacaciones se tratase¹⁴⁷. No obstante, ni tan siquiera tal posibilidad es pacífica en la doctrina que la propugna, puesto que, según hemos comprobado, mantienen posturas diversas a depender de que el contrato sea a tiempo parcial o fijo discontinuo, y éste, para algunos autores, según se trate de períodos de actividad o estructurales de inactividad¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Por faltar los requisitos de la iniciativa empresarial en su ofrecimiento y la prestación efectiva de servicios (G. TUDELA CAMBRONERO, “Las garantías...”, cit., pág. 26). Vid.: S. TCT. 17-9-1987 (20211).

¹⁴⁶ Por ejemplo: F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 118; G. BARREIRO GONZÁLEZ, “El crédito de horas de los representantes de los trabajadores”, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social”, MTSS, 1984, pág. 160 y 161.

¹⁴⁷ Vid.: C.L. ALFONSO MELLADO, “Garantías y facilidades”, en AAVV –coords. R. Escudero Rodríguez y J.R. Mercader Uguina-, “Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores”, La Ley, Madrid, 2004, pág. 349 y 350; G. BARREIRO GONZÁLEZ, “El crédito de horas de los representantes de los trabajadores”, cit., pág. 91 a 100; A. GONZÁLEZ MARTÍN, “Representación y acción sindical de los trabajadores en las empresas”, CISS, Bilbao, 1998, pág. 174 y 175; G. TUDELA CAMBRONERO, “Las garantías...”, cit., pág. 28. Por nuestros Tribunales, por ejemplo, admiten la acumulación en caso de Incapacidad Temporal o vacaciones: S. TCT. 5-2-1982 (1215); S. TSJ. País Vasco de 12-12-1989 (1549); S. TSJ. Baleares 3-9-1990 (2593); S. TSJ. Aragón 4-12-1991 (6677); S. TSJ. Andalucía 16-11-1993 (4847).

¹⁴⁸ Recordemos que en tanto en el trabajo a tiempo parcial común las horas excedentes sobre la jornada pueden cederse a otros representantes (F. LÓPEZ MORA, “El contrato...”, pág. 118), en el supuesto de los fijos discontinuos sectores doctrinales parecen negar la posibilidad de cesión del crédito horario en el período inter-campañas puesto que no se dispone de él (J. GARCÍA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 252). Ahora bien, respecto del fijo-discontinuo y los períodos intra-campañas, los autores mantienen posturas encontradas en la medida en que TARRAGA POVEDA (“Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 207) limita el uso del y acumulación del crédito horario a la jornada del trabajador, en tanto GARCÍA ORTEGA defiende su uso íntegro con independencia de aquélla (pág. 251). La S. TSJ. Comunidad Valenciana 10-9-1996 (2868) se pronuncia en este último sentido respecto del crédito horario de los trabajadores fijos discontinuos, y en particular sobre el derecho a hacer uso del crédito horario por aquéllos en los días en que por razones de antigüedad -o criterio cualquier otro criterio de orden de llamamiento- o por falta de producto no trabajen.

En nuestra opinión debería prevalecer la concepción del crédito horario como derecho subjetivo previsto en función de un interés colectivo desconectado de la jornada o contrato particular del trabajador –sino, en todo caso, a la jornada de la empresa–, y en congruencia con la doctrina general afirmar la equiparación absoluta del trabajador a tiempo parcial, común o fijo discontinuo, a los efectos del crédito horario. Esta postura la consideramos más acorde a las necesidades representativas que se mantienen también incluso en los periodos interruptivos del fijo discontinuo, bien ocasionalmente bien normalmente si se mantiene la actividad de la empresa; con la tutela del mantenimiento de los órganos representativos y su composición y con el designio democrático de los mismos por los representados; y con la “normalización sindical” del trabajador a tiempo parcial o fijo discontinuo, que no tendría que verse desde el sindicato como un representante poco eficaz o problemático, y el fomento de su participación y defensa de los intereses del colectivo que le son propios y subsiguiente identificación con su representación. Finalmente, la doctrina judicial del TJCE respecto de las discriminaciones indirectas de las mujeres en materia de retribución, parece confirmar una visión similar a la que proponemos en relación a los diversos aspectos que hemos abordado del crédito horario. Así las Sentencias de 4 de junio de 1992 (Bötel)¹⁴⁹, 6 de febrero de 1996 (Lewark)¹⁵⁰, de 7 de marzo de 1996 (Freers)¹⁵¹ concluyeron que la limitación de la remuneración de las horas invertidas a jornada completa por los miembros del comité o juntas de personal en la asistencia a cursos o seminarios de formación necesarios para la realización de su actividad representativa, a la elusión de la pérdida de salario, en definitiva, a la compensación por salario no devengado limitado consiguientemente al horario individual del trabajador, constituye un trato desigual de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, por cuanto a identidad de horas invertidas se percibe un menor salario. Diferente tratamiento que, por lo demás, se configura como una discriminación indirecta de las mujeres en materia de remuneración, sin que las razones de gratuidad del cargo por razón de su independencia (como garantía de atención a los intereses generales y no a las ventajas económicas que pueda percibir) justifiquen dicha limitación como medio adecuado y necesario a tal fin. Por el contrario, mantener la postura contraria desincentivaría el ejercicio de las funciones representativas por los trabajadores a tiempo parcial, constituido por lo demás mayoritariamente por mujeres, y dificultaría la representación de los intereses de los trabajadores a tiempo parcial en los órganos de representación (Freers).

De mantenerse, no obstante, la oposición al disfrute de un crédito horario superior al de la jornada contratada por entender que éste excede del contrato de trabajo presupuesto de la representación y los derechos a ella atinentes, corresponde, en nuestra opinión, un tratamiento similar al de las suspensiones del contrato del representante (al que comúnmente se identifica la interrupción estructural del fijo discon-

¹⁴⁹ (TJCE 1992/114) (Asunto 360/90).

¹⁵⁰ TJCE 1996/13. Asunto C-457/93 (Johanna Lewark/Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation eV). Puede consultarse el texto en: T. PÉREZ DEL RÍO, “Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral”, Tomo III, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, pág. 193 a 198.

¹⁵¹ TJCE 1996/39. Asunto C-278/93 (Edith Freers y Hannelore Speckmann/Deutsche Bundespost). Puede consultarse el texto en: T. PÉREZ DEL RÍO, “Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral”, cit., pág. 203 a 208.

tinuo), en que éste mantiene el conjunto de las garantías atribuidas como tal y la facultad de acumulación o cesión –también impropia– del crédito excedente en favor de otros miembros del órgano de representación unitaria¹⁵². Y además, en ese límite al crédito horario en función de la jornada del trabajador deben incluirse las horas complementarias hasta su límite pactado, pues ésta no es sino jornada acordada, y puesto que de lo contrario el uso del crédito sindical sobre las mismas quedaría al arbitrio del llamamiento del empresario.

La cuestión se propugna igualmente respecto de los deberes del trabajador, correspondiendo íntegros por su genericidad y desvinculación del tiempo de trabajo los del Art. 5 ET¹⁵³. No obstante, el carácter reducido de la ocupación y consiguiente retribución del trabajador a tiempo parcial puede provocar matizaciones respecto de alguno de estos deberes, en concreto, el deber de no concurrencia con la actividad de la empresa (Art. 5.d) y 21 ET). No parece cuestionarse gravemente la prohibición de concurrencia desleal en el contrato de trabajo a tiempo parcial, en cualesquiera de sus modalidades, también la fija discontinua y, respecto de ésta, en sus períodos inter-campañas¹⁵⁴. Su derivación del principio general de buena fe garantiza en términos teóricos su aplicación en esta modalidad contractual como en cualquier otra. Ahora bien, difícilmente será apreciable la existencia de concurrencia desleal en el trabajo a tiempo parcial puesto que lo reducido de la jornada y la escasa cualificación que con frecuencia ostenta el trabajador se traduce normalmente en la relegación de éste en la empresa y la dificultad consiguiente de perjuicio causado por la posición subjetiva del trabajador o por la generación objetiva de conflicto de intereses¹⁵⁵. En cuanto a los pactos de dedicación exclusiva, no concurrencia postcontractual y de permanencia en la empresa, cabría hacer similares apreciaciones a las anteriormente expuestas.

Concretamente respecto del pacto de plena dedicación, aún cuando resulta más adecuada en el contrato a tiempo parcial que en la mayoría de los supuestos imaginables la designación del mismo como “dedicación exclusiva”, su admisibilidad genérica está avalada por la libre autonomía de las partes en cuanto deriva o se configura por el Art. 21 ET como pacto¹⁵⁶. La libertad de rescisión del acuerdo por el trabajador en los términos del Art. 21.3 ET también favorecen la compatibilidad del trabajo a tiempo parcial y dicho acuerdo. Ahora bien, en orden a la validez del pacto, la concurrencia de los requisitos generales del Art. 1255 C. Civ. de que los pactos no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, podrá determinar casuísti-

¹⁵² Es antisindical anticipar los ceses del representante fijo discontinuo e impedirle el acceso a la empresa para ejercicio de su actividad representativa durante su período vacacional: S. TSJ. Cataluña 18-10-1999 (AS. 4390).

¹⁵³ M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 769 y 770.

¹⁵⁴ M^a.J. NEVADO FERNÁNDEZ, “Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 106 y 107.

¹⁵⁵ M^a.J. NEVADO FERNÁNDEZ, “Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo”, cit., pág. 107. Véase: F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Pactos de no concurrencia y de permanencia. [En torno a los artículos 5.d) y 21 ET]”, REDT, n.º 100, volumen primero, 2000, pág. 279 y 280.

¹⁵⁶ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 122.

camente en el trabajo a tiempo parcial la apreciación de abuso de derecho con mayor frecuencia que en el tiempo completo¹⁵⁷.

Por otro lado, la determinación de la compensación económica correspondiente habrá de valorarse, por supuesto, el grado de renuncia a trabajar que implique y los perjuicios que ocasione al trabajador, y que en términos generales nos parece conllevar un sacrificio superior en el trabajo a tiempo parcial, en que el salario “suficiente” sólo lo es en proporción a la jornada, que en el trabajo a tiempo completo. Consiguientemente, la compensación justificadamente podrá ser superior a la del trabajo a tiempo completo o como mínimo similar, sin que en ningún caso, ni por su finalidad ni por su causa se justifique la proporcionalidad del mismo a la jornada del trabajador.

1.3 El salario en el contrato a tiempo parcial

Es indubitada la igualdad de derechos del trabajador a tiempo parcial en materia salarial respecto del que trabaja a tiempo completo, no ya en virtud del reconocimiento genérico de la igualdad de derechos del trabajador a tiempo parcial del Art. 12.4.d) ET, sino del propio Art. 14 CE y, en particular del Art. 17.1 ET, que consagra el principio de “igual salario para trabajo de igual valor”, y del Art. 3.5 ET, en cuanto el principio de igualdad es un mínimo de derecho necesario¹⁵⁸. Tampoco se cuestiona en términos generales la traducción del principio de igualdad retributiva en el trabajo a tiempo parcial como equivalente a la proporcionalidad del salario al tiempo de prestación de servicios, en cuanto contraprestación del trabajo prestado¹⁵⁹.

¹⁵⁷ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato a tiempo parcial”, pág. 122. Piénsese que si la finalidad de tales pactos está en evitar la competencia del trabajador a la empresa, o en garantizar el máximo y óptimo rendimiento del trabajador, sólo ocasionalmente estarán justificados en el trabajo a tiempo parcial (sobre la finalidad del pacto y sus requisitos de validez, véase: F.J. CÓMEZ ABELLEIRA, “Pactos de no concurrencia y de permanencia...”, cit., pág. 282).

¹⁵⁸ J.R. MERCADER UGUINA, “Modernas tendencias en la ordenación salarial”, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 73 y ss. El Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1994, de 27 de enero (BOE nº. 52, de 2 de marzo) reiteró, como ya lo hiciera en otras sentencias (por ejemplo, 177/1993, de 31 de mayo de 1993, como también en la S. Tco. 136/87, de 22 de julio y 52/1987, de 7 de mayo) la inadecuación constitucional de las diferencias salariales que “se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose solo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, asuntos Bilka Kaufhaus, de 13 de mayo de 1986, o Kowalska, de 27 de junio de 1990, entre otros), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior”.

¹⁵⁹ La proporcionalidad del salario al tiempo de la prestación se evidenció tempranamente, como vimos en el primer capítulo, en los RRDD sobre salarios mínimos [por ejemplo: C. ORTIZ LALLANA, “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”, R.L., T.II., 1998, pág. 241]. Indubitadamente se pronuncia en tal sentido nuestra jurisprudencia: S. TCT. 5-7-1988 (4992); S. TSJ. Cataluña 29-11-2004 (JUR 2005/35461); S. TSJ. Canarias/Las Palmas 9-12-2003 (AS. 2004/263) –entre otras muchas respecto de trabajadores de Iberia y cálculo del salario, ya reflejadas en el estudio de los descansos semanal, festivos y vacaciones-; S. TSJ. Andalucía/Granada 20-6-2000 (JUR 269873); S. TSJ. Galicia 28-4-1999 (AS. 5231) –incluidas las horas complementarias de los docentes-. También el T.Co. en su sentencia 177/1993, de 31 de mayo de 1993 (BOE nº. 159, de 5 de julio) rechaza por discriminatoria la ruptura peyorativa del principio de proporcionalidad de las pagas extraordinarias, y califica la proporcionalidad de «uno de los aspectos de la igualdad». También en el caso de celebración de contrato a tiempo completo con jornada reducida –superior al 77% bajo la regulación del 98- procede la proporcionalidad de los salarios, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto del trabajador: S. Juzgado de lo Social Navarra/Pamplona 2-3-2000 (AS. 697).

Nuestra regulación actual del trabajo a tiempo parcial, a diferencia de lo que hicieron sus precedentes¹⁶⁰, no hace mención particular de la regla de equivalencia salarial salvo en el Art. 2.2 RD 488/98, 27 de marzo, sobre contratos formativos. Efectivamente, las normas antecedentes sobre trabajo a tiempo parcial reconocían específicamente el derecho a iguales salarios en proporción a los servicios prestados: el Art. 4 RD 1362/81, de 3 de julio sobre contratos de trabajo a tiempo parcial, el Art. 9.c) RD 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, y el Art. 2.2 RD 1991/84, de 31 de octubre. También la normativa internacional asume la regla de la proporcionalidad; así el Art. 5 del Convenio OIT sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, exige la garantía de proporcionalidad respecto del salario básico bien calculado sobre una base horaria, bien por rendimiento o por pieza¹⁶¹.

En cualquier caso, el principio de igualdad en derechos del trabajador a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo completo en materia salarial se identificará en términos generales como sinónimo de proporcionalidad en virtud de su carácter de contraprestación del trabajo, como evidencia el Art. 26.1 ET, por lo que un menor tiempo de trabajo efectivo, supondrá una correspondiente disminución salarial. Esto en términos generales, si bien descendiendo al análisis de los diversos componentes salariales algunos de ellos pueden resultar excepcionados de su reducción proporcionada por no estar vinculada su razón de ser ni directa ni indirectamente con la duración de la prestación o no proceder, por no concurrir las condiciones de su devengo. De ello es muestra, por ejemplo, el Art. 10 de la Recomendación OIT sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, que al reconocer a los trabajadores a tiempo parcial el derecho a las mismas compensaciones pecuniarias adicionales al salario básico que los trabajadores a tiempo completo comparables, no señala como garantía la proporcionalidad de aquellos –a diferencia del Art. 5 del Convenio OIT respecto del salario básico– sino su devengo en “condiciones equitativas”.

Por otra parte, es de destacar que el principio de proporcionalidad del salario no atiende a factores cualitativos del tiempo de trabajo particulares del trabajo a tiempo parcial. Efectivamente, y como ya hemos advertido en otras ocasiones, las diversas condiciones que se pacten sobre la forma en que se preste la jornada parcial pueden suponer mayor disponibilidad y penosidad para el trabajador a tiempo parcial no valorada en la exclusiva atención del número de horas de prestación. Es el caso de la fijación de una distribución irregular de los tiempos de prestación, los pactos sobre horas complementarias y en general de disponibilidad o flexibilidad de la jornada a instancias del empresario, la jornada partida y las diversas fórmulas distributivas que encierre, y las connotaciones de “trabajo a llamada” del fijo discontinuo irregular, el mayor ritmo de trabajo que se suele imprimir a tales trabajadores, la reducción o eliminación de tiempos muertos, etc. Tales valoraciones no han sido asumidas a nivel estatutario y ni tan siquiera recomendadas¹⁶², si bien pueden ser abordadas por la negocia-

¹⁶⁰ Excepto el RD 2317/93, de 29 de diciembre, si bien se recogía al igual que ahora respecto del contrato en prácticas a tiempo parcial en su art. 4.

¹⁶¹ El establecimiento de una remuneración del trabajador a tiempo parcial inferior al tiempo completo que trabaje un mismo número de horas es contraria al Derecho Comunitario (S. TSJCE. 31-3-1981, asunto 96/80, Jenkinks).

¹⁶² A diferencia en parte del art. 12.3 de la Recomendación de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial cuando marca “programáticamente” que “el sistema de compensaciones aplicables en caso de sobrepasarse el horario convenido debería ser objeto de negociación, de acuerdo con la legislación y la práctica nacionales”.

ción colectiva o por el contrato de trabajo (probablemente, en cierta medida, ámbitos más adecuados de monetización de las múltiples variables y heterogeneidad posibles) con superación de la norma de mínimos de la igualdad al salario-hora (o salario-obra) a tiempo completo¹⁶³.

Sin embargo, no puede desconocerse sin más el cambio de redacción respecto de la formulación del principio de igualdad de la remuneración del trabajador a tiempo parcial iniciado en la reforma del 93, y culminado en la del 98. La desaparición de la regla expresa de la proporcionalidad del salario respecto de la menor jornada del trabajador garante de la igualdad retributiva, y la remisión genérica a las disposiciones legales, reglamentarias y a convenios colectivos para la adaptación proporcionada de los derechos conforme a su naturaleza, no niega el valor tutelar de la regla de proporcionalidad, ni el mantenimiento autónomo de dicho principio, ni supone su negación en el supuesto en que la negociación colectiva no haya hecho reserva expresa de su proporcionalidad, pero sí sostiene la línea que en relación a la estructura salarial impuso la reforma del 94. En nuestra opinión, la aparente neutralidad estatutaria no hace sino corresponder a la desregulación de la ordenación del salario, al trascendente papel que le reconoció a la autonomía privada en la configuración de la estructura salarial y de los sistemas de retribución. Es decir, a la posibilidad de flexibilidad y adaptabilidad de los salarios a los sectores y empresas y la promoción –o su facilitación– de los conceptos variables del salario y su vinculación a la productividad; así como la pérdida de trascendencia del salario base como módulo de cálculo preferente y mínimo de los complementos y la desaparición del carácter subsidiario del salario base por unidad de tiempo o, en su defecto, el salario mínimo interprofesional, respecto a la retribución por unidad de obra y cálculo de sus complementos¹⁶⁴, provocarán –ocasionalmente– la sustitución de la regla *pro rata temporis* por la de estricta igualdad de los criterios o unidades de cálculo seleccionados¹⁶⁵.

¹⁶³ Quizá atendiendo a tales consideraciones el legislador italiano ha hecho expresa reserva de mejora de la regla de proporcionalidad, tanto por el contrato de trabajo como por los convenios colectivos, respecto de los emolumentos retributivos, y en particular, los de carácter variable (art. 4.2.b) D. Leg. nº 61/2000). La proporcionalidad del salario en razón del tiempo de la prestación es una regla de mínimos, y no de derecho necesario absoluto (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 257). No parece que quepa duda de la admisibilidad de previsión en Convenio Colectivo de complementos más ventajosos para los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos, respecto de los trabajadores a tiempo completo. Así, la S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 3-6-1997 (2259) considera que no es discriminatorio la fijación por convenio colectivo de un “complemento de peón especialista” de los fijos discontinuos distinto y más ventajoso que el correspondiente a los trabajadores continuos, puesto que el principio de igualdad no impone en todo caso un tratamiento igual, sino que permite un trato distinto a situaciones razonablemente iguales en atención a un elemento diferenciador con relevancia jurídica. Sin embargo, la fijación de un salario a través de contrato de trabajo a tiempo parcial superior al que correspondería atendiendo al mínimo proporcional –teniendo en cuenta probablemente que se desarrolla en fines de semana y festivos– no impone que en la transformación a tiempo completo se mantenga esa superioridad proporcionada respetados los mínimos correspondientes legales o convencionales y si no es apreciable una causa discriminatoria: S. TSJ. Comunidad Valenciana 31-10-2002 (AS. 2003/2716).

¹⁶⁴ Vid.: A. COSTA REYES, “La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva”, RL, nº. 7, 1999, pág. 8; J. GARCÍA MURCIA, “Concepto y estructura del salario (En torno al artículo 26)”, REDT, nº. 100, Vol. 1º, 2000, pág. 622 y ss.; E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, “Ordenación del salario”, en AAVV (dir. F. Valdés Dal-Ré), “La reforma del mercado laboral”, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 219; J.R. MERCADER UGUINA, “Modernas tendencias...”, cit., pág. 40, 41 y ss., 102 a 104; J.L. MONEREO PÉREZ, “La estructura del salario”, en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, “Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores”, Tomo I, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1994, pág. 100 y 101; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, “La ordenación de la estructura salarial”, en AAVV, “Reforma de la legislación laboral”, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 290, 291, 293 y 296.

¹⁶⁵ En este sentido: CES, “Trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 40. También respecto de la relativización del principio de proporcionalidad en los sistemas de trabajo por tarea como en los complementos de los pluses de calidad y cantidad en el trabajo a tiempo parcial, vid.: H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 294 a 296. El art. 4.2.a) D. Leg. nº. 61 italiano, reconoce la equivalencia de la retribución horaria del trabajador a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo pleno comparable, y en su apartado 2.b) la proporcionalidad de la retribución global y de sus singulares componentes.

Volviendo sobre los componentes del salario, el Art. 26 ET califica el salario base como la retribución fijada por unidad de tiempo o de obra. Establecido en una forma o en otra, la reducción salarial será proporcional a la duración de la prestación a tiempo parcial en el primero de los casos¹⁶⁶, en tanto que si fijado el salario base por unidad de obra, dicha proporcionalidad al tiempo de la prestación no estará garantizada por depender de la solvencia real del trabajador. En cualquier caso, fijado el salario base por unidad de obra, el salario mínimo interprofesional se erige en garantía de percepción mínima del trabajador¹⁶⁷, y en este caso, proporcionada igualmente a su jornada (Art. 1 RD. 2388/2004, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2005).

Las pagas extraordinarias, en cuanto asimiladas al salario base por gozar de un carácter retributivo general y no causal¹⁶⁸, se reducirán igualmente en atención al menor tiempo de trabajo¹⁶⁹. Resultado similar debe seguir en principio el "plus de convenio" en cuanto generalmente es acausal y asimilable al salario base o de categoría¹⁷⁰.

En cuanto a los complementos salariales, el Art. 26.3 ET continúa refiriéndose a los fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador. Estos complementos, sucintamente designados habitualmente como complementos personales, y entre los que se encuentran el complemento por antigüedad, el de idiomas o titulaciones académicas, y otros de similar naturaleza, así como algunos tan subjetivos como el mérito, responsabilidad, condiciones personales, etc., dividen a la doctrina respecto de la proporcionalidad de su devengo. En particular, en relación con la antigüedad del trabajador, el precedente Art. 2.3 RD 1991/84 fijaba su cómputo desde el ingreso en la empresa como si de un trabajador

¹⁶⁶ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 291. De conformidad con la citada sentencia del Tco 22/94 no cabe aceptar la solución de la S. TSJ. Comunidad Valenciana 12-12-1992 (6438) que no consideró discriminatorio que el salario base de los trabajadores a tiempo parcial fuese inferior por hora trabajada al correspondiente al tiempo completo, argumentando que "constituye doctrina del Tribunal Constitucional en la interpretación del art. 14... la de que para llevar a cabo el juicio de igualdad... hace falta demostrar un término claro de comparación que sólo se da en situaciones de auténtica igualdad... y es claro que los actores, como trabajadores a tiempo parcial no están en situación de igualdad con los trabajadores a tiempo completo, lo que hace posible y lícito que los negociadores del Convenio, apreciando esa diferencia que tanto pudo radicar en la mayor penosidad de trabajar más horas, en la mayor disponibilidad o en otra circunstancia, establecieran una retribución por hora más elevada en favor de aquellos que de éstos... -es decir, que la diferencia se funde en una razón objetiva y razonable, y- puesto que no existe ningún principio jurídico que exija una igualdad de trato salarial absoluta ni siquiera entre trabajadores en la misma situación".

¹⁶⁷ J.R. MERCADER UGUINA, "Modernas tendencias... ", cit., pág. 104.

¹⁶⁸ A. COSTA REYES, "La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva", cit., pág. 19; J.R. MERCADER UGUINA, "Modernas tendencias en la ordenación salarial", cit., pág. 106 y 107.

¹⁶⁹ Es decir, porcentaje de parcialidad de la jornada anual, y no de cómputo de los días de prestación de servicios: S. TSJ. Cantabria 26-12-2002 (AS. 2003/2156); TSJ. Canarias/Las Palmas 23-4-2002 (JUR 2003/3948) -sin computar, en su caso, las horas extraordinarias-. Lo que no carece de lógica y justifica la confusión de tales complementos con la retribución ordinaria, dado las pagas extras, pueden prorratearse a lo largo del año y al corresponderse con momentos de mayor gasto o cobrarse a lo largo del año, está en relación con la retribución ordinaria que acompaña (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 261). Cabe recordar en notas anteriores lo que sentó sobre las diferencias retributivas en las pagas extraordinarias en atención a la modalidad contractual el fundamento jurídico 3º de la sentencia T.Co. 177/1993, de 31-5.

¹⁷⁰ A. COSTA REYES, "La nueva estructura del salario... ", cit., pág. 20; J.R. MERCADER UGUINA, "Modernas tendencias... ", cit., pág. 128; J.L. MONEREO PÉREZ, "La estructura del salario", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 114.

a tiempo completo se tratase¹⁷¹. En nuestra opinión, en cambio, también respecto de estos complementos fácilmente prevalecerá el criterio de la proporcionalidad de la retribución¹⁷², bien se alcance ésta indirectamente a través del módulo salarial utilizado para su cálculo, bien proporcionando el complemento en sí al porcentaje de parcialidad de jornada. Y ello por cuanto, en principio y salvo previsión contraria, tales partidas salariales como contraprestación del trabajo realizado, vienen a dar respuesta a la utilidad laboral de las cualidades personales que retribuyen¹⁷³. Aquí, en principio, no hay cómputo diversificado según sea la distribución de la jornada, la antigüedad en la empresa se medirá en función de la duración de la relación y no por tiempo de prestación efectiva o tiempos asimilados¹⁷⁴. Ahora bien, de tratarse de un

¹⁷¹ Regla desaparecida en coherencia con la omisión al complemento salarial de antigüedad a partir de la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994; una vez que corresponde a la autonomía privada la regulación de tal complemento, será igualmente ésta la que se ocupe de su normación respecto del tiempo parcial (CES, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 40; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, "El contrato a tiempo parcial", cit., pág. 101). Pese a las dudas que se suscitan doctrinalmente respecto de la interpretación del referido precepto, triunfó la tesis de la plena equiparación de la antigüedad del trabajador a tiempo parcial respecto del trabajador a tiempo completo y su cómputo conforme a la sucesión de días naturales (CES, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 40. Entre la doctrina, por ejemplo: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 76; L. LÓPEZ CUMBRE, "Jornada parcial", cit., pág. 178; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 51). MARTÍNEZ EMPERADOR mantuvo, en cambio, una interpretación diversa conforme a la que sólo computaría el tiempo de trabajo efectivo, añadida la parte proporcional de los domingos y vacaciones, e incluso en la distribución horizontal, exigía la acumulación de las horas hasta completar el día (J. RAMÍREZ EMPERADOR, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 297 y 298).

¹⁷² En este sentido: L. LÓPEZ CUMBRE, "Jornada parcial", cit., pág. 178. Así, por ejemplo, también se proporcionan los trienios de antigüedad en el supuesto de reducción de jornada por guarda de un menor [S. TSJ. Aragón 10-5-1999 (1329)]. En particular, respecto de la proporcionalidad del complemento de antigüedad a la jornada del contrato a tiempo parcial: S. TSJ. Andalucía/Málaga 15-3-1991 (2255).

¹⁷³ En esta dirección y concretamente respecto del complemento de antigüedad en el trabajo a tiempo parcial se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 25-1-2005 (RJ. 2005/1199), señalando además que, aún cuando el Convenio Colectivo nada indique, procederá tal complemento proporcionalmente a la jornada como se deduce del art. 37.5 ET. En este sentido en general respecto de los complementos personales y, en particular, justificando que la negociación colectiva vincule el cómputo de la antigüedad a efectos salariales al tiempo de trabajo efectivo -sobre todo- en el fijo discontinuo: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 260 y 261. En contra MERINO SENOVILLA, que sólo entiende proporcionados los complementos de antigüedad, idiomas o titulaciones académicas cuando estén calculados sobre el salario base, y no así el que se fije a tanto alzado por categoría y antigüedad. Los argumentos que esgrime para negar tal proporcionalidad están en función de la razón de su devengo, en el complemento por antigüedad la permanencia del trabajador en la empresa y en los otros mencionados su desvinculación de la efectiva utilización en el trabajo de los conocimientos premiados (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 292 y 293. En similar sentido: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 81).

Bien es cierto, que si el complemento de antigüedad viene a retribuir o a fomentar la fidelidad del trabajador en la empresa o, en menos ocasiones, su mayor experiencia (vid.: L.M. CAMPS RUIZ, "Complementos salariales de carácter personal", en AAVV -coord. L.M. de la Villa Gil-, "Estudios sobre el salario", ACARL, Madrid, 1993, pág. 441; A. COSTA REYES, "La nueva estructura...", cit., pág. 28), es cierto que cuando se justifique por la primera de las razones y se fije su cuantía en una cantidad fija, la reducción de la misma en función del tiempo de trabajo o jornada del trabajador es más cuestionable, dado su carácter premial (vid.: L.M. CAMPS RUIZ, "Complementos salariales de carácter personal", cit., pág. 441 y 442 y en "Antigüedad", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1985, pág. 365 y 366). En tal caso, no obstante, igualmente la proporcionalidad se ciñe a su condición retributiva e igualmente a la utilidad menor que reporta el trabajo a jornada reducida, sin que, por otra parte, pueda desconectarse absolutamente de la valoración de su experiencia. En cualquier caso, lo que se proporciona al tiempo de trabajo no es la antigüedad sino el complemento. Si se proporcionará a la jornada el tiempo tomado en cuenta para el que suele denominarse "premio de vinculación" y respecto del que sólo computarán los tiempos de prestación efectiva (A. COSTA REYES, "La nueva estructura...", cit., pág. 35).

Por lo que se refiere a los complementos relacionados con los títulos y conocimientos especiales, prevalece su consideración como complemento de puesto de trabajo frente a su carácter personal -pese a la costumbre habitualmente contraria de la negociación colectiva-, puesto que normalmente para su devengo se exige su utilidad o que sea requerido en el trabajo de que se trate, y por consiguiente, su carácter funcional y no consolidable (Vid.: L.M. CAMPS RUIZ, "Complementos salariales de carácter personal", en AAVV -coord. L.M. de la Villa Gil-, "Estudios sobre el salario", ACARL, Madrid, 1993, pág. 437, 472 y 473; A. COSTA REYES, "La nueva estructura...", cit., pág. 48 y 49; J.R. MERCADER UGUINA, "Modernas tendencias...", cit., pág. 110 y 111).

¹⁷⁴ Por ejemplo: S. TSJ. Canarias/Las Palmas 23-5-2003 (JUR 2004/65716); S. TSJ. Cataluña 27-4-2001 (AS. 2325).

fijo discontinuo o un contrato a tiempo parcial fijo periódico, la solución propuesta se altera.

Efectivamente, el complemento de antigüedad del trabajador fijo discontinuo es susceptible de presentar peculiaridades en orden a la reducción del tiempo de trabajo que implica dicha modalidad contractual¹⁷⁵.

La regla general al respecto fue positivizada por el último inciso del Art. 4.3 RD 2303/80, de 17 de octubre, que fijaba el cómputo de los derechos de antigüedad en razón del tiempo de trabajo efectivamente prestado. Omitida en la regulación posterior se ha mantenido, no obstante, aplicable en defecto de previsión en Convenio Colectivo más favorable como manifestación de la regla general de igualdad modulada conforme al principio de proporcionalidad cuando los derechos de que se trate estén en función del tiempo trabajado. Ahora bien, tratándose de una regla de proporcionalidad sin más al tiempo de trabajo, ¿no sería predicable del trabajo a tiempo parcial común, con el que comparte el carácter reducido del mismo? En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5-3-1997, advierte respecto del complemento de antigüedad del fijo discontinuo que el periodo de vigencia del contrato es indiferente a los efectos de aquél en el que se tendrá en cuenta la actividad real del trabajador; en la perspectiva económica de la antigüedad se atiende al carácter salarial y la proporcionalidad del mismo como contraprestación del trabajo y no así a la vigencia del vínculo al que alude los restantes aspectos de la misma¹⁷⁶. Sin embargo, señalan

¹⁷⁵ Peculiaridades, que no exclusión de los trabajadores fijos discontinuos del complemento de antigüedad previsto en el Convenio Colectivo, puesto que ello contravendría no sólo la legalidad ordinaria, que reconoce la identidad de derechos de los trabajadores a tiempo parcial y tiempo completo, sino de la constitucional (art. 14 CE) «al no aparecer la mera discontinuidad en la prestación de los servicios como justificación razonable de la desigualdad de trato y no percibo del complemento de antigüedad» [S. TSJ. Comunidad Valenciana 8-3-1994 (1215)].

¹⁷⁶ R.J. 2250. En esta dirección computa la antigüedad del fijo discontinuo en función del tiempo de prestación efectiva de servicios y descansos asimilados, por ejemplo: S. TSJ. Andalucía/Granada 5-7-1992 (3574). Sin que el cómputo de la antigüedad en atención exclusiva a los días de trabajo efectivo constituya un trato discriminatorio respecto de los trabajadores continuos o a tiempo parcial—respecto de los cuales la situación no es equiparable pues trabajan todo el año en tanto los fijos discontinuos lo hacen sólo en parte de él—cuya antigüedad se computa por días naturales, al menos cuando el salario de los primeros sea global e incorpore además los domingos, festivos no recuperables, vacaciones y pagas extras [SS. TSJ. Canarias/Las Palmas 23-5-2003 (JUR 2004/65716) y TSJ. Andalucía/Sevilla 14-7-1994 (2396)]. Véase, por ejemplo, una comparación del tratamiento de la antigüedad del fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial común en la S. TSJ. Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 8-10-1999 (4366). No obstante, alguna sentencia ha afirmado que, a efectos del cómputo de la antigüedad para el citado complemento, deben computarse los periodos en que el fijo discontinuo permanece en inactividad [SS. TSJ. Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 28-3-1994 (937) y 23-5-1996 (1502)], por ser las alteraciones del fijo discontinuo de menor entidad que las propias de la suspensión del contrato de trabajo, de ahí que no se considere como tal sino como una mera interrupción, no puede hacerse en este tema una interpretación restrictiva, pues el sentido general de la antigüedad es el de prestación de servicios sin solución de continuidad; el Estatuto de los Trabajadores no hace distinción alguna (precedente art. 25.2 ET); y el RD 2104/84 al no decir nada parece expresar la voluntad de un cambio de normativo, en el sentido de computar todo el tiempo de vigencia del contrato a efectos de antigüedad, que en todo caso pudiera haberse afectado por lo dicho en contrario en Convenio Colectivo, cosa que no sucede. En este sentido se manifestó un sector de la doctrina, atendiendo igualmente a la equiparación de la suspensión del contrato con las interrupciones de la actividad del fijo discontinuo: J. CRUZ VILLALÓN, “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/84”, R.L., n.º. 6, pág. 1046). También: J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 133. En contra de esta dirección se manifestó RÍOS SALMERÓN, por entender que del silencio normativo del RD. 2104/84, no cabría deducir el referido cambio de sentido, por lo que, salvo que otra cosa se estableciera en convenio, los pluses de antigüedad guardarán relación de proporcionalidad con el tiempo de servicios efectivos (B. RÍOS SALMERÓN, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 74. También en favor del criterio de la proporcionalidad del salario y sus pluses a los tiempos de prestación del trabajador como concreción de la normativa común del contrato de trabajo: J. TARRAGA POVEDA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., pág. 192). Respecto del cómputo de la antigüedad en caso de suspensión del contrato, excedencia voluntaria o forzosa, no se aprecia respecto del fijo discontinuo especialidad alguna, salvo la ya consabida de computarse, caso de que así proceda, únicamente los periodos en que debió trabajar el trabajador en cuestión [vid.: S. TSJ. La Rioja 19-5-1994 (1902); S. TSJ. Andalucía/Sevilla 20-10-1999 (4415)].

las Sentencias del TSJ. País Vasco 19-11-1999 y 14-12-1999¹⁷⁷, que la razón de ser del diverso tratamiento del trabajo a tiempo parcial común y el fijo discontinuo respecto de la proporcionalidad de la antigüedad a los tiempos de ocupación está en la distinta consideración de la naturaleza de las interrupciones en la prestación de la actividad del fijo discontinuo y el carácter reducido de la jornada del trabajo a tiempo parcial. En este sentido la referida sentencia asimila las interrupciones inter-campañas del fijo discontinuo a la excedencia voluntaria, en que tampoco computan –salvo que la Ley o el Convenio lo impongan– a tales efectos los períodos de suspensión del contrato. Nuevamente pesan, por consiguiente, la tradicional asimilación del fijo discontinuo a la vertiente temporal de la duración de la relación, en tanto que el trabajo a tiempo parcial se inserta claramente en el ámbito de la duración de la jornada. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que las interrupciones intra-campañas son igualmente descontadas en el cómputo de la antigüedad a los efectos económicos.

Lo cierto es que tanto en el contrato de trabajo a tiempo parcial como en el fijo discontinuo la regla general es la de la proporcionalidad del complemento de la antigüedad o si se prefiere, de ésta a los efectos económicos. Las razones del diverso modo de cómputo no se imbrican en la diversa naturaleza de unas y otras interrupciones aún cuando sí pesa una distinta visión de las mismas, en su *modus operandi* y en la tradicional cercanía del fijo discontinuo al contrato temporal. Aparentemente y a la luz de nuestra jurisprudencia, dicha proporcionalidad en el contrato a tiempo parcial común se obtiene de la reducción proporcional del salario al tiempo trabajado, en tanto que en el fijo discontinuo a tiempo completo, la proporcionalidad no se deriva del salario diario o referente de que se trate, sino de la reducción proporcional de los períodos de antigüedad; de lo contrario, y en los conceptos en que interviniese aquélla se identificaría en sus resultados económicos a los fijos discontinuos respecto de los trabajadores a tiempo completo en el año. Por tanto, desde esta perspectiva no hay un tratamiento distinto de la proporcionalidad del complemento de antigüedad en una y otra submodalidad contractual sino únicamente una articulación diversa que se ajusta a las particularidades de cada una de ellas. Ahora bien, en nuestra opinión la cuestión no es tan clara pues el fijo discontinuo sólo percibe salario en los meses o días de trabajo por lo que esta regla tradicional e incondicionada de cómputo de la antigüedad del fijo discontinuo puede suponer una doble aplicación de la misma, lo que conlleva su inaceptable ruptura en términos de salario global anual proporcionado. De hecho la articulación del principio de proporcionalidad salarial sobre el cómputo de la antigüedad tiende por definición a perpetuarse en el tiempo, incluso cuando el trabajador fijo discontinuo cambie su situación, bien por pasar a trabajar a tiempo parcial, bien porque pase a trabajar a tiempo completo y de forma continuada. Es entonces, probablemente, cuando más claramente se observa su disfunción a efectos de calcular el salario y su potencial instrumentalización discriminatoria¹⁷⁸. De hecho, la proporción de la antigüedad a efectos retributivos respecto de la relación a tiempo comple-

¹⁷⁷ A.S. 4448 y 4490.

¹⁷⁸ También parece que hay una duplicidad en la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso de tránsito de fijo discontinuo a contrato a tiempo parcial, con cómputo de los períodos de servicio efectivo para fijar la antigüedad de los períodos propios del primer contrato, con aplicación ahora, además, de la proporcionalidad de la cuantía en función de la jornada: S. TSJ. Aragón 7-7-2003 (JUR 2004/139139).

to precedida por otra a tiempo parcial, puede plantear dudas en cuanto a su adecuación al Derecho Comunitario, y en particular, respecto del principio de no discriminación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 junio de 1998 (Hill y Stapleton), consideró constitutivo de discriminación indirecta el cómputo de la antigüedad en función del tiempo de servicios efectivos a efectos de atribuir un determinado grado en la escala retributiva tras la transformación de un contrato en jornada compartida en prestación a jornada completa¹⁷⁹.

En cualquier caso, la negociación colectiva podrá prever un régimen diverso del expuesto, siempre con la limitación general de no discriminación (Art. 14 CE y 17 ET). Efectivamente, tanto el Art. 25 respecto de los derechos de promoción económica del trabajador, como el Art. 26, ambos del ET, sobre la estructura del salario, remiten a la negociación colectiva o al contrato individual la previsión y configuración, entre otros, del complemento de antigüedad.

Las fórmulas previstas por el Convenio Colectivo pueden ser diversas¹⁸⁰, si bien, como decimos, siempre estarán sometidos al límite del principio de proporcionalidad como derivación del de no discriminación; «no en vano, la modalidad de adscripción no puede, por sí misma, justificar el distinto tratamiento normativo»¹⁸¹. En este sentido, caso de fijarse por convenio colectivo las correspondientes equivalencias entre fijos discontinuos y trabajadores a tiempo completo, éstas tendrán que corresponderse con la jornada real practicada en la empresa por tales¹⁸².

En cuanto a los complementos fijados por trabajo realizado en función de las especiales circunstancias en que se desarrolla la actividad o del puesto de trabajo, tienen una clara vinculación con el tiempo en que se ve afectado el trabajador por tales circunstancias o servicios que retribuyen. Su carácter no consolidable, salvo previsión en contrario (Art. 26.3 ET) confirman la dependencia de su devengo de la efec-

¹⁷⁹ Asunto C-243/95 (Kathleen Hill y Ann Stapleton contra The Revenue Commissioners y Department of Finance). Consultése texto de la sentencia en: T. PÉREZ DEL RIO, "Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral", Tomo III, cit., pág. 239 a 246.

¹⁸⁰ Una exposición de las diversas que suele formular los Convenios Colectivos respecto de los fijos discontinuos y que oscilan entre computar toda la vigencia del contrato, computar por temporadas o campañas, por días efectivamente trabajados, por traducir dichos períodos -o establecerlos de forma más favorable que los fijos continuos- en trimestres, anualidades... equivalentes, etc.: J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos". cit., pág. 131 a 132; J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social..." cit., pág. 191 y 192. También TARRAGA POVEDA, que considera el criterio "menos discriminatorio" aquél en que se computa en la antigüedad del trabajador los períodos de inactividad, tanto más cuando, como indica alguna sentencia, compensaría las dificultades de adquisición de antigüedad por el fijo discontinuo a causa de su precaria situación (J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos..." cit., pág. 134).

¹⁸¹ Por ejemplo: SS. TCo. 177/93, 31 de mayo y 136/1987 de 22 de junio (comentarios a la jurisprudencia constitucional, véase en: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 19 y 20; F. DURÁN LÓPEZ, "Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo", MTSS, Madrid, 1992, pág. 54 y 55). S. TSJ. Castilla y León/Burgos 23-6-1994 (2366) y cita S.TS. 28-9-1983 (7085). En este sentido, la S. TSJ. Comunidad Valenciana 8-3-1994 (1215), niega la posibilidad de exclusión del complemento de antigüedad de los fijos discontinuos por el Convenio Colectivo, ni aún cuando ésta fuese expresa, puesto que tanto la normativa ordinaria del trabajo a tiempo parcial y del fijo discontinuo que reconoce la igualdad de derechos de éstos respecto de los trabajados a tiempo completo, como la constitucional (art. 14 C.E.) lo impiden.

¹⁸² S. TSJ. Canarias/Las Palmas 15-1-1996 (326).

tiva prestación de servicios y concurrencia de las particulares condiciones consideradas, y el carácter proporcionado al tiempo en que se actualizan aquellos¹⁸³.

Los complementos por trabajo realizado que tradicionalmente se han englobado bajo la denominación de “cantidad o calidad de trabajo”, el prorrateo de los mismos en función de la cantidad del tiempo de la prestación dependerá de su particular configuración.

En términos generales cabría afirmar que las primas o incentivos atribuidos en atención al rendimiento del trabajador, dependerán de éste y no del tiempo de trabajo invertido por aquél, pudiéndose en última instancia devengarse íntegros respecto del concreto trabajador a tiempo parcial¹⁸⁴. De tratarse de horas extraordinarias¹⁸⁵ y perverse por la negociación colectiva un incremento en su retribución, la doctrina ha venido defendiendo la aplicación de aquél en idénticos términos en consideración a la definición legal de aquéllas como trabajo realizado en exceso respecto de la jornada

¹⁸³ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 261; H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 293. Si bien la negociación colectiva lícitamente en no pocas ocasiones mejora la regla de la proporcionalidad devengándose el complemento íntegro cuando se supere un determinado número de horas en las condiciones de que se trate (A. COSTA REYES, “La nueva estructura...”, cit., pág. 40; H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 293). Por lo que se refiere a estos complementos, y en particular al plus de nocturnidad, la doctrina se ha planteado la posibilidad de fijación por la negociación colectiva o por la autonomía individual de un número de horas mínimo para su devengo. La absoluta libertad concedida a la autonomía privada para su regulación por el art. 36.2 ET es argumento de la aceptación de tales pactos (en este sentido: A. COSTA REYES, “La nueva estructura...”, cit., pág. 40). Sobre la problemática actual del plus de nocturnidad consúltese: J. CARCELEN GARCÍA, “El sistema de trabajo a turnos y su problemática”, cit., pág. 254 y ss.). En nuestra opinión, por el contrario, la práctica de exigir un mínimo de horas para el devengo de determinados complementos de puesto de trabajo puede derivar -o pretender- en una exclusión indirecta e injustificada de los trabajadores a tiempo parcial respecto del percibo de los mismos, con posible ruptura del principio de proporcionalidad como norma de mínimos, ahora referido al salario global. En consecuencia, tales requisitos deben estar particularmente razonados dada la sospecha de discriminación que tales suscitan, no ya sólo en atención a la recurrida posibilidad de discriminación indirecta por razón de sexo, sino por la exigencia del propio art. 12.4.d) ET y, en este caso, la finalidad de compensación salarial por las molestias y perturbaciones del trabajo en periodo nocturno (vid.: J.L. MONEREO PÉREZ, “La estructura del salario”, cit., pág. 111). Quizá en esta línea, el art. 4.2.b) del D. Leg. italiano de 25 de febrero de 2000 observa la proporcionalidad tanto del salario global como de cada uno de sus componentes.

En cuanto al plus de turnicidad, y aún su carácter funcional, éste no está vinculado a la cantidad de la jornada, sino a la modificación periódica del horario, motivo por el que en principio no procederá la aplicación de la regla de proporcionalidad, sin que pueda afectar a su devengo -por injustificado- pacto alguno sobre mínimos de jornada (vid.: J.R. MERCADER UGUINA, “Modernas tendencias...”, cit., pág. 125 y 126).

¹⁸⁴ F. LÓPEZ MORA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 81. En este sentido, MERINO SENOVILLA, que no obstante admite la proporcionalidad de su devengo si la mayor calidad se relaciona o fija, como por lo común sucede, con la prestación a tiempo completo (H. MERINO SENOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 294 a 296). En este sentido, GONZÁLEZ DEL REY, señalando que de existir alguna peculiaridad la negociación colectiva podría afrontarla (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 263). Al respecto, véase: M^a.S. HERRAIZ MARTÍN, “Los complementos por mayor trabajo realizado”, CES, Madrid, 1997, particularmente sus páginas 71 a 80, 90 a 92.

¹⁸⁵ Conforme se establece en la S. TSJ. Comunidad Valenciana 23-3-1999 (1517), y en interpretación del Convenio Colectivo que fija la semana ordinaria de trabajo en cuarenta horas, distribuidas de lunes a viernes -salvo pacto de empresa-, se entiende por horas extraordinarias las realizadas en sábado, puesto que se realiza en exceso de la referida jornada ordinaria de trabajo, con independencia de que los trabajadores fijos discontinuos no siempre alcancen las 40 horas semanales por razón de la dinámica de la temporada, pues de lo contrario se estaría imponiendo un régimen diverso en materia de jornada a los fijos discontinuos.

pactada (precedente Art. 12.3, párrafo tercero ET/94)¹⁸⁶. No obstante, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de diciembre de 1994 («Stardt Lengerich/Angelika Helmig»)¹⁸⁷, se ha suscitado la polémica admisión de compensaciones económicas inferiores respecto de las horas extras realizadas por trabajadores a tiempo parcial o, en general, con jornada reducida, cuando el precio global de aquéllas alcance al menos idéntica cuantía económica a iguales horas trabajadas a tiempo completo¹⁸⁸. Consecuentemente, podría entenderse como razón objetiva no discriminatoria la reserva por el convenio colectivo del incremento retributivo o en descanso únicamente para la superación de la jornada completa, en el módulo temporal de que se trate, y no así para las unidades que queden por debajo de aquélla¹⁸⁹. Polémica que, ciertamente ha durado poco dada la expulsión de las horas extraordinarias por el RD-L 15/98 y dado que, a fin de cuentas, es lo que el legislador ha asumido respecto de las horas complementarias como vimos. En cualquier caso, y aparte la recurrente infravaloración de los aspectos cualitativos de la jornada, la reducción de la entidad de la jornada a tiempo completo sin alteración del concepto de hora extraordinaria además del amplio margen de la jornada parcial puede dificultar, en mi opinión, la razonabilidad del diverso tratamiento y ocultar, sencillamente, un tratamiento salarial peyorativo de un colectivo con escaso poder de negociación. Así, más cercano a nuestros planteamientos y en cierto modo corrigiendo la dirección señalada la Sentencia del TJCE de 27 de mayo de 2004¹⁹⁰ reconoce como discriminación indirecta por razón de sexo la exigencia de la cobertura de las mismas horas extraordinarias obligatorias por los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo para su compensación retributiva, pues el porcentaje de jornada extraordinaria exigida a tales efectos en relación a su jornada ordinaria resulta proporcionalmente superior en los primeros. En cuanto a los pluses de asiduidad, puntualidad o asistencia, y puesto que no se justifican en función de la duración de la prestación sino de la diligencia del trabajador, se devengarán íntegramente¹⁹¹, y sólo se proporcionarán indirectamente en virtud de la elección del módulo de cálculo. Finalmente, nos remitimos a lo dicho en el apartado precedente respecto del tratamiento económico de los pluses derivados del trabajo en sábados, domingos y festivos.

Los complementos fijados en función de los resultados de la empresa, causados por la obtención de beneficios empresariales, ingresos o en virtud de determi-

¹⁸⁶ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 294; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 81.

¹⁸⁷ Asuntos acumulados C-399/92, C-409/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93. Véase en TJCE 1994/207.

¹⁸⁸ En la sentencia referida, el TJCE desestima la existencia de discriminación indirecta contraria al art. 119 del Tratado CEE y a la Directiva 75/117/CEE, y la valoración implícita de los inconvenientes que suscite la realización de una jornada superior a la contratada, prevaleciendo el criterio de igualdad material o proporcionalidad de la jornada y salario global a idéntico número de horas de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, y, consecuentemente, una evaluación de la penosidad de las horas extraordinarias vinculada a la fatiga física y al menor tiempo libre, frente a otros "relativos" en función a los perjuicios o mayor gravosidad correspondientes que cause al trabajador a tiempo parcial.

¹⁸⁹ Muestra sus dudas respecto de tal posibilidad en el derecho español, por ejemplo: F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, "Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 30 y 31.

¹⁹⁰ TJCE 2004/138.

¹⁹¹ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 294; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 81.

nados objetivos alcanzados, entendemos también proporcionados en principio al tiempo de trabajo, bien en virtud del módulo escogido para su cálculo (generalmente el salario base o el real), bien reduciendo la cuantía fija que corresponda una vez causado su devengo¹⁹²; si bien lo que se valora con tal complemento es el esfuerzo colectivo y no individual del trabajador particularmente considerado -y tampoco exclusivamente éstos interviniendo otros ajenos al sector laboral-¹⁹³, la participación en la consecución de tales objetivos dependerá en gran medida de la vinculación a tiempo completo o parcial en la empresa. Finalmente, los pluses de residencia e insulares corresponderán íntegros al trabajador a tiempo parcial, puesto que las razones que lo justifican están en función del lugar en que se presta el trabajo, por su aislamiento o similares, y no de la jornada de trabajo¹⁹⁴.

Por último y en lo que se refiere a los complementos en especie, tales como manutención, alojamiento, casa-habitación o cualesquiera otros suministros (según relacionaba en el Art. 5.e) RD 2380/73, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario), la doctrina viene reconociendo su devengo íntegro para los trabajadores a tiempo parcial en atención al carácter infraccionable de los mismos¹⁹⁵. Opinión con la que mostramos nuestro desacuerdo por cuanto el salario en especie constituye una forma de pago, cuya naturaleza puede responder a la del salario base o a la de complemento del mismo¹⁹⁶, por lo que su carácter proporcionado a la prestación dependerá de las circunstancias anteriormente expuestas y de la posibilidad de compensación a través de cantidad líquida¹⁹⁷. En cuanto a su carácter infraccionable, tampoco parece razón suficiente para negar su proporcionalidad al tiempo de la prestación puesto que su carácter patrimonial garantiza en todo caso su traducción al salario en dinero¹⁹⁸ y porque, de todas formas, ocasionalmente puede venir incluso exigido por el respeto a los máximos admitidos por el Art. 26.1 ET¹⁹⁹.

¹⁹² Vid.: A. COSTA REYES, "La nueva estructura...", cit., pág. 47. En defensa de su proporcionalidad, puesto que la contribución del trabajador en los resultados económicos de la empresa dependerá de su tiempo de trabajo: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 261.

¹⁹³ Vid.: J. GARCÍA ORTEGA, "El salario en régimen de participación en ingresos o beneficios", en AAVV -dir. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre el salario", ACARL, Madrid, 1993, pág. 496, 502 a 504; M^a.S. HERRAIZ MARTÍN, "Los complementos por mayor trabajo realizado", cit., pág. 90 a 92; T. SALA FRANCO, "El salario por rendimiento", en AAVV -dir. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre el salario", cit. 369.

¹⁹⁴ H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 296. En cambio, LÓPEZ MORA admite la proporcionalidad del mismo en tanto cuantificado sobre el salario base, según se preveía en el art. 10 de la Orden de 29 de noviembre de 1973 sobre ordenación del salario (F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 82).

¹⁹⁵ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 82; J. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 295.

¹⁹⁶ Vid.: M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "El concepto de salario en especie", en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre el salario", ACARL, Madrid, 1993, pág. 398; V. SAMPEDRO GUILLAMON, "Los supuestos de salario en especie", en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre el salario", ACARL, Madrid, 1993, pág. 416 a 418.

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, respecto del uso de vivienda: S. TSJ. Comunidad Valenciana 12-11-1992 (5874).

¹⁹⁸ V. SAMPEDRO GUILLAMON, "Los supuestos de salario en especie", cit., pág. 417.

¹⁹⁹ De hecho, la S. TSJ. Baleares 15-3-1994 (AS. 1199) aplica una traducción indirecta del principio de proporcionalidad que deriva de este límite porcentual sobre el salario ya proporcionado del trabajador a tiempo parcial; el mantenimiento en el uso de la vivienda supondrá una reducción máxima porcentual fijada por convenio colectivo en un 15% sobre el salario que corresponda.

Resta por abordar la igualdad del trabajador a tiempo parcial en relación a las percepciones extrasalariales, es decir, fundamentalmente las correspondientes en concepto de indemnización o suplidos por gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral; prestaciones e indemnizaciones de Seguridad Social... (Art. 26.2 ET); y respecto de las indemnizaciones correspondientes a traslados y suspensiones o despidos (de éstas últimas nos ocupamos más adelante al tratar el despido). Si niega la proporcionalidad de su devengo el hecho de que no retribuyan el trabajo realizado, sino que tan sólo compensen de gastos provocados por los traslados (Art. 40.1, párrafo cuarto ET) o en la prestación de su trabajo y anticipados por el trabajador²⁰⁰, no obstante respecto de éstos últimos, la menor jornada y su distribución puede desde luego afectar a su realización y a la entidad de la concreta partida compensatoria²⁰¹. Consecuentemente puede resultar aceptable un tratamiento distinto de los trabajadores a tiempo parcial, en atención a la efectiva producción del gasto a compensar, informado respecto de su adecuación por el criterio de la proporcionalidad o, en su caso, por la razonabilidad del mismo, en el supuesto del plus de transporte, o de las dietas, si no se trabaja todos los días o, en cualquier caso, al ser menos frecuente la jornada partida en el trabajo a tiempo parcial que a tiempo completo; la compensación por desgaste de herramientas; gasto de gasolina, entrega o indemnización alternativa de la ropa de trabajo...²⁰².

Las indemnizaciones y prestaciones de la Seguridad Social voluntaria barajarán alternativamente los criterios de equiparación y proporcionalidad en principio "libremente", conforme al Art. 41 CE, según se establezca por los pactos o reglas que los hayan creado como fuentes reguladoras de los mismos -aparte, claro está, de los Art. 39 y 191 y ss. LGSS y disposiciones reglamentarias que los desarrollan-. No obstante, la fijación expresa -o deducida exegéticamente- de la proporcionalidad de la mejora, ya sea por Convenio Colectivo, contrato de trabajo o decisión unilateral del empresario que la genere, en definitiva, la libertad de regulación aludida, tiene que someterse al principio de no discriminación del artículo 14 CE, pese a la interpretación que del Art. 41 CE y en atención al carácter de mejora o complemento voluntario ha mantenido el Tribunal Constitucional en sus sentencias 49/1990, de 26 de marzo y 5/1994, de 17 de enero de 1994²⁰³.

²⁰⁰ En este sentido: F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 82; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 297 y 298; J. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 296; J. YANINI BAEZA, "Trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 22. Debe percibirse íntegro sin proporcionar el plus de transporte, lavado de ropa y calzado de conformidad con el art. 12.4.d) ET en tanto el convenio colectivo no distingue entre trabajadores a tiempo parcial y tiempo completo, ni entre jornada partida y jornada continuada o bien, sencillamente, porque no retribuyen el trabajo por unidad de tiempo: SS. TSJ. Canarias/Santa Cruz de Tenerife 19-2-2003 (AS. 2003/1721) y 3-10-2002 (JUR 2002/283231). Por el contrario, y al entender por la proporcionalidad de la retribución a que se refiere el art. 2.1 RD 1991/84 lo es en sentido amplio, incluidas también las percepciones extrasalariales, la S. TSJ. Andalucía/Málaga 15-3-1991 (2255) sí reduce proporcionalmente el plus de transporte en relación a la menor jornada del trabajador a tiempo parcial.

²⁰¹ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", pág. 259 y 260.

²⁰² Vid.: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 260. En este sentido, se admite la licitud de la cláusula convencional que admite la proporcionalidad del plus de desplazamiento en el trabajo a tiempo parcial en atención a las jornadas practicadas -no, lógicamente, a las horas-: S. TSJ. Baleares 3-2-2000 (AS. 2000/393).

²⁰³ Así lo afirman en términos generales, por ejemplo: M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, "Instituciones de Seguridad Social", Civitas, Madrid, 1998, pág. 534. Exposición e incisiva crítica de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en las sentencias 49/1990 de 26 de marzo y 5/1994 de 17 de enero en: J. LÓPEZ GANDÍA, "Los niveles com-

También parece esa la solución más conveniente desde la perspectiva de la elusión de una posible discriminación indirecta en materia de Seguridad Social voluntaria. Efectivamente, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial, o dentro de éstos los que tengan una jornada muy reducida, de los planes de pensiones de empresa, constituye una discriminación indirecta en materia de remuneración contraria al Art. 119 del Tratado CE (actualmente 141) y a la Directiva 86/378, en su versión tras la Directiva 96/97²⁰⁴.

plementarios de Seguridad Social: la aplicación de los conceptos básicos y el principio de igualdad", A.L., nº. 20, 1995, pág. 303 y ss.. También en: C. GALA DURÁN, "El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social", Bosch, Barcelona, 2000, pág. 103; T. PÉREZ DEL RÍO, "Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral", Tomo I, cit., pág. 120 y 121.

El tratamiento diverso que pueda corresponder a los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos, indubitadamente afirma la doctrina, sólo podrá responder a justificaciones objetivas y razonables en atención a la duración de la jornada o sus modos de actualización, y nunca si no derivan de ella, puesto que, en caso contrario, constituiría un tratamiento discriminatorio (J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 107 y 108). Por el contrario, constatan la existencia de Convenios Colectivos que excluyen a los fijos discontinuos de las mejoras voluntarias, las prevén con una entidad menor o en general, en condiciones desfavorables respecto de los trabajadores fijos a tiempo completo: J. YANINI BAEZA, "Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral", EDER-SA, Madrid, 1995, pág. 89 y 90, y en "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 107. En este sentido, el trabajador fijo discontinuo -y sus beneficiarios- tendrá derecho a la mejora voluntaria también cuando el hecho causante se produzca en los periodos inter-campañas, puesto que "lo contrario significaría desmerecer al trabajador fijo discontinuo respecto del trabajador vinculado por contrato indefinido, circunstancia claramente discriminatoria proscrita por el artículo 14 de nuestra Carta Magna" [S. TSJ. Canarias/Las Palmas 21-7-1998 (3397), sobre indemnización por fallecimiento]. También en esta línea, el hecho de que el trabajador fijo discontinuo se encuentre al comienzo de la campaña en IT., aún cuando releva a la empresa de su llamamiento, no exime del deber de alta del mismo y del abono de la mejora complementaria pactada, ya que la suspensión del contrato por IT. sólo afecta a los deberes de trabajar y remunerar el trabajo, pero no a la obligación de cotizar y abonar las mejoras complementarias de la Seguridad Social, y puesto que de lo contrario, supondría un supuesto de discriminación de los trabajadores fijos discontinuos respecto de los trabajadores continuos o, incluso, fijos discontinuos cuya baja se haya producido durante la campaña [S. TSJ. Baleares 19-2-1996 (259)]. También -con argumentación aparentemente más restrictiva y pobre- procede la indemnización por incapacidad permanente garantizada por contrato de seguro en el supuesto de que ésta sea reconocida en el periodo intercampañas puesto que la Incapacidad Temporal comenzó en el periodo de actividad cuando se encontraba en alta: SS. TSJ. Baleares 19-3-2004 (AS. 2004/2327) y 30-5-2003 (AS. 2003/3953).

²⁰⁴ Véase, por ejemplo: la Sentencia 13-7-1989 (TJCE 1990/29) -Rinner-Kuehn-; Sentencia de 28-9-1994 (TJCE 1994/167) -Vroege-; Sentencia de 13 de mayo de 1996 (Asunto 170/84) Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz; Sentencia 13 de julio de 1989 (asunto 171/88) Ingrid Rinner-Khün contra CC Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG; Sentencia 27 de junio de 1990 (asunto C-33/89) María Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg; Sentencia de 24 de octubre de 1996 (Asunto C-435/93), Francisca Johanna María Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam; Sentencia de 11 de diciembre de 1997 (Asunto C-246/96) (TJCE 1997/264), M.T. Magorrian e I.P. Cunningham contra Eastern Health and Social Services; Sentencias de 10-2-2000 (TJCE 2000/21, 22 y 24), Vick, Conze, Sievers, Scharage, Schr der contra Deutsche Telekom AG. También, la Sentencia del TJCE de 16 de mayo de 2000, caso Preston y otras y Fletcher y otras (véase en Actualidad Laboral, nº. 30, 2000, pág. 3088 y ss.), muy interesante en cuanto a las limitaciones procesales del ejercicio de tales derechos, con específica referencia a lo que, en nuestro ordenamiento jurídico, podríamos identificar con los trabajadores fijos discontinuos, considerándose contrario al Derecho Comunitario, y en particular al principio de efectividad, la exigencia de interposición del recurso dirigido a obtener la participación en un Plan de Pensiones de Empresa dentro de los seis primeros meses posteriores a la extinción de cada uno de los contratos de trabajo, siempre que se trate de una relación laboral estable.

Estudios sobre las mismas, por ejemplo, en: M^a.S. ALONSO LIGERO, "Igualdad de remuneración por razón de sexo", cit., pág. 253 a 256; A. BAYLOS GRAU, "No discriminación, tiempo parcial y retroactividad del efecto directo del principio de igualdad de retribución por razón de sexo", RDS, nº 9, 2000, pág. 117 y ss; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, "La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social", La Ley, Madrid, 1999, pág. 14, 15, 48 y ss., 96; M. NOGUEIRA GUASTAVINO, L. LÓPEZ CUMBRE y R. MORÓN PRIETO, "El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias, en materia de Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 12, 1998, pág. 154 y 155; T. PÉREZ DEL RÍO, "Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral", Tomo I, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, pág. 25; L. SENDEN, "La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria", en AAVV -Coord. J. Cruz Villalón-, "La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 147 y 148.

No obstante, la cuestión a dilucidar se centra fundamentalmente en la procedencia o no de la proporcionalidad de la mejora cuando no se haya previsto regla específica respecto del trabajo a tiempo parcial. La cuestión ha sido resuelta, en nuestra opinión acertadamente, por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de mayo de 1998²⁰⁵, en que reafirma la libertad y autonomía de las fuentes de regulación de la mejora voluntaria a efectos de determinar la estructura y caracteres de la misma. Consecuentemente, habrá que acudir a aquéllas para conocer o no la concesión íntegra o proporcional de la prestación –o de sus requisitos de acceso–, y en defecto de previsión expresa a la interpretación de aquélla atendiendo prevalentemente a finalidad de la mejora voluntaria, y subsiguientemente a la voluntad de las partes, sin que deba aplicarse “*con carácter automático y genéricamente el principio de proporcionalidad en función del tiempo efectivamente trabajado*” en virtud de referencias genéricas a la proporcionalidad de las condiciones de trabajo a tiempo parcial, o por entender aplicables subsidiaria o supletoriamente a las reglas de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial. Finalmente, y como expresamente reconoce el legislador italiano a escuchas de la OIT²⁰⁶, los trabajadores a tiempo parcial deben beneficiarse de los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo en el acceso a los servicios sociales de las empresas (Art. 4.1.a) ET). Salvo previsión expresa del Convenio Colectivo en reserva de su proporcionalidad al tiempo de trabajo, las condiciones de acceso y contenido de tales ventajas serán en términos generales idénticos a los previstos para los trabajadores a tiempo completo, sin razón alguna para la presunción o automaticidad de su proporción –o cómputo exclusivo, caso de exigirse antigüedad, del tiempo de trabajo efectivo– en cuanto no compensan ni retribuyen directamente la prestación del trabajador²⁰⁷.

²⁰⁵ R.J. 4644, que casa y anula la S. AN. de 22-9-1995 (3697), respecto de seguro de vida e incapacidad concertado por la empresa.

²⁰⁶ Si bien los términos de la norma italiana parecen más estrictos que los de el art. 11 de la Recomendación de la OIT nº. 182, sobre el trabajo a tiempo parcial conforme al cual “deberían adoptarse todas las medidas que sean apropiadas para que, en la medida en que sea factible, los trabajadores a tiempo parcial tengan acceso, en condiciones equitativas, a las instalaciones y servicios de bienestar y a los servicios sociales del establecimiento de que se trate; dichas instalaciones y servicios deberían adaptarse, en la medida de lo posible, para tomar en cuenta las necesidades de los trabajadores a tiempo parcial”.

²⁰⁷ En este sentido: S. TSJ. Cataluña 29-11-2004 (JUR 2005/35525); S. TSJ. País Vasco 29-5-2001 (AS. 2001/4412). Efectivamente, su naturaleza extrasalarial y su finalidad asistencial no condicionadas al tiempo de trabajo contratado, ha sido una razón esgrimida por nuestros Tribunales ordinarios para mantener, en defecto de previsión expresa por Convenio Colectivo, el derecho a la percepción íntegra de las prestaciones de Previsión Social Voluntaria, salvo que éstas estén calculadas en razón del salario que perciba el trabajador o de la prestación de Seguridad Social que en su caso mejoren: S. TSJ. País Vasco 23-7-1996 (3237).

La casuística es tan amplia que la doctrina viene haciendo reserva de la proporcionalidad que pueda establecer el Convenio Colectivo, aún cuando propugne la equiparación en defecto de previsión en contrario (por ejemplo: J. YANINI BAEZA, “El trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 22). Respecto de la naturaleza de las mejoras voluntarias véase: M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, “El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social”, en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, “Estudios sobre el salario”, cit., pág. 517 y ss.; J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, “Protección social complementaria de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 34 y ss.; C. GALA DURÁN, “El régimen jurídico de las mejoras voluntarias...”, cit., pág. 43 y ss.; A. MATORRAS DIAZ-CANEJA, “Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de seguridad social aplicada)”, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pág. 186 y ss..

Por el contrario, en otras ocasiones y por entenderse que las indemnizaciones previstas en el Convenio Colectivo no constituyen prestación meramente asistencial, sino una remuneración o utilidad que deriva de manera directa del trabajo, el Tribunal ha entendido que corresponderá, en orden al carácter de contraprestación en la relación jurídica bilateral en que trae su causa, la reducción proporcional a la jornada de las prestaciones comprometidas. Así, respecto de las indemnizaciones previstas en Convenio Colectivo para la jubilación anticipada, identificadas plenamente a la retribución y su pro-

1.4 Otros significados de la antigüedad en el contrato a tiempo parcial y fijo discontinuo

Es en aquellos supuestos en que los derechos en cuestión no se vinculan inexorablemente y en virtud de su causa a la contraprestación de los servicios del trabajador en los que la entidad de ésta no puede condicionar a su vez la antigüedad del trabajador. Recupera entonces su significado como duración del vínculo contractual y en la que computarán íntegramente los tiempos de vigencia del mismo en identidad de condiciones al tiempo completo. Es el supuesto de la excedencia voluntaria, condicionada en el Art. 46.2 ET a un periodo de antigüedad de un año para el nacimiento del derecho a su ejercicio, en definitiva de vinculación a la empresa, y que no podrá verse incrementado proporcionalmente según las dimensiones de su jornada caso de tratarse de un contrato a tiempo parcial común, ni modificado en similar sentido -o en el inverso- el tiempo de duración del ejercicio de dicho derecho²⁰⁸. Afirmación ésta última también predicable del resto de los supuestos de suspensión y excedencias (voluntaria causal o forzosa), en los que el cómputo de los plazos se hará igualmente de fecha a fecha, sin que exista razón objetiva alguna para modificar tal criterio²⁰⁹.

porcionalidad conforme al art. 2.2 RD 1991/84, de 31 de octubre: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 22 de junio de 1993 (2810). A la misma solución se podría haber llegado, no obstante, de considerarse, en cierto modo, sustitutivo de salario. En cualquier caso, el premio de jubilación que prevea el Convenio Colectivo en favor de los trabajadores con al menos quince años de antigüedad y consistente en una mensualidad extraordinaria de salario por quinquenio, sólo permitirá la proporcionalidad de dicho módulo salarial de cálculo respecto de los años realizados a jornada parcial, y no de aquellos de antigüedad realizados a jornada completa [S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 26-10-1998 (4800)]. Sin embargo, y atendiendo a los términos del Acuerdo, no procede la reducción proporcional del complemento salarial fijado en Acuerdo sobre jubilaciones parciales hasta alcanzar el 100% del salario bruto que habría correspondido de trabajar a tiempo completo por el hecho de que se reduzca la base reguladora de la pensión por concurrencia de otra pensión que se perciba.

²⁰⁸ Este planteamiento se propugna sin apenas resquicios respecto del trabajo a tiempo parcial tratado desde una perspectiva general: CES, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 41; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", pág. 270 y 271; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 286. No frente al fijo discontinuo, periódico o irregular, cuya antigüedad a efectos del devengo del derecho -no así de la duración de su ejercicio ni del lapso temporal intermedio para su nuevo nacimiento-, o de cualesquiera otros supuestos de suspensiones previstos por la negociación colectiva, se vincula, nuevamente, salvo previsión específica del convenio colectivo, a los servicios efectivamente trabajados, más la parte proporcional de los domingos, festivos, vacaciones, días de licencias retribuidas y demás suspensiones computables a efectos de antigüedad [J. GARCÍA ORTEGA, "Las relaciones laboral y de Seguridad Social...", cit., pág. 198 y 199; por nuestros Tribunales: S. TSJ. País Vasco 13-6-2000 (JUR 2001/37053); más matizadamente, recomienda que esta excepción sea prevista por la negociación colectiva: R. ARGÜELLES BLANCO, "La excedencia laboral voluntaria", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 226 y 227]. En contra, equiparando en todos sus aspectos a los fijos discontinuos y a los trabajadores de prestación continuada: A. MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, "La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 61 -que tras constatar esta dirección jurisprudencial la considera, posiblemente discriminatoria; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 154 y 155. De hecho comúnmente se acepta que a tales efectos de la antigüedad computan los periodos suspensivos (R. ARGÜELLES BLANCO, "La excedencia...", cit., pág. 224 a 226; M^aL. RODRÍGUEZ COPÉ, "La suspensión...", cit., pág. 57 y 58). Con lo que resulta difícil justificar esta diversidad en el trato. Por el contrario, el tiempo de duración de la excedencia se computará siempre, tanto en el contrato a tiempo parcial como en el fijo discontinuo, de fecha a fecha y, caso de ser fijo discontinuo deberá solicitarse el reingreso en el plazo previsto, con independencia de que aún no haya comenzado la temporada: S. TS. 18-9-2002 (RJ. 10678); S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 8-2-2000 (AS. 5128). Aún cuando también se ha aceptado en alguna ocasión la concesión de la excedencia por una sola temporada: S. TSJ. Madrid 27-3-1996 (549). Este derecho preferente de reingreso se predica respecto de las mismas condiciones de modalidad contractual que se disfrutaban en el momento de iniciarse la excedencia: SS. Canarias/Sta Cruz de Tenerife 10-10-2001 (AS. 4611); TSJ. Comunidad Valenciana 13-5-1999 (AS. 6883); TSJ. Cataluña 22-1-1998 (AS. 555) -al no extinguirse el contrato con la excedencia no cabe al reingreso aplicar la cotización reducida para el trabajo marginal por razones de derecho transitorio-. Esto se traduce a su vez, en nuestra opinión, al derecho del trabajador a mantener la cantidad y distribución de la jornada pactada dada la potencial esencialidad de los mismos a efectos de su voluntariedad.

²⁰⁹ También en la suspensión de sueldo y empleo por razones disciplinarias del art. 45.1.h) ET (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 271 y 272). Con independencia de que dicha suspensión, desde luego, sólo pueda hacerse efectiva en el fijo discontinuo en los periodos de actividad (B. RÍOS SALMERÓN,

También, y a falta de previsión en convenio colectivo, se seguirá idéntico criterio de cómputo la antigüedad a efectos de los derechos de promoción profesional y económica del trabajador reconocidos en el Art. 35.1 CE y en los Art. 4.2.b), 24 y 25 ET respectivamente²¹⁰. Desaparecida toda referencia expresa a la antigüedad en el Art. 25 ET. respecto de los derechos de promoción económica del trabajador, el Art. 24 ET, refiere los valores profesionales a tener en cuenta en los ascensos la formación, los méritos y la antigüedad del trabajador²¹¹. La referencia, sin más, a la antigüedad del trabajador, parece remitirnos en una primera instancia a su contenido tradicional, como duración de su vínculo con la empresa o, en su caso, dado el contexto configurador de datos evaluables a efectos de la promoción profesional, de la duración del vínculo funcional del que se parta. No obstante, nada condena cuando sea apreciable una justificación objetiva por razones de perfección técnica un cómputo distinto de la antigüedad -o diversidad en su exigencia- fijado por convenio colectivo, o en su defecto acuerdo de empresa, pues es a éstos a los que corresponde la fijación de los criterios objetivables del régimen de ascensos y, dentro de aquellos, la particular configuración de qué sea "antigüedad" a tales efectos (Art. 24.1 ET). Por otra parte, aparentemente nada impediría contener la valoración de la entidad de la jornada, y consiguiente experiencia profesional, en el ámbito dedicado a los méritos, con lo que la disyuntiva antigüedad/méritos, carecería al menos ocasionalmente del menor interés²¹². Tanto más cuando se acepte el sistema de libre designación de los trabajadores en el ascenso, y que parece estar recogido en la referencia a las "facultades organizativas del empresario"²¹³, y porque, en todo caso, parece aceptarse con ello una cierta discrecionalidad empresarial²¹⁴.

"La contratación de trabajadores fijos discontinuos", cit., pág. 73. Vid.: J. YANINI BAEZA, "La contratación para trabajos fijos discontinuos", cit., pág. 139 a 141). Salvo en los supuestos de suspensión derivados de la voluntad de las partes, en que pueden pactar otras fórmulas de cómputo del tiempo de suspensión (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 271). Distinto, no obstante, del supuesto de excedencia forzosa del trabajador a instancias del empresario ex segundo párrafo del art. 37.3.d) ET. En tal caso el 20% de las horas laborales en un período de tres meses debe entenderse referido a la concreta prestación adeudada por el trabajador a tiempo parcial (o fijo discontinuo) individualmente considerado, según se deduce de los propios términos del precepto (que se refiere a la imposibilidad de ejecución del trabajo debido y que utiliza, además, un porcentaje respecto de aquél para cifrar dicha imposibilidad) y por ser la solución más adecuada a la conservación del equilibrio contractual (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 272). En cuanto al cómputo de la antigüedad del fijo discontinuo devengada durante el período suspensivo, recordamos lo que se dijo en nota al hilo del estudio de las garantías de los representantes de los trabajadores en relación a la S. TSJ. Andalucía/Sevilla 20-10-1999 (4415); en definitiva, salvo previsión más favorable, corresponderá la antigüedad del trabajador que siga en el escalafón al trabajador con el contrato en suspenso.

²¹⁰ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 267 y 268. Con mayor determinación MERINO SENOVILLA parece rechazar en todo caso un cómputo de la antigüedad del art. 24 ET. en razón del tiempo de trabajo efectivo por considerar que el ascenso o la promoción funcional, traslados, becas, cursos, etc. no derivan directamente de la duración de la prestación (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 284 a 286).

²¹¹ Criterio de la antigüedad en claro retroceso (por todos: F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, "Clasificación profesional y promoción en el trabajo", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral", Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 211).

²¹² En este sentido, GONZÁLEZ DEL REY propone la integración de la valoración de la entidad de la jornada bien en la formación, bien en los méritos (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 268 y 269).

²¹³ A. MONTOYA MELGAR, J.M. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN, "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores", Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 110 y 111; A. VINUESA ALADRO, "Categorías profesionales y ascensos", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1985, pág. 345 y 346.

²¹⁴ A. VINUESA ALADRO, "Categorías profesionales y ascensos", cit., pág. 348.

Es cierto que en la práctica la concreta determinación de los criterios a tener en cuenta en el ejercicio del derecho a la promoción económica y profesional podría concluir en el efectivo impedimento de los trabajadores a tiempo parcial en la participación de los mismos²¹⁵, tanto más cuando pueda aparecer el obstáculo añadido de que la plaza a la que se aspire suponga una jornada distinta de la que se ostenta.

La cuestión, ha sido observada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde la perspectiva de la discriminación indirecta por razón de sexo en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que en sus sentencias de 7 de febrero de 1991 (Nimz)²¹⁶, de 2 de octubre de 1997 (Kording)²¹⁷ y de 2 de octubre de 1997 (Gerster)²¹⁸ considera una discriminación indirecta contraria a la Directiva 76/207 el cómputo de la antigüedad del trabajador a tiempo parcial en atención a su jornada a efectos de su promoción profesional y económica, con lo que las previsiones en este sentido y el alcance del apartado 4º de la Cláusula 4ª de la Directiva sobre el Trabajo a Tiempo Parcial en el campo de la promoción económica y profesional, parece que deba interpretarse restrictivamente²¹⁹. Entienden las referidas sentencias que las razones vinculadas a la capacitación del trabajador no justifican automática y en todo caso, el incremento proporcional del tiempo requerido por cuanto la adquisición de la experiencia en el ejercicio de la función, que se encuentra en relación con la calidad de las actividades desempeñadas en relación con un determinado número de horas de trabajo efectuadas, dependerá casuísticamente de la valoración de múltiples factores conforme a los cuales se pueda justificar –o no– objetivamente el incremento proporcional del tiempo exigido para la promoción.

Distinto es que la promoción y formación profesional del trabajador a tiempo parcial se aborde desde una perspectiva de política de empleo, tal y como hace con un cierto tono programático el Art. 12.4.f) ET. Y tal y como se deduce sin conflictos de algunos de los grandes principios que han informado la reforma del 98 del trabajo a tiempo parcial, cual es la mejora de la calidad del trabajo a tiempo parcial, en particular a través de voluntariedad del trabajo a tiempo parcial y de la igualdad de trato respecto del trabajador a tiempo completo. Voluntariedad que no se entendería de mantenerse las trabas que impidiesen en la práctica el ascenso y formación del trabajador, contribuyendo a la precarización de esta forma de empleo, a la progresiva desprofesionalización, y a la inmovilidad y segregación del trabajador o, quizá mejor, trabajadora.

²¹⁵ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 268).

²¹⁶ Véase: T. PÉREZ DEL RÍO, "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario", en AAVV –coord. E. Ruiz Pérez-, "Mujer y trabajo", Bomarzo, 2003, pág. 301; C. SÁEZ LARA, "Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas", CES, Madrid, 1994, pág. 128 y 129.

²¹⁷ Asunto C-100/95 (Brigitte Kording contra Senator für Finanzen).

²¹⁸ Asunto C-1/95 (Hellen Gerster contra Freistaat Bayern).

²¹⁹ M^a.A. BALLESTER PASTOR, "La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial", R.L., T.II, 1998, pág. 205.

Precisamente, atendiendo tales consideraciones de política del derecho el Art. 12.4.f) ET, incita a que los actores sociales, a través de los convenios colectivos, entiéndase ahora en sentido amplio, asuman el papel equilibrador de las situaciones fácticas peyorativas de que participen los trabajadores a tiempo parcial en el ámbito de la formación profesional y, vinculada a ésta, “*su progresión y movilidad profesionales*”, en definitiva, su promoción profesional. Obsérvese, no obstante, que la promoción profesional no se observa en sí misma sino como derivada de las medidas formativas, lo que refuerza aún más su carácter programático, de mero compromiso, y hasta informador para el intérprete²²⁰, pero que requieren de un mayor esfuerzo para asegurar no ya el acceso a la formación –que podría ir acompañada para este colectivo precarizado y segregado sexualmente de acciones de acción positiva–, sino su traducción a una efectiva promoción dentro de la empresa a través de una política de ascensos equilibradora y de potenciación de la transformación voluntaria de la jornada.

Finalmente, el cómputo del tiempo para surtir la expectativa de ascenso del Art. 39.4 ET se hará por días naturales, por cuanto la presunción de existencia de vacante que supone es independiente de la cantidad de jornada contratada y de la forma de distribución de ésta en el trabajo a tiempo parcial común²²¹.

1.5 Particularidades del despido, extinción, indemnización y salarios de tramitación

En materia de despido igualmente resulta predicable el principio de igualdad de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, si bien traducido en la proporcionalidad de los aspectos de éste condicionados al tiempo de la prestación²²². En cuanto a las consecuencias del despido declarado improcedente, o

²²⁰ En esta línea se sitúan igualmente los art. 15 y 17 de la Recomendación de la OIT. sobre el trabajo a tiempo parcial del 94. Así como la Cláusula 5.3.d) de la Directiva 97/81/CE sobre el trabajo a tiempo parcial, e indudablemente, las dificultades de progresión y formación profesional de los trabajadores a tiempo parcial constituyen uno de los obstáculos a identificar y salvar por los Estados miembros y los interlocutores sociales a fin de facilitar el uso de la modalidad contractual (Cláusula 5.1.a) y b) Directiva 97/81/CEE). También el legislador italiano se ha hecho eco de tales consideraciones, reconociendo en el art. 4.2.a) del D. Leg. n.º 61 que el trabajador a tiempo parcial tiene los mismos derechos que el trabajador a tiempo completo para el acceso a las iniciativas de formación profesional organizadas por el empresario.

²²¹ En este sentido, indicando que, en caso de computarse exclusivamente los tiempos de prestación efectiva, el trabajador a tiempo parcial podría mantener permanentemente tal actividad sin expectativa de ascenso posible: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit. pág. 269.

²²² En particular, respecto de las condiciones de terminación de la relación de trabajo el art. 7.b) del Convenio OIT sobre el Trabajo a Tiempo Parcial de 1994 exige en principio la equivalencia respecto de los trabajadores a tiempo completo (vid.: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 275 y 276). No obstante, el propio artículo 8.1.b) del citado Convenio, desmiente inmediatamente tal imposición en tanto admite respecto del trabajo a tiempo parcial de ingresos y duración del tiempo de trabajo reducidos su exclusión por el Estado Miembro de las comentadas condiciones generales del despido. También el verdadero alcance de la Cláusula 4.ª, 4.ª de la Directiva 97/81 está aún por determinar, y en particular, de si ampara y en virtud de qué razones objetivas, un tratamiento diverso del trabajo a tiempo parcial, sometido a exigencias particulares, como sea, un mínimo de jornada, antigüedad o salario. En este sentido, no se opone al principio de igualdad de trato de los trabajadores masculinos y femeninos en lo relativo a las condiciones de despido, según el apartado 1 del art. 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, «la aplicación de una disposición nacional que al determinar si una empresa debe o no aplicar el régimen de protección contra el despido, no tiene en cuenta a los trabajadores ocupados un número de horas igual o inferior a diez por semana o a cuarenta y cinco por mes, si no resulta probado que las empresas no sujetas a dicho régimen emplean a un número considerablemente más elevado de mujeres que de hombres. Aunque éste fuera

en general, cualesquiera otras derivadas de la extinción del vínculo ex Art. 49, 40 y 41 ET que se encuentren vinculadas al salario y a los años de servicio en la empresa²²³, la indemnización que en su caso corresponda se calculará en el fijo discontinuo conforme a la antigüedad del trabajador computado únicamente el tiempo de trabajo efectivamente prestado²²⁴. En cuanto al contrato a tiempo parcial común, a efectos de la concreción de los “años de servicio”, no se seguirá el criterio de cómputo exclusivo de los días efectivamente trabajados. Consecuentemente, en el trabajo a tiempo parcial coincidirá dicho referente con el de la duración del contrato²²⁵. Por el contra-

el caso, semejante medida podría estar justificada por razones objetivas y ajenas al sexo de los trabajadores en la medida en que su objeto sea mitigar las trabas que afectan a las pequeñas empresas» (Sentencia del TJCE de 30 de noviembre de 1993, asunto C-189/91, Petra Kirsammer-Hack y Nurhan Sidal). Por el contrario, el art. 119 TCE (actualmente 141) prohíbe la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del pago de un subsidio transitorio previsto en Convenio Colectivo en caso de extinción de la relación laboral, cuando se demuestra que el porcentaje de hombres que trabajan a tiempo parcial es mucho menor que el de mujeres, a menos que el empleador demuestre que la disposición que lo prevé está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (S. TJCE 27-6-1990, asunto C-33/89, María Lowalska y Freie und Hansestadt Hamburg).

²²³ La proporcionalidad de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo desvinculadas de los años de servicio del trabajador (art. 49.1.g), párrafo segundo ET), requerirá en el supuesto de ser un fijo discontinuo del prorrateo del salario en los doce meses del año, puesto que de lo contrario, merecería una indemnización igual a la de los trabajadores a tiempo completo, y supondría un trato desigual respecto del trabajo a tiempo parcial común (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 275). Similar cálculo prorrateado debe practicarse en el trabajo a tiempo parcial cuya jornada sea irregular a lo largo del año.

²²⁴ Así lo recogió el art. 4.3 RD 2303/80 [S. TCT. 24-5-1984 (4584)], manteniéndose esta interpretación indubitablemente por nuestros Tribunales en atención a que el cómputo de los períodos de inactividad equipararía a los fijos discontinuos con los trabajadores de prestación a tiempo completo y continuada en el año, constituyendo un agravio comparativo respecto de estos últimos; y por cuanto por “años de servicio” del art. 56.1.a) ET parece atenderse, tanto por su finalidad indemnizatoria como por el término empleado, a la actividad efectivamente prestada, por ejemplo: S. TCT 3-11-1987 (23883); S. TSJ. Madrid 12-9-1989 (1375); S. TSJ. Aragón 22-3-1990 (689); S. TSJ. Comunidad Valenciana 18-12-1990 (3752); S. TSJ. La Rioja 31-7-1991 (4398); S. TSJ. Cantabria 17-9-1991 (4883); S. TSJ. Andalucía/Málaga 15-12-1992 (6292); S. TSJ. Extremadura 15-7-1996 (2737); S. TSJ. Andalucía/Granada 4-9-1996 (2963); S. TSJ. Cataluña 13-11-1998 (4942); S. TSJ. Andalucía/Málaga 23-4-1999 (1187); S. TSJ. Navarra 21-4-1999 (1428); S. TSJ. Cataluña 2-7-2001 (3073); S. TSJ. Andalucía/Málaga 7-12-2001 (JUR 2002/109217); S. TSJ. Cataluña 18-2-2003 (JUR 2003/116645); S. TSJ. Comunidad Valenciana 10-9-2003 (JUR 170206). Y ello, con independencia de las horas trabajadas en el período de actividad, caso de ser un trabajador a tiempo parcial, puesto que la proporcionalidad de la indemnización ya se alcanza con la reducción proporcional del salario regulador: S. TSJ. Navarra 21-4-1999 (1428); S. TSJ. País Vasco 3-6-2003 (1620). Los salarios de trámite se limitarán lógicamente al período de actividad, a la campaña o campañas en que debió ser ocupado, puesto que la finalidad de tales salarios de trámite de restablecer la situación alterada por el despido, no pueden sobrepasar la cuantía que habría percibido el trabajador de no mediar despido [por ejemplo, entre otras muchas: S. TCT. 16-12-1986 (13863); TCT. 11-12-1986 (13520); TCT. 25-11-1986 (12386); S. TCT. 21-10-1986 (9936); TCT. 1-10-1986 (8750); TCT. 5-4-1989 (2819); S. TSJ. La Rioja 31-7-1991 (4398)]; S. TSJ. Comunidad Valenciana 21-4-1995 (1745); S. TSJ. Extremadura 15-7-1996 (2737); S. TSJ. Navarra 22-6-1998 (2533); S. TSJ. Andalucía/Málaga 23-4-1999 (1187); S. TSJ. Murcia 6-9-1999 (2911); S. TSJ. Galicia 28-3-2003 (3009)]. No obstante, de tratarse de un fijo discontinuo irregular, y dado que pueden darse interrupciones estructurales internas en la temporada, y variar el inicio y finalización de la misma, se calcularán, si ello fuera posible, a partir del conocimiento exacto o aproximado de los días en que debió trabajar, por lo común, a través de promedios semanales conforme a la temporada o campañas anteriores [S. TSJ. Baleares 28-12-1994 (5076)] o, en términos más amplios, de forma ponderada [S. TS. 26-5-1997 (4426); S. TSJ. Canarias/Las Palmas 12-2-1999 (1267)], si bien alguna sentencia ha relegado la concreta fijación de los mismos a la ejecución de sentencia. Igualmente podría entenderse acertada la presunción en favor del trabajador y en defecto de prueba por el empresario, de que los días de posible trabajo sean todos los comprendidos en la duración de la/s campaña/s, por cuanto puede ser el único dato material cognoscible por el trabajador respecto de sus tiempos de ocupación, correspondiendo la prueba en contrario al empresario por disponer de tal información (art. 1214 C. Civil) [S. TSJ. Comunidad Valenciana 4-10-1994 (4024)].

²²⁵ Puesto que al estar reducido ya proporcionalmente el salario diario, la reducción del factor temporal en el cálculo de la indemnización elevaría la reducción final “al cuadrado”, con consecuencias discriminatorias respecto del trabajador a tiempo parcial (art. 14 CE y 17 ET) [S. TSJ. 8-4-1999 (1341); S. TSJ. Cataluña 19-1-2001 (565); S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 14-1-2003 (JUR 54603); S. TSJ. Andalucía/Granada 22-4-2003 (JUR 2003/159913); S. TSJ. País Vasco 3-6-2003 (1620)]. En contra, proporciona a la jornada pactada el cómputo de los años de antigüedad en el trabajo a tiempo parcial a efectos de la indemnización por despido: S. TSJ. La Rioja 8-3-2005 (AS. 208).

rio, según propone un sector de la doctrina, en el trabajo a tiempo parcial de distribución vertical a lo largo del mes el criterio a seguir puede ser el mismo que el expuesto respecto del fijo discontinuo, es decir, el tiempo de prestación efectiva de servicios sumados, por supuesto, los correspondientes a descansos, festivos y vacaciones que proporcionalmente procedan y con independencia del número de horas invertido²²⁶. Realmente lo que subyace en esta diversidad de fórmula de cómputo es la de la consecución de la proporcionalidad de la indemnización y salarios de tramitación a la entidad de la jornada, bien a través de la reducción proporcionada del salario en función del porcentaje de reducción de jornada, bien como consecuencia del modo de cómputo de la antigüedad. Por tanto resulta determinante a tales efectos el criterio que se siga en orden a la fijación del salario-día, sin que sea admisible en ningún caso la doble reducción de la indemnización producto de la aplicación de ambos criterios de proporcionalidad. En cualquier caso, el criterio más ajustado al trabajo a tiempo parcial común es el del cómputo de la antigüedad como equivalente a vigencia de la relación, y no sólo por su mayor transparencia y facilidad, ni porque el salario y cotización ya estén reducidos mensualmente, sino porque la potenciación de la flexibilidad en la distribución de la jornada y la utilización de las horas complementarias han dejado realmente obsoleta tal propuesta²²⁷, además de entrañar peligros reales de consolidación de ese cómputo de la antigüedad a otros efectos cuales son, por ejemplo, la misma indemnización por despido tras la transformación de la relación en tiempo completo.

También los salarios de trámite en el trabajo a tiempo parcial se limitarán de forma que el trabajador no perciba en tal concepto más que aquellos que dejó de percibir (Art. 56.1.b) ET). Consecuentemente, tendrán el tope del trabajo comprometido en el período que tales alcancen²²⁸. Ahora bien, toda vez que la jornada comple-

²²⁶ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 98 y 99; I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 274. En este sentido, LÓPEZ CUMBRE, que pese a considerar integrado el tratamiento del despido dentro del art. 2.3 RD 1991/84, afirma que la equiparación en la antigüedad del trabajador a tiempo parcial requiere ser completada en los aspectos económicos de aquél por su proporcionalidad, identificándose ambas -imaginamos- por ser ésta la traducción de aquélla, y computándose los años de servicios conforme a los días efectivamente trabajados (L. LÓPEZ CUMBRE, "Jornada parcial", cit., pág. 178. En este sentido: S. TCT. 21-7-1987, AL, 1987, T.II, pág. 2204 a 2207).

²²⁷ El salario diario, unidad de cálculo de la indemnización y medida de los salarios de tramitación caso de tratarse de un contrato a tiempo parcial horizontal o vertical puro, es decir, sin distribución irregular de la jornada en los días de trabajo, puede ser el diario, sumados, por supuesto, la parte proporcional de descansos y festivos, pagas extras y vacaciones [F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 75; F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 99. Ejemplos que ofrece la jurisprudencia sobre la determinación del salario-hora en el fijo discontinuo y en el contrato a tiempo parcial en interpretación de los términos del Convenio: SS. TS. 29-4-1999 (4655) que casa y anula la S. TSJ. Murcia 20-7-1998 (3242); 12-7-1999 (6446); S. TSJ. Madrid 17-4-1990 (86)]. Ahora bien, dada la posibilidad de distribución irregular de la jornada a lo largo de la semana, mes... o año, tanto más cuando la retribución de las horas complementarias debe incorporarse al cálculo en cuestión, será necesario calcular el salario medio del trabajador en el ámbito temporal de referencia para la distribución irregular y, de seguirse un cómputo de antigüedad similar a la del fijo discontinuo, según días de trabajo efectivo [I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 274. Por el contrario, MERINO SENOVILLA propone hacer en función del salario-hora, trasladado al salario-día en el ámbito temporal contratado -semana, mes... año-, si bien parte de un cómputo de los "años de servicio" como equivalente a la antigüedad del trabajador en la empresa, es decir, a la vigencia del contrato y no así a la ocupación efectiva (H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 298). Denuncia también el problema: M^a.A. BALLESTER PASTOR, "Adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial", R.L., T.II, 1998, pág. 209].

²²⁸ S. TSJ. Cataluña 20-9-2004 (JUR 282026); S. TSJ. Madrid 11-3-1994 (1154).

mentaria debe computarse a efectos de la fijación del salario regulador de la indemnización, y por idénticas razones de compensación de los ingresos dejados de percibir, debe igualmente tenerse en cuenta a efectos de salarios de trámite, sin necesidad para ello de que la jornada complementaria se acompañe de un compromiso del empresario de su utilización. En cuanto al descuento que se practique en los salarios de tramitación de lo percibido por el trabajador despedido del último inciso del Art. 56.1.b) ET, y puesto que su razón de ser es la de evitar un enriquecimiento injusto del trabajador, siguiendo el mismo criterio que expusimos respecto de la contratación fija discontinua, un sector doctrinal considera que no podrán descontarse las cantidades globales obtenidas con el nuevo empleo²²⁹, sino únicamente aquéllas correspondientes a una prestación de servicios coincidente con los tiempos de prestación de la relación extinta, y, por supuesto, con éste límite²³⁰. El índice final, podría entenderse, es el de la compatibilidad de la relación extinta y la nueva, por lo que, llevado a sus últimas consecuencias, incluso el horario de trabajo de una y otra determinará la procedencia o no del comentado descuento. No obstante, de seguir incondicionalmente este criterio, se estaría otorgando al horario o, en general a la distribución de la jornada un valor excesivo, por cuanto, por ejemplo, la distribución horaria de la prestación actual puede estar fundada, precisamente, en la pérdida del contrato anterior, de manera que, de haber mantenido la relación extinta, quizá el trabajador habría condicionado su contratación a la compatibilización de ambos. Por otra parte, tampoco parece la interpretación más equitativa conforme a la adaptación que requiere la norma general a las características del trabajo a tiempo parcial y a la disponibilidad de capacidad laboral que el mismo conlleva, ni desde luego la más favorable al trabajador. Por tales razones, consideramos más ajustadas, siquiera alternativamente y según valoración ponderada del caso concreto, la solución propuesta por YANINI para los supuestos de nueva contratación a tiempo parcial, de manera que sólo se restasen aquellos que excediesen de la jornada completa, sumadas la actual y la jornada perdida²³¹. Este sería el criterio más equiparado al régimen a tiempo completo que sirvió de referente a la norma, por cuanto el trabajador despedido no verá satisfechos a través de la indemnización una jornada superior a la completa, de igual manera a como sucedería en el supuesto de tratarse de un trabajador a tiempo completo. Y sería la interpretación de la norma más favorable conforme al principio *pro operario*, pues evitaría deducir los salarios en virtud de meras coincidencias en el horario de las prestaciones reducidas. Bien es cierto que con ello parece partirse de la involuntariedad intrínseca del trabajo a tiempo parcial, pero tal objeción decaería al menos en los supuestos en los que quepa acreditar la disponibilidad del trabajador para trabajar a tiempo completo o de pluriempleo a tiempo parcial.

²²⁹ Las contrataciones que se hicieran con anterioridad al despido no cuentan dado que se mantendría el carácter resarcitorio de los salarios de tramitación y puesto que, de lo contrario, se provocaría un doble perjuicio al trabajador, el despido y el descuento (J. YANINI BAEZA, “Trabajo a tiempo parcial: notas sobre su régimen regulador”, cit., pág. 31).

²³⁰ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 273.

²³¹ J. YANINI BAEZA, “Trabajo a tiempo parcial: notas sobre su régimen regulador”, cit., pág. 31. Este parece el criterio seguido por la S. TSJ. Cataluña 14-2-2000 (1369), que reconoce sencillamente como compatibles y por tanto sin afectación de los salarios de tramitación la realización de otros trabajos a tiempo parcial –sin indicación de la jornada–, hasta el momento mismo en que se realiza otro trabajo a tiempo completo. Distinto, por tanto, del fijo discontinuo seguido de otros trabajos a tiempo completo: S. TSJ. Murcia 5-9-2000 (36389) y S. TSJ. Comunidad Valenciana 14-1-2005 (448).

Por último, al abordar el tema de las indemnizaciones en el contrato a tiempo parcial, la doctrina viene cuestionándose la forma de cálculo del salario diario cuando la relación ha sufrido recientemente una novación de tiempo completo a parcial o viceversa. Desde luego tales novaciones influirán decisivamente en el supuesto de que se trate de un contrato a tiempo completo novado en trabajo a tiempo parcial –seguro, como vimos, en el horizontal–, en que el salario diario se verá ampliado o reducido respectivamente sin afección de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización²³². Pero las consecuencias de la transformación se magnifican por su persistencia en el tiempo en el caso del fijo discontinuo. Efectivamente, en la transformación del fijo discontinuo en continuo, la aplicación incuestionada del anteriormente expuesto sistema de cómputo de la antigüedad a los efectos del cálculo de la indemnización por despido, provocará probablemente la pervivencia de los efectos de la reducción de la jornada anual *sine die*, sin justificación ahora de requerimiento de proporcionalidad alguna. De hecho tal proporcionalidad sería predicable también de las transformaciones en el contrato a tiempo parcial, lo que evidencia no sólo un trato injustificadamente desfavorable del colectivo frente al trabajador a tiempo parcial, sino la discutible –pues, ya lo vemos, no se sigue en todo caso una regla común– aplicación en tales condiciones del criterio de cómputo al perder su razón de ser, y la equiparación de los períodos de inactividad, no a la suspensión²³³ sino a la excedencia. Finalmente, y pensando sobre todo en situaciones en que la reducción de jornada está muy próxima a la extinción del contrato, en contra del criterio jurisprudencial general, según el cuál el salario unidad de cálculo será el vigente al momento de la extinción, la doctrina ha propuesto una determinación ponderada y equitativa del mismo que tome en consideración el salario tanto al tiempo de la extinción como de la transformación, dividiendo en dos tramos proporcionales –entendemos a la duración en la relación de cada uno de las jornadas, completa y parcial– la indemnización correspondiente, o bien la fijación de un salario-día teórico a tiempo completo articulándose la proporcionalidad sobre el cómputo del tiempo de trabajo a lo largo de la relación²³⁴.

²³² En el despido de trabajadora a tiempo completo precedido de prestación a tiempo parcial el salario a efectos de cálculo de la indemnización será el del momento del despido y la antigüedad computará por tiempo de vinculación continuada en la empresa con independencia de la entidad de la jornada: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 14-1-2003 (JUR 54603); S. TSJ. Andalucía/Granada 22-4-2003 (JUR 159913). El salario regulador será como regla general el vigente al momento de la extinción [por ejemplo: S. TSJ Extremadura 19-4-1989 (1749)], y salvo excepción debidamente fundada, como es el caso de la reducción de jornada por cuidado de hijo menor, dado lo transitorio de la situación [S. TS. 11-12-2001 (RJ. 2002/2025); S. TSJ. La Rioja 1-6-1999 (1781). Véase también: SS. TS. 15-10-1990 (7685), 24-7 y 29-9 de 1989 (5909 y 6551)]. Una vez que se admita que la conversión del contrato en completo o viceversa constituye una novación modificativa y no extintiva, difícilmente podrá sostenerse, como ha hecho alguna sentencia que no computará a efectos de antigüedad en el cálculo de la indemnización el anterior contrato a tiempo completo para dos actividades, seguido sin solución de continuidad por otro a tiempo parcial para una sola actividad, ya que son dos contratos distintos en función de su objeto: S. TSJ. Andalucía/Granada 20-10-1999 (AS. 4659). En similar sentido, a efectos de indemnización no computa la antigüedad obtenida en el anterior contrato a tiempo parcial, seguido de otro indefinido a jornada completa, con independencia de la antigüedad que se le reconozca a otros efectos, salvo pacto en contrario: S. TSJ. Navarra 28-5-1997 (AS. 1986).

²³³ M^a.L. RODRÍGUEZ COPÉ, “La suspensión ...”, cit., pág. 67.

²³⁴ F. LÓPEZ MORA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 100 y 101. En similar sentido: I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 275. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y C. RIERA VAYREDA, “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales”, A.L., n.º. 46, 1997, pág. 1111. Fija el alario-día teórico a tiempo completo proporcionándose del tiempo de trabajo: P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Indemnización por despido imprecendente de la trabajadora a tiempo parcial: cálculo proporcional al tiempo efectivamente trabajado”, AS., n.º 2, 2005, comentario a la S. TSJ. La Rioja 8-3-2005 (AS. 2005/208), que sigue tal dirección.

El factor temporal en la extinción de las relaciones laborales juega también a efectos del preaviso en los contratos temporales cuya duración sea superior al año (Art. 49.1.c) ET). No plantea, en cambio, especialidad alguna en relación con el contrato a tiempo parcial temporal en tanto su fijación no se hace depender por el legislador de la duración de la jornada sino de la de la relación misma²³⁵. Tampoco parece que la menor jornada del trabajo a tiempo parcial pueda erigirse en razón exclusiva para un trato diverso respecto de los trabajadores a tiempo completo en el contrato de interinidad por cuanto la remisión del Art. 8.3 RD 2720/98, se justifica por razones de incertidumbre en el momento de conclusión del mismo a tenor de su causa de temporalidad, y no de la entidad de la prestación contratada.

Otras peculiaridades relacionadas con el tiempo y el despido abordadas por nuestra doctrina son las concernientes a los despidos disciplinarios y objetivos fundados en las ausencias, injustificadas o no, del trabajador (Art. 54.2.a) y 52.d) ET). El supuesto tipificado en ambos se integra por la inasistencia del trabajador y es independiente de la jornada diaria incumplida, pues lo que se sanciona es la ausencia en sí y no la trascendencia de la misma. Tratándose de un incumplimiento contractual o de su excesiva onerosidad, parece consecuente proporcionar las ausencias al número de jornadas contratadas²³⁶. La proporcionalidad a los días de prestación contratados está garantizada por el Art. 52.d) ET al fijarse estatutariamente en función de un porcentaje de las jornadas hábiles del trabajador en cuestión²³⁷, y entre éstas las derivadas de llamamiento regular para la realización de horas complementarias cuando haya mediado pacto²³⁸. En cuanto al despido disciplinario, de preverse por el convenio colectivo el número de faltas de asistencia a tanto alzado debería acompañarse de cláusula sobre reducción proporcional al trabajo contratado; de lo contrario, en virtud del principio de tipicidad e interpretación restrictiva de la normativa sancionadora añadido al criterio general del Art. 12.4.d) ET, podría tropezarse con la falta de cobertura de la sanción²³⁹. Por último, las faltas de puntualidad, si determinadas en el convenio en función de un número o porcentaje les resultará extensivo lo expuesto respecto de las faltas de asistencia. Si se tipifican, por el contrario, atendiendo a la enti-

²³⁵ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 94. Ahora bien, en caso de incumplimiento del plazo de preaviso, la indemnización será equivalente -y limitada- al de los días de trabajo que correspondan en que dicho plazo se haya incumplido, conforme al art. 8.3 RD. 2720/98, de 18 de diciembre, y al principio de proporcionalidad (I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 273).

²³⁶ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 276; J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 170. En este sentido también LÓPEZ MORA, que además recomienda igualmente la valoración ponderada de la disminución continuada y voluntaria del rendimiento (art. 54.1.e) ET) de manera que se tengan en cuenta las interrupciones o discontinuidad de la prestación (F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 95).

²³⁷ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 277.

²³⁸ No obstante, en no pocos supuestos de contratos fijos discontinuos el despido objetivo por ausencias justificadas pero intermitentes carecerá de virtualidad, particularmente -pero no de manera exclusiva- en la segunda de las posibilidades previstas, la del 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce cuando la temporada anual no sea extensa. Lógicamente, en los índices de absentismo no podrán computarse las derivadas de las interrupciones estructurales del fijo discontinuo o las pactadas en el contrato a tiempo parcial común (J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit., pág. 170).

²³⁹ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 276 y 277. En este sentido: S. TSJ. Cataluña 14-2-2000 (1369).

dad de las mismas convendría igualmente adaptarlas a la jornada diaria reducida del trabajo a tiempo parcial.

La difícil articulación de los supuestos del despido objetivo en el trabajo a tiempo parcial y en particular en su modalidad fija discontinua está igualmente presente en el caso de falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas en el puesto de trabajo, puesto que en el plazo mínimo de dos meses debería aumentarse proporcionadamente a la reducción de jornada que ostente el trabajo a tiempo parcial a fin de tener las mismas oportunidades de adecuación del trabajador a la nueva situación²⁴⁰. Caso de tratarse de un fijo discontinuo, y ante la posibilidad de que la temporada no alcance ese lapso temporal mínimo, deberá extenderse a la temporada siguiente, puesto que sólo con la efectiva prestación de servicios podrá adaptarse el trabajador. Por otra parte, tampoco puede perderse de vista que los tiempos de interrupción estructural del fijo discontinuo dificultan su adaptación y formación, por lo que, en nuestra opinión, al menos en los casos en que la modificación técnica se introdujese pocos meses antes de la terminación de la temporada, deberá valorarse ponderadamente la disminución de rendimiento en los comienzos de la siguiente. La suspensión del contrato por el tiempo necesario con un máximo de tres meses sólo podrá hacerse por definición en los períodos de tiempo que formen parte del contrato, tanto a tiempo parcial como fijo discontinuo; de lo contrario no podría hablarse propiamente de suspensión²⁴¹. No obstante, en nuestra opinión, cabe otorgar al respecto una mayor flexibilidad, de manera que sin perjudicar tal derecho voluntariamente el trabajador opte por recibir la formación en un período externo al del contrato, percibiendo remuneración conforme a la regla prevista en último inciso del Art. 52.b) ET.

2. El principio de voluntariedad del trabajo a tiempo parcial. La novación contractual

El contrato a tiempo parcial puede surgir como tal en el comienzo de la relación laboral a que aquél da origen, o bien proceder de la transformación de una relación precedente a tiempo completo o, habitualmente en el caso del fijo discontinuo, inicialmente prevista como temporal. El primero de los supuestos constituiría un contrato a tiempo parcial que podríamos designar como "originario", en tanto que el segundo podría calificarse de "derivado" bien de vicisitudes ajenas o provenientes de la voluntad de las partes, bien de la tácita reconducción a la fijeza discontinua. Puesto que ya nos ocupamos en el Capítulo anterior del contenido esencial y de la forma en el contrato a tiempo parcial así como de las consecuencias del exceso de jornada pactada, en este apartado nos centraremos fundamentalmente en el análisis de la novación del contrato de trabajo a tiempo parcial derivado de voluntad expresa con breves alusiones finales a la voluntariedad tácita y a los efectos que pueda provocar sobre el contrato la sucesión de Convenios Colectivos.

²⁴⁰ F. LÓPEZ MORA, "El contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 96.

²⁴¹ Y por cuanto sólo así podrá hacerse el promedio salarial (J. TARRAGA POVEDA, "Los fijos discontinuos...", cit. pág. 169).

El Art. 12.4.e) ET exige con insistencia la voluntariedad de la transformación del contrato a tiempo completo en tiempo parcial y viceversa; primero a través de declaración positiva, seguida de una formulación en negativo respecto de cualquier imposición unilateral y, expresamente, cerrando el cauce del Art. 41 ET, para finalizar introduciendo una garantía de intangibilidad de la posición del trabajador ante su negativa o desobediencia respecto de la referida transformación. Ya hemos advertido en otros epígrafes sobre la caracterización de la voluntariedad de tales transformaciones exclusivamente del lado del trabajador, pudiéndose imponer, por el contrario, al empresario. De hecho, la fijación por el propio Art. 12.4.e) ET de deberes de información sobre vacantes, preferencias de conversión, y exigencias de motivación de la decisión final del empresario sobre las mismas, ya supone, en una primera instancia interpretativa, un condicionamiento de la voluntariedad o consentimiento empresarial en el origen del contrato.

Las motivaciones, por consiguiente, del veto de los cauces de transformación derivados de la voluntad unilateral del empresario no pueden deducirse de las exigencias comunes de consentimiento en el origen del contrato, puesto que tal requisito sería igualmente predicable de la voluntad del empresario como parte contratante. Por el contrario, las razones de la prohibición deben enmarcarse en una intención tutelar de la posición del trabajador, en el favorecimiento de la funcionalidad del contrato de trabajo en el marco del mercado de trabajo, en la superación de la contradictoria situación que se genera al negarse en tales casos la procedencia de la prestación de desempleo²⁴² y, por supuesto como razón fundamental, en la adecuación de la normativa española a las exigencias de la Directiva comunitaria sobre trabajo a tiempo parcial²⁴³. Por el contrario, la improcedencia de los cauces unilaterales de transformación del contrato impuestos al trabajador no resuelve la problemática subyacente sobre la posible virtualidad del Art. 41 ET a tales efectos, resuelta aún con importante oposición doctrinal y jurisprudencial, en favor de aquélla²⁴⁴. Sencillamente se posterga, se

²⁴² S. TSJ. Cataluña 2-6-2000 (3043), TSJ. Castilla y León/Valladolid 2-10-1998 (4782), TSJ. Castilla y León/Burgos 18-2-1999 (627). No obstante, antes de la incorporación del nuevo párrafo al art. 203.3 LGSS por el art. 40 L. 66/97, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, nuestros Tribunales mantuvieron la procedencia de la prestación de desempleo parcial en los casos de reducción definitiva de la jornada: -entre otras- SS. TS. 13-5-1997 (4091), 7-11-1997 (8090) y 11-5-1998 (4327); TSJ. Galicia 25-4-2000 (990), TSJ. 14-4-2000 (1093), TSJ. Galicia 10-2-1999 (62), TSJ. Canarias/Sta. Cruz de Tenerife 15-3-1999 (1303), TSJ. Canarias/Las Palmas 5-2-1999 (1361), TSJ. Cantabria 17-6-1996 (1711), TSJ. Andalucía/Málaga 26-3-1997 (1076). En contra: S. TSJ. País Vasco 4-2-1997 (777). A pesar de la modificación del art. 1.4 RD. 625/85 por el RD. 43/96, no exigen para la acreditación de la situación legal de desempleo autorización administrativa: SS. TSJ. Galicia 25-4-2000 (990), TSJ. Galicia 14-4-2000 (1023), TSJ. Castilla y León/Valladolid 18-3-1997 (580). Sobre los requisitos de la prestación de desempleo parcial, véase: J.A. PANIZO ROBLES, "El trabajo a tiempo parcial y la protección social", en AAVV, "Trabajo a tiempo parcial", Francis Lefebvre, Madrid, 2000, pág. 151 y 152. Tampoco se ampara en el desempleo parcial del art. 203 LGSS por ser definitiva la protección por desempleo del trabajador a tiempo parcial que mantiene con la misma empresa uno de los dos contratos a tiempo parcial con que se vinculaba: S. TSJ. País Vasco 12-9-2000 (AS. 3427).

²⁴³ M^a.A. BALLESTER PASTOR, "La adecuación de la normativa española...", cit., pág. 214; J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 77; S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato...", cit., pág. 38; T. SALA FRANCO, "Los principios de ordenación del contrato de trabajo a tiempo parcial", AAVV -Coords. M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 84; P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", cit., pág. 52.

²⁴⁴ La habilidad del art. 41 ET como medio de transformación del contrato a tiempo completo en parcial y viceversa ha sido muy discutida por doctrina y jurisprudencia, siendo los aspectos más difíciles del debate la naturaleza extintiva o

margina, en atención a las razones aludidas sin que quepa deducir de ello un pronunciamiento legislativo sobre las profundas razones barajadas con anterioridad para su aceptación²⁴⁵. Es más, el hecho mismo de que el Art. 12.4.e) ET se refiera a la “conversión” de un trabajo a tiempo parcial en completo o viceversa ha sido interpretado como un refrendo legislativo de su calificación como novación modificativa y no como novación extintiva²⁴⁶.

Tales prescripciones tutelares y promocionales resultan igualmente aplicables al fijo discontinuo irregular, pese a haber recuperado su autonomía contractual. Desde luego, la cuestión no puede resolverse por la simple referencia a los criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada en indefinidos que se prevean en su caso en los convenios colectivos a instancias de la invitación de los Art. 15.7 y 8 ET. Resulta evidente que tales preferencias se enmarcan en la conversión indefinida de los contratos temporales, y no así en la transformación del contrato fijo discontinuo en continuo y viceversa. Tampoco resuelve la cuestión la reconocida posibilidad de que la negociación colectiva se ocupe de tales cuestiones y de establecer las referidas preferencias de transformación. Las razones en que nos basamos no se ciñen en exclusiva al criterio de igualdad entre los trabajadores fijos discontinuos irregulares sometidos a las diversas disciplinas según sea la fecha de su contratación, aunque desde luego este argumento no resulta desdeñable y probablemente la diferencia de trato no esté injustificada como se evidenciaría caso que concurriesen tales trabajadores en sus lícitas pretensiones de transformación, y como contribuye a afirmar, por otra parte, la Disposición Transitoria primera RD-L 15/98. Se extienden también a la razón que inspiró el citado Art. 12.4.e) ET de adecuación de la normativa comunitaria, puesto que ésta, la Directiva 97/81/CE, no hace distinción entre los trabajadores fijos discontinuos y los contratados a tiempo parcial, integrados también aquellos, y con independencia de la opción normativa del legislador nacional, en el concepto comunitario del trabajador a tiempo parcial²⁴⁷. De hecho nuestros Tribunales vienen admitiendo la aplicación de los principios del Art. 12.4.e) ET al fijo

modificativa de la novación, y la integración -o no- de la transformación contractual subsiguiente a la de la jornada entre las materias del art. 41 ET. Admitieron el cauce del art. 41 ET como medio de reducción o de ampliación de la jornada disfrutada por el trabajador, por ejemplo: -implícitamente- S. TS. 7-4-2000 (RJ 3287); SS. TSJ. Baleares 25-2-1998 (698), TSJ. Castilla-La Mancha 3-9-1998 (3814), TSJ. Galicia 10-2-1999 (62), TSJ. Galicia 25-1-1999 (235), TSJ. Cataluña 19-2-1998 (1481). Con independencia de que conlleve la posibilidad de resolución del contrato de los art. 41.3 y 50.1.a) ET: S. TSJ. Comunidad Valencia 4-12-1998 (4889). Por la doctrina, admitieron la novación a través del art. 41 ET, por ejemplo: P. ARAMENDI SÁNCHEZ, “Novedades de la reforma laboral en materia de contratación. Contratos de duración determinada, contrato a tiempo parcial, el contrato de fomento del empleo”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pág. 94 a 97; -extensamente- I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 146 y ss.; I. MARÍN CORREA, “La igualdad entre el contrato a jornada completa y el contrato a tiempo parcial”, AL, nº. 48, 1995, pág. 3891 y ss.. En contra: H. MERINO SENOVIÑA, “El trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 351 a 353; C.L. ALFONSO MELLADO, A. PEDRAJAS MORENO y T. SALA FRANCO, “Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial por la vía del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores”, RL, nº. 1, 1995, pág. 1383 y ss..

²⁴⁵ Por el contrario, parecen interpretarlo como un pronunciamiento del legislador en favor de las tesis contrarias a la virtualidad del art. 41 ET como mecanismo de transformación de la modalidad contractual: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación del contrato...”, cit., pág. 98; S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...”, cit., pág. 38 y 39; P. VARAS GARCÍA, “Contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 52.

²⁴⁶ SS. TSJ. Castilla y León/Valladolid 15-7-2004 (2257), 30 y 9-3-2004 (1273 y 622).

²⁴⁷ En este sentido, se refiere al “macrocontrato” de trabajo a tiempo parcial en la Directiva comunitaria: M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, cit., pág. 194.

discontinuo sometido al Art. 15.8 ET, pues éste es considerado en definitiva una modalidad de trabajo a tiempo parcial subsumido en la genérica definición del Art. 12.1 ET e integrado por su regulación conforme a la remisión del propio Art. 15.8 ET respecto del fijo periódico²⁴⁸.

El contrato de trabajo a tiempo parcial siempre ha merecido una valoración positiva para el legislador español respecto de los efectos sobre el empleo y realmente a través de sus continuas reformas se ha acentuado su concepción o articulación como medida de política de empleo²⁴⁹. Ahora desde la perspectiva de la demanda, la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial es indudablemente un mecanismo esencial de su promoción indirecta, en definitiva la instrumentalización del mismo como un mecanismo eficiente de introducción y promoción profesional en el mercado de trabajo y la tutela de la adaptación de la jornada a las vicisitudes y requerimientos de la vida privada con una protección suficiente en la dimensión normativa que reste incertidumbres sobre el carácter transitorio de las diferentes opciones. En este sentido, el RD-L 15/98 recupera y mejora ostensiblemente respecto de las previsiones del 84, el tratamiento de las transformaciones del contrato, atendiendo a los requerimientos comunitarios de transposición de la Directiva 97/81/CE y del Convenio 175 de la OIT sobre trabajo a tiempo parcial²⁵⁰.

²⁴⁸ SS. TSJ. Castilla y León/Valladolid 15-7-2004 (2257), 30 y 9-3-2004 (1273 y 622).

²⁴⁹ Distinto es la confusión del contrato a tiempo parcial con lo que es el fomento del empleo en estricto. Por más que nuestras normas hayan mantenido en mayor o menor medida una línea confusa, el contrato de trabajo a tiempo parcial no es un contrato de fomento del empleo; no se trata de una medida coyuntural que actúe directamente sobre la creación del mismo (J.M.^a DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, "Algunas consideraciones en torno a la elección entre políticas de empleo alternativas", *Temas Laborales*, nº 12, 1987, pág. 13). La Disposición Transitoria 3ª de la L.8/80, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y el RD 1445/82, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, lo configuraron abiertamente como una medida de fomento del empleo de carácter directo y categoría respecto de los colectivos a los que iba destinada. Ello a pesar de las disertaciones parlamentarias sobre la función económica "estructural" que el contrato debía cumplir.

²⁵⁰ Concretamente, el art. 10 del referido Convenio y los art. 17 a 20 de la Recomendación 182 OIT sobre el trabajo a tiempo parcial de 1994.

El legislador del 84 nuevamente vinculó al contrato con el objetivo de la disminución del desempleo -particularmente el juvenil-, si bien avanza en la naturaleza indirecta de las vías de influencia: la potenciación, aún de forma indecisa, de su voluntariedad; la clarificación y estabilidad de su régimen jurídico; y la dirección de la reforma, aún con suspicacias en vista de la rigidez de la configuración del contrato, hacia la satisfacción de las necesidades de explotación de las empresas. La reforma del 84 avanzó mucho "en la letra" respecto de la etapa anterior en el fomento de la voluntariedad del contrato, y con ello, de lo que se podría considerar un fomento categorial indirecto del mismo. No sólo desaparece la Disposición Transitoria 3ª y con ella su necesaria dimensión de paro parcial. También se introduce el contrato de relevo, cauce no sólo de integración de desempleados sino también de acogida "voluntaria" al tiempo parcial de un colectivo con reconocida vocación a este modo de prestación: el de los trabajadores cercanos a la edad de jubilación. Pero, definitivamente, lo que marca esa dirección hacia la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial es la inclusión expresa de la posibilidad de transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial por acuerdo de las partes. Hay que tener en cuenta que hasta este momento la Disposición Transitoria 3ª descartaba la posibilidad del contrato a tiempo parcial derivado, desincentivándolo en consecuencia. Una vez derogada aquélla su reconocimiento expreso se hace innecesario dada la disponibilidad de la jornada completa por parte del trabajador (M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 121 y 122; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 282). Lamentablemente en la práctica laboral las loables primeras intenciones legislativas quedaron en "aguas de borrajas" por la escasa efectividad que tuvo el contrato de relevo, por ser muy alto el desempleo, y por quedar minimizada la garantía colectiva de la previsión en Convenio de la posibilidad de transformación del contrato. Efectivamente, al interpretarse y fijarse reglamentariamente (art. 6 del RD 1991/84, de 31 de octubre, por el que se regula el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial) la previsión convencional de transformación como facultativa y no como autorizatoria de la misma, su regulación se alejó de lo que pudo haber sido una vía de respuesta a los requerimientos de los trabajadores y un instrumento de cambio de la negociación frente a las empresas interesadas en la introducción del contrato (vid: F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", en AAVV, "Comentarios a la nueva legis-

El Art. 12.4.e) ET tutela la voluntariedad del trabajo a tiempo parcial a través de diversos medios.

En primer lugar, y como ya se ha advertido se excluye como vía del origen del contrato a tiempo parcial aquél que sea producto de decisiones unilaterales del empresario, y particularmente del Art. 41 ET. En consecuencia no cabe acordar cláusulas contractuales en las que el trabajador anticipadamente admita una posterior transformación del contrato derivada de la voluntad unilateral del empleador²⁵¹ salvo, en nuestra opinión, que tales pactos de transformación futura estén perfectamente concretados y definidos en el acuerdo contractual de forma que no suponga su dejación al arbitrio del empresario y, consiguientemente, una renuncia de derechos ilícita.

La solución a las necesidades de adaptación de la empresa, de no ser éstas previsiblemente temporales, se tendrán que articular de no mediar acuerdo con el trabajador a través del despido de los Art. 51 y 52.c) ET²⁵². No deja de ser llamativa así la escasa eficacia de la tutela, que se limita en última instancia a impedir la sanción o despido fundado en la desobediencia o negativa del trabajador, a la innecesariedad de la prueba del perjuicio del Art. 41.3 ET y a un mayor límite en la cuantía de la indemnización. Por el contrario, en los supuestos en que el trabajador desee conservar su puesto de trabajo, siquiera a tiempo parcial²⁵³, no podrá sino avenirse a él sin derecho a indemnización ni desempleo, dado que el desempleo parcial no ampara los pactos novatorios (Art. 203.1 y 3 LGSS.)²⁵⁴. Salvo, claro está, que la transformación voluntaria sea de tiempo completo a fijo discontinuo irregular, en cuyo caso una vez concluida la temporada pasa el trabajador a situación legal de desempleo (Art. 208.1.4) LGSS)²⁵⁵. Parece entonces como mejor solución que la nueva situación se articule a través de un despido con posterior contratación a tiempo parcial, si bien tampoco

lación laboral", cit., pág. 74 y 75; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El trabajo a tiempo parcial", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "El Estatuto de los Trabajadores...", cit., pág. 284 y 285). Se limitó la conversión, de esta forma, a ser una vía de flexibilidad de salida parcial en las exclusivas manos del empleador, que ya gozaba de otra -fiscalizada por representantes y Administración y, por consiguiente, con mayores impedimentos burocráticos- de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del ET y del expediente de suspensión o extinción de empleo (M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 126 a 128; F. DURÁN LÓPEZ, "Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo", cit., pág. 75; H. MERINO SENOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 351 y 353). En cuanto a la transformación inversa, la del paso de la jornada parcial a la completa, el legislador permaneció en silencio sobre posibles previsiones colectivas de preferencias para los trabajadores a tiempo parcial. Ello, desde luego, no ha sido óbice para que efectivamente se establezcan, pero si es significativo de la indiferencia del legislador, pese a lo que diga en las Exposiciones de Motivos, respecto de las expectativas de los trabajadores y de acomodar al contrato como una vía más adecuada de ingreso al trabajo.

²⁵¹ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 99; P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", cit., pág. 53). No obstante, en contra de lo que proponemos en el texto, estos autores requieren la inmediatez de la expresión del consentimiento y la subsiguiente transformación de la jornada (C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 99; P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", cit., pág. 53). Tampoco está permitida la autorización de modificación unilateral de la modalidad contractual por convenio colectivo (T. SALA FRANCO, "Los principios...", cit., pág. 85 y 86).

²⁵² C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 99 y 100.

²⁵³ Que no supone renuncia de derechos, y que antes de su expresa recepción en el art. 12.4.e) ET se amparaba en las normas generales del art. 3.1.c) ET, y art. 1203 y ss. C. Civ. [S. TSJ. Madrid 11-2-1999 (181); S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 11-3-1997 (574)]. Por la doctrina, ampliamente: M.R. ALARCÓN CARACUEL, "La ordenación del tiempo de trabajo", cit., pág. 120 a 122.

²⁵⁴ S. TSJ. Castilla-La Mancha 19-5-2000 (1785), S. TSJ. Galicia 7-5-1998 (1104).

²⁵⁵ SS. TSJ. Castilla y León/Valladolid 15-7-2004 (2257), 31 y 9-3-2004 (1273 y 622).

resulta difícil imaginar la probable oposición del Servicio Público de Empleo Estatal a la concesión de la prestación de desempleo fundada en el fraudulento encubrimiento de una auténtica novación contractual con objeto de la percepción de tales prestaciones. No obstante, esta postura partiría de la existencia de un fraude de ley insostenible como presunción genérica particularmente porque, aún cuando haya sido posible el acuerdo previo, éste ni se impone ni realmente puede configurarse como tal en el caso de tratarse de una mera alternativa al despido. Así parece asumirlo, por otra parte, el propio Art. 12.4.e) ET, al reconducir implícitamente tales supuestos al despido²⁵⁶, permitir una posterior contratación a tiempo parcial²⁵⁷ e impedir otras fórmulas que amparen la decisión unilateral del empresario. No obstante, no se puede dejar de reconocer que esta postura benévola a efectos del percibo de la prestación discutida es difícilmente conciliable con la que vienen manteniendo nuestros Tribunales en los últimos años, según la cual la reducción de jornada por voluntad unilateral del empresario no constituye despido parcial del trabajador sino una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al ser evidente la intención de mantener con vida la relación laboral²⁵⁸. A pesar de ello, recientemente el Tribunal Supremo ha dado respuesta con difícil argumentación a tal desprotección material entendiendo que las reducciones de jornada en el contrato a tiempo parcial o en su tránsito desde la jornada completa y derivadas de la voluntad unilateral del empresario —y repárese, claramente ilícitas— constituyen un supuesto enmarcable en el Art. 221.1 y 211.4 LGSS, que responden también a una situación material y conceptual de desempleo parcial, con lo que la exigencia de la temporalidad de la reducción y de autorización administrativa del Art. 203 LGSS ya no le resultan predicables²⁵⁹. Pero no es claro que esta visión ampare también a los supuestos de reducción de jornada realizados a través de pacto

²⁵⁶ T. SALA FRANCO, “Los principios...”, cit., pág. 87. Al menos entiende tal procedimiento hábil para la sucesión-transformación de las dos modalidades contractuales (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial...”, cit., pág. 39).

²⁵⁷ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 100.

²⁵⁸ En este sentido: SS. TS. 7-4 y 20-11-2000 (RJ. 3287 y 10294). En similar sentido: S. TSJ. Comunidad Valenciana 14-1-1997 (300). También en esta línea, corrigiendo las pretensiones de despido y sus perjudiciales consecuencias frente a su configuración como modificación sustancial de las condiciones de trabajo: S. TSJ. Galicia 28-11-2002 (JUR 2003/92150) y, particularmente, la S. TSJ. Baleares 20-12-2004 (AS. 2005/362).

En contra, por considerar que la transformación del contrato constituye una novación extintiva sólo articulable por pacto o por despido de los art. 51 y 52.c) ET con posterior contratación a tiempo parcial del trabajador [S. TSJ. Canarias/Las Palmas 10-6-1997 (2573)]. También, constituye novación extintiva el paso voluntario de fijo discontinuo a contrato a tiempo completo, sin que pueda pretenderse que permanezca cualquiera de las condiciones laborales del contrato precedentemente extinguido: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 28-7-1996 (3247). Igualmente, califica la novación de extintiva: S. TSJ. Madrid 17-5-1993 (2600), vid.: S. TCT. 22-11-1988 (7219). En contra, constituye novación modificativa, siempre posible aún en ausencia de previsión en Convenio Colectivo, por ejemplo: S. TSJ. Madrid 5-6-1995 (2638).

²⁵⁹ Tal doctrina se inicia con la sentencia del Tribunal Supremo de 5-5-2004 (RJ. 5017), aún cuando no parecía seguro que se pudiese extender a las modificaciones de jornada del contrato vigente pues ésta reconoce el derecho a desempleo por pérdida de un contrato a tiempo completo temporal con ETT seguido de otro también temporal a tiempo parcial con la empresa usuaria, lo que efectivamente constituye un supuesto de sucesión contractual. Posteriormente, la S. TS. de 27-10-2004 (RJ. 2005/1312) con insuficiente argumentación, pues se limita a la reproducción de la citada, admite el desempleo parcial por reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial cuando no parece que aquí quepa hablar de un contrato previamente extinguido. Lógicamente, también se ha admitido el derecho a desempleo en los supuestos en que el trabajador esté vinculado con la misma empresa a través de dos contratos a tiempo parcial autónomos, en cuyo caso la extinción de uno de ellos sí generará derecho a prestación por desempleo: SS. TS. 17-5-2004 (RJ. 4157), 9-7-2001 (RJ. 7312) y 31-5-2000 (RJ. 7167); S. TSJ. Castilla-La Mancha 17-7-2004 (JUR 211153); S. TSJ. Cantabria 17-7-2000 (JUR 287316); confusamente por admitir el desempleo parcial: S. TSJ. Castilla y León/Burgos 16-11-1998 (4477). La pérdida de ambos supone un desempleo total, siendo en este caso, y por la práctica identidad del objeto de los contratos, una sola relación a tiempo completo: S. TSJ. Galicia 25-5-2001 (JUR 214671).

novatorio, ni siquiera en estos supuestos propiciados por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pues la voluntariedad formal del mismo impediría en principio la apreciación de la involuntariedad del desempleo, asunto que no ha abordado el Tribunal Supremo en tales sentencias. La desconcertante situación actual parece ser el reflejo de la inadaptación de la norma a la realidad, no tanto por la prohibición legal de modificación unilateral de la jornada, sino por la imprevisión de medidas tutelares tanto de prestación social como indemnizatorias para los supuestos en que efectivamente y por imperativo de tales causas, así se produce y es soportada por el trabajador, una vez descartada su calificación con despido parcial y asumida la novación como modificatoria y no como extintiva.

La afirmación del principio de voluntariedad del trabajo a tiempo parcial y consiguiente prohibición de utilización del Art. 41 ET como vía de transformación de la modalidad contractual impide, a su vez, su virtualidad para modificar cuantitativamente la jornada del trabajador sin alterar la calificación del contrato a tiempo parcial o a tiempo completo²⁶⁰. Y ello aún cuando no se reconozca espesamente por el legislador dado que la referencia –exclusiva, además– al “incremento del tiempo de trabajo” del Art. 12.4.e) ET se enmarca en un ámbito de promoción de la movilidad voluntaria del trabajo a tiempo parcial que sólo prohíbe la imposición unilateral de las transformaciones de la modalidad de contrato. Sin embargo cabe deducirse la extensión de dicho principio y prohibición de alteraciones cuantitativas en la jornada parcial ex Art. 41 ET, en una visión sistemática de la regulación del contrato, en que se predica la voluntariedad respecto de la jornada complementaria como de las alteraciones de la jornada del jubilado parcial y del relevista. Piénsese que carece de sentido negar la posibilidad de transformación del contrato conforme a una definición legal que no reconoce realmente límite entre ambas modalidades (Art. 12.1 ET) y aceptar, en cambio, una reducción o ampliación de la jornada dentro de la modalidad contractual con grave afcción de los intereses económicos y profesionales sobre los que el trabajador prestó su consentimiento (Art. 1274 C. Civil).

En cualquier caso, de realizarse la modificación sustancial por voluntad unilateral del empresario que suponga la transformación de la calificación del contrato o alteración de la jornada contratada, se abre la vía de la resolución de la relación laboral a través del cauce del Art. 41.3 ET²⁶¹, la del Art. 50.1.a) ET y por supuesto la impug-

²⁶⁰ Así, y por las razones esgrimidas en el texto se pronuncian nuestros Tribunales: S. TSJ. Cataluña 11-1-2005 (545); S. TSJ. Madrid 10-5-2004 (JUR 237001); S. Juzgado de lo Social Comunidad de Madrid 8-4-2003 (1980). En contra, puestos que cabe vincular la duración del contrato a la vigencia de la contrata también cabe someter la duración de la jornada a las vicisitudes de la misma con amparo en el art. 41.1 ET, y aún cuando sea posible solicitar la extinción del contrato en aplicación del art. 41.3 ET: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 20-9-2004 (publicada en RTSS, CEF, nº 264, 2005, pág. 196. Por nuestra doctrina, afirman que la modificación de la jornada del trabajador a tiempo parcial siempre tendrá que ser voluntaria: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal...”, cit., pág. 77; T. SALA FRANCO, “Los principios...”, cit., pág. 84. En contra, no impide la posibilidad de modificación de la jornada dentro de los márgenes contractuales: M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Los contratos de trabajo...”, cit., pág. 429; M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 765; S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 39).

²⁶¹ En caso de reducción de jornada el perjuicio económico y profesional es claro: S. TSJ. Cantabria 20-3-2003 (JUR 199796). En cualquier caso no parece que haya dificultad en aceptar normalmente la existencia de perjuicio; en las sentencias analizadas nuestros Tribunales también atienden en las alteraciones de jornada y horario a los hábitos del trabajador y a su dedicación a otras actividades: S. TSJ. Extremadura 19-11-2002 (JUR 2003/81594). No cabe en cambio la extinción del contrato fundada derivada de modificación sustancial cuando se trata de ampliación de la duración en tres

nación de la decisión empresarial bien a través del procedimiento ordinario como más adecuado por ser externo materialmente al Art. 41 ET²⁶², bien a través del cauce previsto en el Art. 138 LPL²⁶³, y ser reconocido el derecho del trabajador a sus anteriores condiciones de trabajo e indemnización de los daños y perjuicios causados²⁶⁴, abriéndose en caso contrario la solicitud de extinción del contrato por causa prevista en el Art. 50.1.c) ET²⁶⁵. Por otra parte, nuestros Tribunales vienen admitiendo una suerte de *ius resistentiae* de tales órdenes ilícitas del empleador con fundamento no sólo en la ilegitimidad de la decisión sino también en la garantía frente al despido del trabajador prevista en el propio Art. 12.4.e) ET, con declaración normalmente de la improcedencia del despido por desobediencia reiterada de las mismas²⁶⁶.

En segundo lugar, el segundo párrafo del Art. 12.4.e) ET dispone el deber del empresario de informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes a fin de que éstos puedan formular sus solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en parcial y viceversa, o para el incremento –a lo que habría que añadir la posibilidad de reducción cuando no haya derecho a través de las vías comunes– del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial.

El amplio espectro de los trabajadores a quienes puede ir dirigida la información sobre existencia de vacantes, así como la posibilidad de que a través de la selección de tales sujetos se excluyese a algún interesado, parece recomendar que

meses de la campaña en el fijo discontinuo irregular, habida cuenta de la configuración del objeto del contrato y pese a que en el tiempo en que se extiende anormalmente la campaña el trabajador se dedica habitualmente a su trabajo como autónomo: S. TSJ. Comunidad Valenciana 26-4-2001 (AS. 2002/866). Si constituye una modificación sustancial la supresión de una campaña de las realizadas por la empresa: S. TSJ. Navarra 25-3-2003 (1479).

²⁶² Al no respetar el cauce del art. 41 ET puede seguirse el procedimiento ordinario: S. TSJ. Comunidad Valenciana 24-9-2002 (AS. 2003/2454). Corresponde el procedimiento ordinario y no el del art. 138 LPL porque la reducción unilateral de la jornada parcial no cabe en el art. 41 ET: S. Juzgado de lo Social Comunidad de Madrid 8-4-2003 (1980). Ello supone que la acción judicial no está sometida a plazo de caducidad de los art. 59.4 ET y 138.1 LPL, sino al plazo general de prescripción del art. 59.1 ET, con lo que la acción podrá ejercerse en cualquier momento de la vida del contrato en tanto persista la infracción: S. TSJ. Asturias 20-12-2002 (JUR 2003/74800).

²⁶³ Aún estando prohibida la modificación de la jornada de producirse debe tramitarse por la vía del art. 138 LPL por lo no cabe recurso de suplicación: SS. TSJ. País Vasco 17-12-2002 (JUR 2003/133829) y TSJ Cantabria 27-3-2000 (892).

²⁶⁴ S. TSJ. Madrid 16-12-2003 (JUR 2004/94831); S. TSJ. Andalucía/Málaga 9-10-2003 (3799).

²⁶⁵ Caso de impugnación, la modificación sustancial de alteración de la jornada, en opinión de un sector doctrinal, deberá reputarse nula por ser contraria a una norma de derecho imperativo -art. 6.1 C. Civ.- (J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal...", cit., pág. 77). La reducción de la declaración de la medida empresarial como justificada, injustificada, o nula por constituir un fraude de ley, provoca, en opinión de un sector doctrinal el problema de que como tal pueda entenderse en sí ajustada a las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción del art. 41 ET. En consecuencia, proponen tales autores la acumulación de petición subsidiaria de reducción o ampliación de la jornada exclusivamente dentro de los márgenes del contrato a tiempo completo o parcial del trabajador (P. VARAS GARCÍA, "Contrato de trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 53 y 54). Sin embargo nosotros hemos defendido en el texto que tampoco puede alterarse por esta vía la duración de la jornada en el trabajo a tiempo parcial a lo que cabe sumar que la medida propuesta supone ésta la atribución al juez de un poder modulador de la decisión empresarial que excede de las previsiones de los art. 41 ET y 138 LPL).

²⁶⁶ En este sentido, respecto de ampliaciones de jornada: S. TSJ. Cataluña 11-1-2005 (545); SS. TSJ. Madrid 10-5-2004 (JUR 237001) y 4-5-2004 (2242). Tampoco se aprecia dimisión porque el trabajador se niegue a aceptar la conversión del contrato a tiempo completo en tiempo parcial: S. TSJ. Andalucía/Granada 16-4-2001 (2509). En cambio, en un supuesto de cambio de horario en que se siguen los trámites del art. 41 ET se admite la procedencia del despido ante la desobediencia de la trabajadora, pese a la incompatibilidad del nuevo horario con otros trabajos, puesto que el comportamiento que procede es el de la impugnación de la decisión empresarial: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 8-7-2002 (2678).

dicha información de dirija en general al común de los trabajadores de la empresa²⁶⁷ al modo previsto en el Art. 15.7 ET, es decir, y a salvo de lo establecido en el convenio colectivo, mediante anuncio público en lugar adecuado en la empresa o centro de trabajo²⁶⁸. No obstante, caso de que concurren en la empresa trabajadores a tiempo parcial vertical en el año o fijos discontinuos irregulares, deberán arbitrarse las medidas necesarias para que dicha información alcance a tales trabajadores en los períodos de inactividad con el fin de asegurar la transmisión de la información. La información sobre vacantes a tiempo parcial tiene como destinatarios tanto al conjunto de los trabajadores a tiempo completo como aquellos a tiempo parcial cuya jornada ordinaria sea inferior –o, en su caso, superior– a la ofertada. Respecto de éstos últimos también podrían entenderse incluidos, o al menos preverse por convenio colectivo, además de aquellos que tuviesen una jornada a tiempo parcial superior a la pretendida, los que por las condiciones de distribución de la jornada ordinaria o complementaria puedan tener interés en la alteración de las mismas²⁶⁹. En lo que corresponde a las vacantes a tiempo completo, los destinatarios de la información son todos los trabajadores a tiempo parcial, cualquiera que sea su jornada. En cuanto el Art. 12.4.e) ET no distingue respecto del carácter indefinido o temporal de la relación a tiempo completo o a tiempo parcial que se pretenda transformar, todo parece indicar que los deberes de información y posibilidades de transformación contractual deben ir dirigidos a todos ellos sin distinción por razón de la duración del contrato del trabajador, tanto más cuando el Art. 15.7 ET reconoce ese mismo deber de información sobre vacantes –parece indefinidas– en la empresa en favor de los trabajadores temporales²⁷⁰. En cuanto a la duración de la vacante, algunos autores han excluido de su concepto, con independencia de lo que establezca en su caso el convenio colectivo, aquellas que tengan un carácter temporal²⁷¹. Las razones de exclusión de la transformación del contrato en los trabajadores indefinidos a tiempo parcial se fundamentaría en la incompatibilidad del término con su contrato²⁷² y el exceso, en cualquier caso, que dicha interpretación supondría respecto del deber empresarial de transformación de la

²⁶⁷ P. VARAS GARCÍA, “Contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 254.

²⁶⁸ En que se expongan las vacantes en la empresa con independencia, si así se deduce del convenio colectivo, de que exijan movilidad geográfica del trabajador que al ser voluntaria no exigiría la aplicación del art. 40 ET (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 103). Sentencias que resuelven sobre preferencias de conversión de tiempo parcial continuo a tiempo completo en Iberia identificando, conforme a interpretación del acuerdo, el ámbito subjetivo con el de los trabajadores del centro, pero computada su antigüedad a tales efectos en la empresa –criterio, además, más objetivo– y no en dicho centro de trabajo: S. TSJ. Canarias/Las Palmas 20-10-2004 (JUR 302829) y S. TSJ. Cataluña 30-4-2003 (AS. 2109).

²⁶⁹ Caso, por ejemplo, de fijos discontinuos que quieran pasar a ser trabajadores a tiempo parcial de actividad continuada previstos normalmente, por ejemplo, en los Convenios Colectivos de la empresa “Iberia LAE”.

²⁷⁰ M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir...”, cit., pág. 767. En contra, puesto que el empresario no tiene el deber de transformar el contrato temporal en otro indefinido o temporal: C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 104.

²⁷¹ En este sentido, la S. TSJ. Cataluña 22-1-1992 (316) niega la existencia de vacante ante la pretensión de ampliación de jornada de trabajador a tiempo parcial, en un supuesto de creación de plaza de refuerzo temporal, con categoría inferior a la del actor y sin que exista superposición de funciones [S. TSJ. Cataluña 22-1-1992 (316)]. Alguna sentencia ha admitido la novación contractual del contrato de interinidad a tiempo completo en tiempo parcial por modificación del puesto de trabajo conforme a la RPT fijada por Organismo Público [S. TSJ. Galicia 2-7-1998 (1977)].

²⁷² Constitutivo, probablemente, de una renuncia de derechos (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 105).

jornada²⁷³. Por lo que se refiere a los trabajadores temporales, en tanto supondría una modificación del término o duración de su jornada que superaría las pretensiones del Art. 12.4.e) ET, sin que tal transformación parezca que puede ampararse en el referido Art. 15.7 ET dirigido a “puestos permanentes”. Sin embargo, en nuestra opinión, nada se opone a que los contratos indefinidos a tiempo completo o parcial vean alterada transitoriamente su jornada y consiguiente calificación durante el tiempo en que dure la vacante, puesto que la duración de la jornada y la de la relación son independientes entre sí, y puesto que la transformación de la primera y consiguiente modalidad contractual no tiene por qué ser definitiva ni aún de forma previsible²⁷⁴. Por otra parte, es indudable el posible interés que puede concurrir en el trabajador a modificar siquiera temporalmente su modalidad contractual en defecto de alteraciones permanentes más deseadas²⁷⁵. Y, finalmente, nada obsta tampoco a que la medida del tránsito temporal de jornada parcial a completa se articule a través de la duplicidad de contratos a tiempo parcial independientes. En cuanto a las pretensiones que puedan tener los trabajadores temporales respecto de otras vacantes de carácter temporal también en la empresa, y con jornada distinta, no parece que entre dentro del ámbito de los derechos o preferencias del 12.4.e) y del deber de información del Art. 15.7 ET, aún cuando haciendo un esfuerzo exegético y tratándose ahora de un mero deber de información que en nada compromete la decisión del empleador, bien pudiera extenderse a éstos dicha información sobre vacantes y, en su caso, la lícita pretensión de extinción de su contrato temporal y sucesión del segundo. No se olvide lo que en su momento se dijo respecto del contrato de relevo, puesto que al admitir expresamente el Art. 12.6 ET que dicho contrato se realice con un trabajador temporal de la empresa, puede servir de apoyo a las consideraciones que proponemos. Finalmente, no parece tampoco que pueda limitarse en todo caso la información sobre vacantes a los trabajadores a tiempo parcial o completo del mismo grupo profesional o categoría equivalente de la plaza ofertada. Bien es cierto que el tercer párrafo del Art. 12.4.e) ET se refiere a aquellos criterios en el ámbito de las preferencias de conversión, pero en principio no se precluyen pretensiones acumuladas de modificación funcional, entre ellas los ascensos, y de jornada, lo que, por otra parte, no estaría sino en la línea de la letra f) del propio Art. 12.4 ET y en la prohibición, en su caso, de discriminación indirecta.

El procedimiento de información, solicitud de transformación, evaluación de las solicitudes y resolución final es el que en su caso disponga el Convenio Colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior (Art. 12.4.e), 2º párrafo ET). No obstante, la falta de regulación de dicho procedimiento por el convenio no impedirá la aplicación del referido precepto en su conjunto, en tanto los términos del

²⁷³ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 104 y 105.

²⁷⁴ De hecho, también la negociación colectiva se ocupa de la prohibición de contratación de trabajadores temporales en tanto haya trabajadores a tiempo parcial cuya jornada pueda ser aumentada hasta el tope de dicha modalidad, el previsto en convenio o, en su caso, la jornada completa [S. Juzgado de lo Social nº. 25 de Madrid/Madrid 10-5-1999 (AS. 1139)].

²⁷⁵ De sobra son conocidas las preferencias previstas en la negociación colectiva para cubrir por los fijos discontinuos las necesidades coyunturales de las empresas y que constituyen, en cierto modo, un supuesto muy cercano. Véase, por ejemplo, sobre realización de tareas fuera de la campaña por los fijos discontinuos rotatoriamente en tanto se convocan las plazas a tiempo completo y sin derecho, por tanto, a transformación definitiva: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 27-10-2003 (AS. 2004/496).

mismo son de por sí suficientes para su inmediata eficacia. La información parece que en todo caso deba reunir unos mínimos datos acerca de las condiciones de la vacante que permitan valorar mínimamente por el trabajador la conveniencia de la transformación y control de la decisión empresarial: centro de trabajo, su carácter indefinido o temporal, en este caso su duración, jornada, horario, categoría o grupo profesional y salario. Los plazos de en que deba efectuarse dicha información, caso de no preverse por negociación colectiva, tendrán que valorarse conforme a su razonabilidad, atendiendo a las circunstancias que en su caso concurran y, como es lógico, siempre anticipadamente a la cobertura de la vacante²⁷⁶.

El incumplimiento del deber empresarial de información constituye una infracción leve, que el Art. 6.5, redactado por el Art. 14 de la L. 12/2001, configura exclusivamente respecto de la información de los trabajadores a tiempo parcial y temporales sobre las vacantes existentes en la empresa. No obstante, parece evidente que en este caso por los deberes de información tipificados debe entenderse también incluido el correspondiente a los trabajadores a tiempo completo sobre vacantes a tiempo parcial e interpretarse la exclusiva referencia a los trabajadores a tiempo parcial como una remisión genérica al Art. 12.4 ET, como seguidamente dicho precepto aclara²⁷⁷.

En tercer lugar, el tercer párrafo del Art. 12.4.e) ET establece unas preferencias para la transformación del contrato a tiempo parcial en completo y viceversa en favor de los trabajadores que hayan solicitado el retorno a su situación anterior y a los trabajadores contratados inicialmente a tiempo parcial que hubieran permanecido en tal situación en la empresa durante tres o más años, siempre respecto de las vacantes correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Aún cuando la dicción literal separa ambas situaciones preferentes no parece que entre ellas, al menos en la versión estatutaria y salvando lo que establezca el convenio colectivo, exista prelación alguna, una vez que el propio legislador las califica de "iguales"²⁷⁸. Los requisitos y procedimientos para la solicitud, criterios de valoración y prelación de preferencias caso de concurrencia, plazos y demás elementos del procedimiento de selección se detallarán por Convenio Colectivo sectorial y, en su defecto, de ámbito inferior²⁷⁹.

²⁷⁶ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 102; P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", cit., pág. 254.

²⁷⁷ Sobre los problemas derivados de la anterior atipicidad del incumplimiento de este deber de información: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", cit., pág. 81; P. VARAS GARCÍA, "Contrato a tiempo parcial", cit., pág. 57. El incumplimiento del deber de información se califica como infracción de una obligación instrumental sin que el empresario, como veremos, esté obligado en principio a la transformación: S. TSJ. Cantabria 13-2-2002 (JUR 125235).

²⁷⁸ C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación del contrato de trabajo...", cit., pág. 106.

²⁷⁹ La abstención del convenio colectivo en la regulación de la materia no debe impedir la aplicación inmediata y directa de tales preferencias de transformación dado que no están expresamente condicionadas a ello y puesto que se encuentran suficientemente concretadas para su eficacia directa (C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 106). Aún cuando la remisión a los requisitos y procedimientos fijados por el convenio colectivo viene referida exclusivamente en relación a los trabajadores que pretenden volver a su situación anterior, debe entenderse igualmente predicable respecto del segundo tipo de preferencias (C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 106).

La preferencia de retorno a la anterior modalidad contractual se configura legalmente en torno a los datos de previa transformación voluntaria del contrato y a la idéntica naturaleza del contrato. En cuanto a esto último, es de destacar que en el retorno al contrato a tiempo parcial no se exigirá, consecuentemente, la identidad o similitud de la jornada anteriormente desarrollada. Por lo que se refiere a la voluntad en la transformación inicial, no parece que ésta deba configurarse como una exigencia que mantendría desamparados a aquellos trabajadores que hubiesen visto anteriormente transformado su contrato por voluntad unilateral del empresario. Parece por el contrario que deba entenderse, tan sólo, como una garantía de transitoriedad de las iniciativas de transformación por parte del trabajador con objeto de adecuar su actividad laboral a las exigencias de su vida privada. Por otra parte, la abierta configuración de esta concreta preferencia permite, en nuestra opinión, el establecimiento por convenio colectivo de unos mínimos de permanencia en la situación transformada entre los “requisitos” del retorno.

El Art. 12.4.f) ET invita, como ya se expuso en el Capítulo segundo, a la previsión por Convenio Colectivo sectorial o en su defecto de ámbito inferior, de los requisitos y especialidades –por tanto, no se configura legalmente como preferencia ni se reduce a la existencia de vacantes- para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial cuando ello esté motivado principalmente por razones familiares o formativas. Como decimos, se trata de una llamada de atención y promoción de tales transformaciones por la negociación colectiva y no de una facultad, dado que dicha posibilidad siempre ha existido²⁸⁰. Y con las específicas referencias a la familia y formación pretende hacerse eco de uno de los aspectos de la ya consabida funcionalidad del contrato a tiempo parcial como mecanismo de compaginación de los intereses privados del trabajador destacados, por lo demás, por la Directiva 97/81/CE²⁸¹. Tales previsiones, como se advirtió en su momento, tienen un marco de actuación externo a los derechos de reducción de jornada del Estatuto ex Art. 37.5 ET, y, probablemente, de articulación y ampliación de los previstos en el Art. 23.1.b) ET, de conformidad con su apartado segundo²⁸².

En cuanto a la naturaleza de la pretensión de transformación del contrato por el trabajador a tiempo parcial, desde el Estatuto de los Trabajadores no puede calificarse como un derecho absoluto y automático²⁸³, ni tanto en el nivel general deducible del primer y último párrafo del Art. 12.4.e) ET, ni en relación a los trabajadores con preferencia reconocida. La vaguedad de los términos del Estatuto, formulados

²⁸⁰ M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Ley, negociación colectiva y autonomía individual en la regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial”, cit., pág. 125.

²⁸¹ Que también recogen en términos menos precisos respecto de estas concretas causas el art. 9 del Convenio de la OIT sobre trabajo a tiempo parcial y los art. 17 y 20 de la Recomendación 182.

²⁸² T. SALA FRANCO, “Los principios...”, cit., pág. 86.

²⁸³ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 107. Califican de mera expectativa de derecho y no de derecho adquirido a la novación automática, la situación de los trabajadores fijos continuos a tiempo parcial en la ocupación de las vacantes a tiempo completo conforme a las previsiones del XIII Convenio Colectivo «Iberia, LAE», en que la cobertura de las mismas se somete al cauce que determine la Comisión de Seguimiento del empleo prevista en el mismo: SS. TSJ. Canarias/Las Palmas 31-7-2004 (JUR 265129) y 5-2-1999 (1363).

como un mero deber del empresario de tener en consideración, en la medida de lo posible, las solicitudes de transformación no puede, sin embargo, interpretarse como una absoluta libertad de aquél en la aceptación o rechazo de la transformación contractual o mayoración de la jornada parcial, únicamente limitada por la prohibición de discriminación o vulneración de derechos fundamentales²⁸⁴. Por el contrario, el establecimiento de preferencias para la transformación, la exigencia de que la denegación de la solicitud sea notificada por escrito y de manera motivada implica una restricción en las razones que lícitamente justifiquen la misma²⁸⁵ y que deben bascular sobre los requisitos fijados por el propio Art. 12.4.e) ET y, en su caso, la negociación colectiva²⁸⁶, la valoración objetiva de las aptitudes para el puesto de trabajo²⁸⁷, la apreciación de un mejor derecho de los trabajadores concurrentes en la pretensión de cobertura de la vacante²⁸⁸ y la tutela de los derechos de promoción profesional del trabajador²⁸⁹. Por consiguiente, la posición del trabajador solicitante de la transformación puede configurarse como un derecho relativo, condicionado exclusivamente al menos en los supuestos de preferencia reconocida, en atención a la existencia de vacante, al cumplimiento de los requisitos adecuadamente configurados y a la valoración proporcionada y ajustada a las normas sobre promoción profesional y cobertura de vacantes aplicables en la empresa. Sin embargo, la interpretación que vienen haciendo nuestros Tribunales del último apartado del Art. 12.4.e) ET y sobre todo del inciso “en la medida de lo posible”, ha hecho prácticamente inoperante el reconocimiento legal de

²⁸⁴ Como pueda ser por razones sindicales, resuelto por la S. Tco., sala primera, 6-5-1997 (AS. 90).

²⁸⁵ Sectores doctrinales parecen reconocer un cierto margen de discrecionalidad, sin concreción de los límites de ésta (S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 40).

²⁸⁶ La negociación colectiva, siempre que respete los términos del art. 12.4.e) ET, y concretamente las preferencias en él establecidas, podrá fijar requisitos adicionales que integren o configuren el supuesto concreto o que constituyan criterios de ordenación entre las diversas situaciones preferentes y, por supuesto, una suavización o eliminación de los mismos o creación de nuevas preferencias que no spongán, todos ellos a su vez, vulneración de la situación privilegiada de los grupos de trabajadores expresamente favorecidos por el legislador (véase: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHE-NA, “El nuevo régimen legal...”, cit., pág. 80 y 81). Por supuesto, también se hará depender el derecho de transformación de la jornada a la existencia misma de la vacante, es decir, a que el puesto de trabajo no haya sido o se pretenda amortizar (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 107).

²⁸⁷ C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva...”, cit., pág. 107.

²⁸⁸ Bien las establecidas por el propio art. 12.4.e) ET, bien las derivadas de otros preceptos como pueda la reserva de puesto de trabajo prevista en el art. 46.3 ET, o también, las que deriven del convenio o acuerdos colectivos (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva...”, cit., pág. 108 y 109; P. VARAS GARCÍA, “Contrato a tiempo parcial”, cit., pág. 57). No obstante, el derecho de transformación del contrato a tiempo parcial en tiempo completo y del fijo discontinuo en continuo, conforme al acuerdo colectivo es preferente al derecho de reingreso del excedente voluntario, en aras del principio de eficacia de la negociación colectiva y el predominio de los intereses colectivos sobre los particulares [por todas: S. TSJ. Madrid 1-6-2004 (AS. 2393); S. TSJ. Cataluña 27-6-2001 (AS. 3519)]. En contra en supuestos en que el acuerdo de transformación de los contratos es posterior a la solicitud de reingreso del trabajador excedente: SS. TSJ. Comunidad Valenciana 6-11-2002 (JUR 266727); SS. TSJ. Baleares 24-11-1999 (AS. 4734) y 2-5-1998 (AS 2117). De hecho, y por suponer la excedencia voluntaria únicamente un derecho de reingreso potencial o expectante, genera una vacante a tiempo completo que debe ser cubierta por la trabajadora a tiempo parcial que lo solicita conforme a su derecho preferente de coberturas de vacantes reconocido por convenio colectivo: S. TSJ. Cataluña 26-2-2002 (JUR 256035). Sin embargo en otra ocasión se apreció como prueba de vacante la transformación irregular de los contratos fijos discontinuos en continuos y una vulneración de su derecho de reingreso preferente: S. TSJ. Aragón 14-10-1997 (ASA. 3847). Ahora bien, el derecho de reingreso del trabajador a tiempo completo lo será respecto de una plaza a tiempo completo: S. Juzgado de lo Social Andalucía/Sevilla 16-9-2002 (AS. 3049).

²⁸⁹ Cuando la preferencia del ascenso del trabajador respecto de los preferentes del art. 12.4.e) ET se deduzca del régimen de ascensos que corresponda de conformidad con el art. 24 ET (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva contratación...”, cit., pág. 108; M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 767).

preferencias de conversión en defecto de previsiones más estrictas en Convenio Colectivo o acuerdo²⁹⁰, infligiendo por lo demás al trabajador el peso de la prueba de la vulneración de las mismas en los aspectos de fondo del Art. 12.4.e) ET, incluso en los supuestos de incumplimiento de todos y cada de los deberes de procedimiento –incumplimiento éste meramente formal de carácter instrumental–. Entonces, más que negar su preferencia absoluta, lo que se alcanza es la efectiva negación del derecho. Concretamente en el análisis jurisprudencial se observa que los supuestos más numerosos de colisión se producen con la conversión en indefinido a tiempo completo del trabajador temporal en la plaza pretendida por el trabajador a tiempo parcial indefinido; en esta confluencia de medidas de política de empleo nuestros Tribunales, a partir de diversos argumentos, suelen confirmar la decisión empresarial a favor del trabajador temporal²⁹¹.

En cualquier caso, si se aprecia la vulneración del derecho del trabajador a la novación de su contrato, la impugnación de la decisión empresarial y, en su caso, contratación de un nuevo trabajador, se realizará a través de acción declarativa en la que se reconozca al trabajador su derecho a transformación de jornada²⁹², manteniendo el trabajador su derecho a los salarios dejados de percibir²⁹³ o indemnización de daños y perjuicios (Art. 1101 C. Civ.)²⁹⁴. Por otra parte tal incumplimiento consti-

²⁹⁰ Si se reconoce el derecho a ampliación de jornada cuando se reconoce por el Convenio Colectivo como un derecho preferente a favor de los trabajadores a tiempo parcial que así lo soliciten ante la ampliación de las exigencias de la contrata, una vez que se cumplan los requisitos que él se fijan: S. TSJ. País Vasco 13-1-1998 (AS. 1211).

²⁹¹ Así unas veces niegan el derecho preferente del trabajador a tiempo parcial a ocupar el puesto de trabajo a tiempo completo por considerar que realmente no se ha producido vacante dado que el contrato temporal del trabajador que ocupaba dicho puesto se ha transformado en indefinido. Añadido a este argumento circular también se valora el hecho de la transformación de la contratación temporal como una medida de fomento del empleo prevista, en su caso, en el Convenio Colectivo: S. TSJ. Castilla y León/Valladolid 28-6-2004 (JUR 192247); en contra, pudiéndose además combinar tales medidas de fomento del empleo previstas en el Convenio colocando al nuevo trabajador indefinido en el puesto vacante dejado por el fijo discontinuo convertido a la jornada completa: S. TSJ. Comunidad Valenciana 18-7-2003 (JUR 155861). En otras ocasiones se fundamenta en la negación de preferencia absoluta basada en la literalidad del art. 12.4.e) ET –“en la medida de lo posible”–, por lo que tendrá que demostrarse la efectiva vulneración de fondo y no meramente de forma o procedimiento para generar derecho a la transformación: S. TSJ. Madrid 11-5-2004 (JUR 236952). O, de forma más radical, en la negación del derecho a la transformación –sí a la información y resolución motivada– salvo que otra cosa prevea el Convenio Colectivo: SS. TSJ. Cantabria 13-2-2002 (JUR 125235 y 132254). Otras veces, lógicamente, la negación de preferencia absoluta e incondicionada se vincula al sometimiento de las normas colectivas sobre ocupación de plazas: -a través de concurso en el que no participó el trabajador a tiempo parcial con más de tres años en ocupación de puesto-: S. TSJ. Aragón 11-3-2004 (AS. 2386). En este sentido, la novación no podrá suponer una vulneración de las normas previstas en Convenio Colectivo para la cobertura de los puestos de trabajo y en la Administración vulneración de los principios de mérito y capacidad [SS. TSJ. Madrid 17-5-1993 (2600) y 19-10-1990 (2486)].

²⁹² SS. TSJ. País Vasco 13-1-1998 (1211) y 15-9-1997 (2850). En cuanto al contrato celebrado con tercero, algunos autores consideran que tendrá que ser anulado en aplicación de los art. 6.3 C. Civ. y art. 9.2 ET (C.L. ALFONSO MELLADO, “La nueva regulación...”, cit., pág. 109; M. ESCOTET VÁZQUEZ, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 768). En contra, la considera válida por tratarse de un tercero de buena fe: J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen...”, cit., pág. 81; T. SALA FRANCO, “Los principios...”, cit., pág. 89. Sobre legitimación activa y pasiva de la acción declarativa, véase, por ejemplo: S. TSJ. Madrid 26-3-1990 (AS. 1227) y SS. TSJ. Cantabria 13-2-2002 (JUR 125235 y 132254).

²⁹³ Conforme a lo establecido en el art. 30 ET si se aprecia obligación empresarial de mayoración automática de jornada, sin que el hecho de que no la exija la empresa impida o haga ineficaz la retribución correspondiente [SS. TSJ. Madrid 26-3-1990 (1227), 13-3-1990 (1168) y 15-1-1990 (184)].

²⁹⁴ J. CABEZA PEREIRO y J.F. LOUSADA AROCHENA, “El nuevo régimen legal...”, cit., pág. 79 y 80; T. SALA FRANCO, “Los principios...”, cit., pág. 89. También en este sentido, caso de que no prospere la pretensión de percibo de los salarios dejados de percibir en aplicación del art. 30 ET: M. ESCOTET VÁZQUEZ, “Contrato de trabajo...”, cit., pág. 768 y 769. Vid.: S. Juzgado de lo Social nº. 25 Madrid/Madrid 10-5-1999 (AS. 1139).

tuiría una infracción grave tipificada en los Art. 15.2 ó 7.10²⁹⁵ RD Leg. 5/2000.

Para concluir queremos hacer una breve referencia a la voluntariedad tácita, que tendrá que completarse, no obstante, con el análisis de los efectos del incumplimiento de la jornada parcial abordados en el Capítulo precedente.

El principio de la voluntariedad del contrato de trabajo a tiempo parcial no impone en absoluto la exigencia de manifestación expresa de la voluntad del trabajador en tal sentido. Por el contrario, el contrato de trabajo a tiempo parcial y el presupuesto de la voluntad de los contratantes puede deducirse igualmente de actos concluyentes de los que no quepa lugar a dudas sobre dicha voluntad. Y lo mismo cabe afirmar de sus novaciones. No obstante, puede resultar compleja la prueba de un acuerdo de voluntades tácito de la transformación del contrato a jornada completa en contrato a jornada parcial, puesto que el decaimiento, no ya de una presunción general sobre jornada, sino de una jornada previa, así como la precariedad de la nueva situación respecto de la originaria y el desequilibrio estructural de las partes contratantes, exigirá de mayores garantías a los efectos de la deducción de una voluntad tácita de transformación²⁹⁶.

Igualmente admisible resulta la transformación tácita del contrato a tiempo parcial en contrato a tiempo completo. Es más, como vimos en el Capítulo precedente, esta posibilidad en la mayoría de los supuestos prácticos estará vinculada más a la mera constatación de una jornada real superior a la parcial, como un supuesto más de no correspondencia de la jornada practicada con la contratada, o, incluso a la apreciación de fraude de ley, que al análisis de la auténtica voluntad de las partes inducida de tales actos concluyentes, por lo general vinculados a su mantenimiento a lo largo del tiempo²⁹⁷. No obstante, el trabajador a tiempo parcial pueda tener un interés preciso en el mantenimiento de su jornada reducida, en cuyo caso deberán extremarse las exigencias de la indubitada voluntad de transformación en tal sentido.

Finalmente, la sucesión de convenios pueden provocar la modificación de la jornada completa de referencia, lo que en absoluto afecta a la pactada en el contrato de trabajo a tiempo parcial puesto que las partes prestan su consentimiento sobre un número determinado de horas y sólo indirectamente sobre la calificación

²⁹⁵ Por todos: C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 110; T. SALA FRANCO, "Los principios...", cit., pág. 89.

²⁹⁶ Aún cuando se contrató a tiempo completo se trabajó a tiempo parcial, por lo que se produjo una novación del contrato: S. TSJ. Andalucía/Sevilla 5-9-2001 (JUR 68725).

²⁹⁷ Así, la conversión en indefinido del contrato temporal por continuación del trabajador en la actividad tras la finalización del mismo conlleva la aplicación de presunción de celebración a tiempo completo del art. 8.2 y 12.4.a) ET [S. TSJ. Murcia 15-5-2000 (1732)]. En similar sentido: S. TSJ. Comunidad Valenciana 10-7-2001 (JUR 57318). Otra cuestión es que a efectos de presunción de celebración por tiempo indefinido se apliquen las reglas específicas de la contratación temporal sobre requisitos formales y prórroga: S. TSJ. Castilla-La Mancha 27-11-1998 (AS. 4254).

contractual, constituyendo el porcentaje un instrumento derivado de comprobación de límites y traducción de condiciones laborales y de protección social del trabajador²⁹⁸. En consecuencia, no se modifica la jornada parcial, pero sí el precio de la hora de trabajo. Si a consecuencia del cambio normativo se superan los límites legales de la jornada parcial, el contrato pasará a ser a tiempo completo (en su caso, con jornada reducida) y cotizará conforme al régimen del contrato a tiempo completo²⁹⁹.

²⁹⁸ S. TS. 8-5-1992 (3525); SS. TSJ. País Vasco 28-9-2004 y 7-5-2002 (AS. 3579 y 1842). No supone vulneración del principio de igualdad la reducción de la jornada por acuerdo exclusivamente para los trabajadores a tiempo completo, puesto que no se trata de dos colectivos comparables en tal aspecto de la relación ni que exista una regla de proporcionalidad de fijación del tiempo de trabajo en el art. 12 ET: Auto del Tco 26-5-2004 (RTC 192). En contra, considera que la jornada del contrato a tiempo parcial deberá reducirse si la reducción de la jornada máxima por convenio colectivo conlleva la modificación de la calificación contractual: C.L. ALFONSO MELLADO, "La nueva regulación...", cit., pág. 31 y 32. Otros autores abogan por la introducción en el contrato de una cláusula de salvaguardia de reducción automática de la jornada parcial con la intención de evitar tal transformación contractual o la necesidad de acuerdos sobre su novación (J. GARCÍA BLASCO, "El papel de la negociación colectiva...", cit., pág. 53). Incluso parece admitirse que tal afectación sea prevista por el Convenio Colectivo: -más recientemente por la citada S. TSJ. País Vasco 28-9-2004. Sin embargo podría apreciarse con ello una intromisión ilegítima del Convenio en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Y en ambos casos una vulneración a través de esta vía indirecta de la imposibilidad de alteración involuntaria de la jornada pactada que, recordemos, por imperativo del art. 12.1.4 y 5.c) ET, debe fijarse en un número de horas.

²⁹⁹ Por todas: SS. TSJ. Canarias 27-7-1992 (3768); TCT. 20-4-1988 (2996). Así los contratos que bajo la vigencia del régimen del 98 superen el 77% de la jornada completa no pueden calificarse de fijos discontinuos sino como fijos continuos, aún cuando en nuestra opinión, deba respetarse su jornada reducida [por ejemplo, niegan su calificación como fijos discontinuos: S. TSJ. Andalucía/Málaga 22-6-2001 (JUR 286236)].

Bibliografia

Bibliografía

- ▶ AAVV.: "*Trabajo a tiempo parcial*", Francis Lefebvre, Madrid, 2000.
- ▶ AAVV.: "*Contratación laboral y condiciones de trabajo*", -Coord. F.J. Prados de Reyes-, ponencia colectiva a las XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Jerez de la Frontera, 10-11 de octubre de 2001.
- ▶ AAVV.: "*Estructura del contrato de trabajo*", -Dir. C. Molero Manglano-, Dykinson, Madrid, 1997.
- ▶ AAVV.: "*Relaciones laborales 2002*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ▶ ABELLA MESTANZA, M^a.J. y GARCÍA VIÑA, J.: "*Los permisos de matrimonio y mudanza*", Tribuna Social, nº. 65, 1996.
- ▶ ACARL: "*Las nuevas formas de contratación laboral. Comentarios al RDL 18/93, de 3 de diciembre, y su desarrollo reglamentario*", Madrid, 1994.
- ▶ ALAIMO, A.: "*Le modificazioni della distribuzione dell'orario nel rapporto di lavoro a tempo parziale*", RIDL, nº. 3, 1987.
- ▶ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "*Fomento y defensa del empleo y ordenación del tiempo de trabajo*", en AAVV (Coord. J. Rivero Lamas), "*La flexibilidad laboral en España*", Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1993
- ▶ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "*La ordenación del tiempo de trabajo*", Tecnos, Madrid, 1988.
- ▶ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "*Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral*".
- ▶ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "*Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001*", Revista de Derecho Social, nº. 15, 2001.

- ▶ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "*Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo*", AAVV, - Coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Reforma de la legislación laboral*", Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ▶ ALBALADEJO, M.: "*Derecho Civil*", Tomo II, Vol. 1º, Librería Bosch, Barcelona, 1997.
- ▶ ALBIOL MONTESINOS, M. CAMPS RUIZ L.M. y J.Mª. GOERLICH PESET, "*La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ▶ ALEMÁN PAÉZ, F.: "*El encuadramiento profesional*", MTSS, Madrid, 1995.
- ▶ ALESSE, A.: "*Il lavoro a tempo parziale: considerazioni critico-esegetiche sull'art. 5 della legge 19 dicembre 1984, n.º. 863*", RIDL, n.º. 2, 1988.
- ▶ ALFONSO MELLADO, C.L.: "*La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ▶ ALFONSO MELLADO, C.L.: "*La primera reforma laboral del milenio. Comentarios al RD-L. 5/2001, de 2 de marzo*", IVES, Valencia, 2001.
- ▶ ALFONSO MELLADO, C.L.; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: "*Sobre la posibilidad de conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial por la vía del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*", RL, n.º. 1, 1995.
- ▶ ALIA RAMOS, M. y MONTANE MERINERO, Mª.J.: "*Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*", CISS, Bilbao, 1995.
- ▶ ALONSO GARCÍA, E.: "*Discriminación de los trabajadores no fijos de plantilla. Confirmación de la doctrina de los Tribunales de instancia sin que sea susceptible de recurso de amparo una interpretación amplia del artículo 14 de la Constitución*", REDT, n.º. 29, 1987.
- ▶ ALONSO GARCÍA, E.: "*Discriminación de los trabajadores no fijos de plantilla. Confirmación de la doctrina de los Tribunales de instancia sin que sea susceptible de recurso de amparo una interpretación amplia del artículo 14 de la Constitución*", en M. ALONSO OLEA, "*Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*", Tomo V, Civitas, Madrid, 1988.
- ▶ ALONSO GARCÍA, E.: "*El trabajo de los discapacitados*", REDT, n.º. 100, 2000.
- ▶ ALONSO LIGERO, Mª.S.: "*Igualdad de remuneración por razón de sexo*".
- ▶ ALONSO LIGERO, Mª.S.: "*Lactancia y guarda legal*", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "*Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*", Edersa, Madrid, 1982.
- ▶ ALONSO OLEA, M.: "*Derecho del Trabajo*", 4ª. edición, Universidad de Madrid. Sección de Publicaciones, Madrid, 1976.
- ▶ ALONSO OLEA, M.: "*El Estatuto de los Trabajadores. Texto y breve comentario*",

Civitas, Madrid, 1980.

▶ ALONSO OLEA, M.: "*Jornada de trabajo y temas conexos*", Revista de Política Social, nº. 141 (enero-marzo), 1984.

▶ ALONSO OLEA, M.: "*Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*", Tomo V, Civitas, Madrid, 1988.

▶ ALONSO OLEA, M.: "*Sobre la «Doble garantía... material... [y]... formal... para la imposición de sanciones administrativas» a empresarios en materia laboral*", REDT, nº. 39, 1989.

▶ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: "*Derecho del Trabajo*", 11^a edición, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989.

▶ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: "*Derecho del Trabajo*", décimo sexta edición, Civitas, Madrid, 1998.

▶ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: "*Derecho del trabajo*", decimoséptima edición, Civitas, Madrid, 1999.

▶ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: "*Instituciones de Seguridad Social*", Civitas, Madrid, 1998.

▶ ALONSO SECO, J.M.: "*La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social: regulación, jurisprudencia, alternativas para una modificación legal*", Revista de Trabajo y Seguridad Social", nº. 4, 1991.

▶ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "*La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de pensiones de 2001*", Temas Laborales, nº. 61, 2002.

▶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: "*El complemento extrasalarial de prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social*", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre el salario*".

▶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: "*El trabajo fijo-discontinuo, modalidad de contrato a tiempo parcial*", en AAVV -Coord. Valdés Dal-Ré, F.-, "*Los contratos de trabajo a tiempo parcial*", Lex Nova, 2000.

▶ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J.C.: "*Del permiso laboral para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal. Comentario del apartado d) del número 3 del artículo 37 del ET*", Tribuna Social, nº. 65, 1996.

▶ ALZAGA RUIZ, I.: "*Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*", Edersa, Madrid, 2000.

▶ AMATO, F.: "*Brevi osservazioni su part time e retribuzione feriale*" (nota a la sentencia Tribunale di Milano 4 abril 1986), RIDL, 1986/nº. 4.

- ▶ AMATO, F.: "*Il lavoro a tempo parziale*", en F. AMATO y M.J. VACCARO, "*Le nuove tipologie del rapporto di lavoro*", Liguori Editore, Napoli, 1991.
- ▶ AMATO, F.: "*La disciplina legale del lavoro a tempo parziale: l'art. 5 della legge 19/12/1984, n.º. 863*", *Lavoro* 80, 1985.
- ▶ AMATO, F.: "*La disciplina legale...*", (I) y (II),
- ▶ ANDINO AXPE, L.F.: "*Los nuevos contratos temporales*", A.L., n.º. 31, 1995.
- ▶ APILLUELO MARTÍN, M.: "*La relación de trabajo del menor de edad*", CES, Madrid, 1999.
- ▶ ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: "*Novedades de la reforma laboral en materia de contratación. Contratos de duración determinada, el contrato a tiempo parcial, el contrato de fomento del empleo*", en AAVV, "*La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo*", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.
- ▶ ARRUE MENDIZÁBAL, M.: "*La forma del contrato de trabajo*", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º. 17, 1995.
- ▶ BALLESTER LAGUNA, F.: "*La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*", Comares, Granada, 2001.
- ▶ BALLESTER PASTOR, I.: "*El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- ▶ BALLESTER PASTOR, I.: "*El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajador eventual a disposición o a la carta, un nuevo «invento» de la negociación colectiva*", A.S., n.º. 17, 2001.
- ▶ BALLESTER PASTOR, I.: "*La anulación del régimen del «trabajo a llamada» nacido vía convencional: una especie de híbrido entre el contrato eventual y fijo discontinuo que no respeta la naturaleza y el objeto de ninguna fórmula de contratación regulada en derecho, en especial, la del contrato eventual por acumulación de tareas*", A.S., Vol. IV, 2001
- ▶ BALLESTER PASTOR, I. y VICENTE PALACIO, A.: "*La contratación temporal estructural. Modificaciones operadas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo*", *Tribuna Social*, n.º. 124, 2001.
- ▶ BALLESTER PASTOR, M.A.: "*El contrato de formación y otras formas de contratación laboral en alternancia*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ▶ BALLESTER PASTOR, M.A.: "*La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial*", R.L., T. II, 1998.
- ▶ BALLESTER PASTOR, M^a.A.: "*La Ley 39/99 de la conciliación de la vida familiar y laboral*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- ▶ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: "*El crédito de horas de los representantes de los trabajadores*", Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social", MTSS, 1984.
- ▶ BARRIOS BAUDOR, G.L.: "*Contratos a tiempo parcial por jubilación parcial y de relevo*", en AAVV, "*Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001*", Aranzadi, Pamplona, 2001.
- ▶ BAYLOS GRAU, A.: "*Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en Convenio*", R.L., 1985-II.
- ▶ BAYLOS GRAU, A.: "*No discriminación, tiempo parcial y retroactividad del efecto directo del principio de igualdad de retribución por razón de sexo*", Revista de Derecho Social, nº. 9, 2000.
- ▶ BAYLOS GRAU, A.: "*Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo*", en AAVV -Coord. M.R. Alarcón Caracuel-, "*La reforma laboral de 1994*", Marcial Pons, Madrid, 1994.
- ▶ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: "*Manual de Derecho del Trabajo*", undécima edición revisada y puesta al día por Valdés Dal-Ré, F., Marcial Pons, Madrid, 1977-1978.
- ▶ BAYÓN CHACÓN, G.: "*Los problemas de forma en el contrato de trabajo*", Revista de Derecho Privado, 1955.
- ▶ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: "*Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*", Bosch, Barcelona, 2001.
- ▶ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: "*Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos*", R.L., nº 14, 1999.
- ▶ BENEYTO CALABUIG, D.: "*La reforma laboral de 2001*", Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº. 217, 2001.
- ▶ BIAGI, M.: "*Il lavoro a tempo parziale*", Il Sole 24 ore, Milano, 2000.
- ▶ BLANCO, J.; CAPRILE, M.; ELVIRA, C. y MORENO, D.: "*Balance histórico de la contratación a tiempo parcial en España*", MTSS, Madrid, 2001.
- ▶ BLASCO LAHOZ, J.F.: "*La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ▶ BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M^a.A.: "*Regímenes Especiales de Seguridad Social*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ▶ BLASCO PELLICER, A.: "*La individualización de las relaciones laborales*", CES, Madrid, 1995.

- ▶ BLASCO PELLICER, A., "*La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ▶ BLASCO RASERO, C.: "*Un acercamiento a la jubilación parcial desde la jurisprudencia*", Temas Laborales, nº. 42, 1997.
- ▶ BLASCO SEGURA, B.: "*Trabajo en común y contrato de grupo*", AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "*Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*", Tomo III, Edersa, Madrid, 1985.
- ▶ BOLLE, P.: "*El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?*", Revista Internacional del Trabajo, vol. 116, 1997, nº. 4.
- ▶ BORRAJO DACRUZ, E.: "*Horario flexible*", en AAVV (dir. E. Borrajo Dacruz), "*Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*", Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982.
- ▶ BORRAJO DACRUZ, E.: "*Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*", en AAVV, "*Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles*", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1979, publicado también en la Revista de Política Social, nº. 120, octubre-diciembre, 1978.
- ▶ BORRAJO DACRUZ, E., "*Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible (1)*", A.L., nº 22, 2003.
- ▶ BRANCA, G.: "*Problemi attuali e prospettive future del lavoro a tempo parziale*", cit., pág. 180 y 181.
- ▶ BROLLO, M.: "*Il lavoro a tempo parziale*", Leggi e Lavoro,, nº. 2, Ipsoa, 2001.
- ▶ BROLLO, M.: "*Il lavoro subordinato a tempo parziale*", Jovene Editore, Napoli, 1991.
- ▶ BROLLO, M.: "*La forma e la predeterminazione del contenuto del contratto di lavoro a tempo parziale*", LD, 1993, nº. 2.
- ▶ BROLLO, M.: "*La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità*", Lav.Giur., 2004, número especial sulla "*Riforma del mercato del lavoro*".
- ▶ CABERO MORÁN, E. y GARCÍA TRASCASAS, A.: "*El procedimiento para la imposición de sanciones en el orden social: una interpretación integradora de la disposición adicional 70 LRJPAC*", en AAVV, "*Aspectos laborales de la Ley de Procedimiento Administrativo*", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- ▶ CABEZA PEREIRO, J.: "*Desempleo de trabajadores fijos-periódicos*", AS. Vol. V, 2001.
- ▶ CABEZA PEREIRO, J.: "*La extinción del desempleo*", Editorial Comares, Granada, 1997.
- ▶ CABEZA PEREIRO, J.: "*La perspectiva del tiempo parcial y del trabajo fijo-discontinuo*",

A.S., Vol. IV, 2001.

- ▶ CABEZA PEREIRO, J.: "*Reducción de jornada y situación legal de desempleo*", Aranzadi Social, 1996, Tomo I.
- ▶ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: "*El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*", Comares, Granada, 1999.
- ▶ CALVO GALLEGO, F.J.: "*El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*", CARL, Mergablum, Sevilla, 2002.
- ▶ CALVO GALLEGO, F.J.: "*El contrato de puesta a disposición*", en AAVV –dirs. M^ºF. Fernández y M.C. Rodríguez-Piñero-, "*Diez años desde la regulación de las empresas de trabajo temporal. Balances y Perspectivas*", Mercablum, CARL, Sevilla, 2004.
- ▶ CALVO GALLEGO, F.J. y VALVERDE ASENCIO, A.: "*La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo*", Temas Laborales, nº. 61, 2002.
- ▶ CAMOS VICTORIA, I., "*Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ▶ CAMPS RUIZ, L.M.: "*Complementos salariales de carácter personal*", en AAVV -Coord. L.M. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre el salario*", ACARL, Madrid, 1993.
- ▶ CAMPS RUIZ, L.M.: "*El Estatuto de los Trabajadores y la normativa anterior sobre las relaciones laborales individuales*", IES, Zaragoza, 1980.
- ▶ CAMPS RUIZ, L.M.: "*La contratación laboral temporal*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- ▶ CAMPS RUIZ, L.M.: "*La nueva regulación del mercado de trabajo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ▶ CAMPS RUIZ, L.M.: "*La reforma del mercado de trabajo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ▶ CAMPS RUIZ, L.M.: "*La relación laboral especial de los representantes de comercio*", en "*Comentarios a las Leyes Laborales, El Estatuto de los Trabajadores*", Edersa, Madrid, 1986.
- ▶ CAMPS RUIZ, L.M.: "*Las empresas de trabajo temporal*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ▶ CAMPS RUIZ, L.M. y SALA FRANCO, T.: "*Legalidad y tipicidad de las infracciones laborales de los empresarios*", R.L., 1987/T. I.
- ▶ CARBONE, L.: "*Tutela del lavoratore part-time*", Informazione Previdenziale, 1986
- ▶ CARCELEN GARCÍA, J.: "*El sistema de trabajo a turnos*", Fundación Confemetal, Madrid, 2000.

- ▶ CARDENAL CARRO, M.: "Cuestiones relativas a la contratación temporal estructural", en AAVV, "Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001", Aranzadi, 2001.
- ▶ CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: "¿Inercia en la negociación colectiva sobre edades de jubilación forzosa del trabajador, tras el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo?", A.L., nº. 8, 2002.
- ▶ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: "Ley, negociación colectiva y autonomía individual en la regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial", en AAVV -Coords. M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 2000.
- ▶ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: "Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo", REDT, nº. 100, 2000.
- ▶ CASTELLANO BURGUILLO, E.: "Cooperativas de trabajo asociado. Encuadramiento de los socios trabajadores", comunicación a las III Jornadas Andaluzas de Relaciones Laborales, Sevilla, septiembre, 2000.
- ▶ CASTELVETRI, L. y SCARPELLI, F.: "Il part time, la direttiva sui distacchi e il lavoro notturno", RIDL, nº. 3, 2000, parte III.
- ▶ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: "Horas extraordinarias: compensación por tiempo de descanso", en AAVV -Coord. J. Rivero Lamas-, "La flexibilidad laboral en España", I.RL, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, 1993.
- ▶ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: "Protección por desempleo", en AAVV, "Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social", Aranzadi, Navarra, 2003.
- ▶ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: "Reforma parcial de la Seguridad Social: comentario a las Leyes 24/97, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social y 66/97, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998", R.L., nº. 6, 1998.
- ▶ CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: "La incidencia de las Directivas comunitarias en la reforma laboral", REDT, nº. 92, 1998.
- ▶ CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.; ARGÜELLES BLANCO, A.R.; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.; FERNÁNDEZ VILLALÓN, L.A. y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "Ordenación del tiempo de trabajo", en AAVV -Dir. J. García Murcia-, "Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva", CES, Madrid, 1998.
- ▶ CATAUDELA, A.: "Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro", en AAVV, "Flessibilità dell'organizzazione produttiva e tipologia dei rapporti di lavoro", atti del Convegno svoltosi a Firenze 18 - 19 Marzo 1983. Cuaderno nº. 4, IRI, Roma.
- ▶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: "La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial

común o genérico", AAVV, "Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma del 2001", Aranzadi, 2001.

▶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina", Aranzadi Social, enero 1997.

▶ CAVAS MARTÍNEZ, F.; CARDENAL CARRO, M.; y BARRIOS BAUDOR, G.L.: "Contratación y modalidades contractuales", en AAVV, "Análisis de la L. 12/2001, de 9 de julio. La reforma laboral de 2001", Aranzadi, Pamplona, 2001.

▶ CAVAS MARTÍNEZ F y F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, en AAVV, "Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social", Laborum, 2003, pág. 208.

▶ CEBRIÁN CARRILLO, A.: "El control interno de las horas extraordinarias", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991.

CES, "El trabajo a tiempo parcial", Informe nº. 4, 1996.

▶ CHARRO BAENA, P.: "El derecho a vacaciones en el ámbito laboral", MTSS, Madrid, 1993.

▶ CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTÍN, M^a.S.: "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", Aranzadi Social, 1998.

▶ COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, M.C.: "El subsidio por desempleo", Ed. Trotta, Valladolid, 1997.

▶ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS «MISEP»: "La política de empleo en España", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988.

▶ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: "Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional", en AAVV -Dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores", Tomo I, vol. 2º "Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo", Edersa, Madrid, 1994.

▶ CORREA CARRASCO, M.: "Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo", Aranzadi, Pamplona, 1997.

▶ CORTE HERRERO, N.: "El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal", Aranzadi Social, T. V, 1998.

▶ COSTA REYES, A.: "La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva", RL, nº. 7, 1999.

▶ CRUZ VILLALÓN, J.: "Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos", Tribuna Social nº. 85, 1998.

▶ CRUZ VILLALÓN, J.: "El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la Reforma de

1994", R.L., nº. 17/17, 1994.

▶ CRUZ VILLALÓN, J.: "*El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984*", RL, nº. 6, 1985.

▶ CRUZ VILLALÓN, J.: "*El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal*", en AAVV -Coord. M.R. Alarcón Caracuel-, "*La reforma laboral de 1994*", Marcial Pons, Madrid, 1994.

▶ CRUZ VILLALÓN, J.: "*El nuevo régimen jurídico de la colocación de trabajadores*", Temas Laborales, nº. 32/1994.

▶ CRUZ VILLALÓN, J.: "*La flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. Comentario a la sentencia TCT 50, 7 feb. 1989*", R.L., T.I., 1989.

▶ D'ANTONA, M.: "*Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*", en AAVV, "*Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1986.

▶ D'AVOSSA, E.: "*Sull disciplina del rapporto applicabile in caso di riduzione dell'orario pattuita tra datore e prestatore di lavoro*", RIDL, 1986/nº. 4.

▶ DE CRISTOFARO, M^a.L.: "*Lavoro part-time*".

▶ DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCÍA NINET, J.I.: "*Contrato de trabajo a domicilio*", AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "*Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*", Tomo III, Edersa, Madrid.

▶ DE LA VILLA GIL, L.E.: "*El concepto de hora extraordinaria*", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*", ACARL, Madrid, 1991.

▶ DE LA VILLA GIL, L.E.: "*Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática*", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

▶ DE LA VILLA GIL, L.E.: "*Nuevas reglas sobre duración de los contratos de trabajo*", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Reforma de la legislación laboral*".

▶ DE SOTO RIOJA, S.: "*El contenido de la prestación laboral*", RL, 1995, T. II.

▶ DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, "*La jubilación gradual y flexible: aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

▶ DEL REY GUANTER y C. GALA DURÁN, "*La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio y de los RRDD 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre*", R.L., nº 11, 2003.

▶ DEL REY GUANTER, S. y VALVERDE ASENCIO, A.: "*La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido*", Revista del Ministerio de Trabajo y

Asuntos Sociales, nº. 18, 1999.

- ▶ DEL REY GUANTER (dir), A. VALVERDE ASENCIO, C. GALA DURÁN, M. LUQUE PARRA, "El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social", La Ley, Madrid, 2003.
- ▶ DEL VALLE MUÑOZ, F.A.: "La movilidad funcional del trabajador en la empresa", CES, Madrid, 1998.
- ▶ DESDENTADO BONETE, A.: "La reforma de la pensión contributiva de jubilación en la L. 24/97", Tribuna Social, nº. 95, 1998.
- ▶ DESDENTADO BONETE, A. y MERCADER UGUINA, J.R.: "El desempleo como situación protegida", Civitas, Madrid, 1996.
- ▶ DESDENTADO BONETE A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A. : "La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002", en AAVV –Coord. I. García-Perrote Escartín-, "La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo", Lex Nova, 2003.
- ▶ DESSI, O.: "Il lavoro a tempo parziale nella prospettiva comunitaria e italiana", Rev. Il Diritto del Lavoro, nº. 5, 2001.
- ▶ DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Instituciones de Derecho Civil", Vol. I/2, Tecnos, Madrid, 1998.
- ▶ DIEZ-PICAZO, L.: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", T.I, "Introducción. Teoría del Contrato", Civitas, Madrid, 1996.
- ▶ DIEZ-PICAZO, L.: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", T.II, "Las relaciones obligatorias", Civitas, Madrid, 1996.
- ▶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M^a.: "Algunas consideraciones en torno a la elección entre políticas de empleo alternativas", Temas Laborales, nº. 12, 1987.
- ▶ DUI, P.: "Il rapporto di lavoro a tempo parziale", Ipsoa Informatica, Milano, 1989.
- ▶ DUPEYROUX, J.J.: "Edad de jubilación, pensiones de vejez, distribución del trabajo: algunos puntos de referencia", en AAVV, "La edad de jubilación en Europa", IELSS, Madrid, 1984.
- ▶ DURÁN LÓPEZ, F.: "El contrato de trabajo en prácticas: formación, inserción laboral y fomento del empleo", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral", Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ▶ DURÁN LÓPEZ, F.: "El período de prueba", RL, T.I, 1988.
- ▶ DURÁN LÓPEZ, F.: "El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)", IES, Madrid, 1980.

- DURÁN LÓPEZ, F.: "*Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "*La reducción del tiempo de trabajo: una aproximación al debate europeo*", *Revista de Trabajo*, nº. 57 y 58, 1980.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "*La relación laboral especial de los artistas*", RL, T. I, 1986.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "*La relación laboral especial de los deportistas profesionales*", R.L., T. I., 1985.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "*Lecciones de Derecho del Trabajo*", Tomo I, Curso académico 1991/1992, policopiado.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "*Los pactos para la retribución de las horas extraordinarias y su consideración jurisprudencial*", D.L., nº. 8, 1983.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "*Modalidades de contratación laboral*", en DURÁN LÓPEZ, F.; MONTOYA MELGAR, A. y SALA FRANCO, T.: "*El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*", MTSS, Madrid, 1987.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "*Ordenación del tiempo de trabajo*", en DURÁN LÓPEZ, F.; MONTOYA MELGAR, A. y SALA FRANCO, T.: "*El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*", MTSS, Madrid, 1987.
- DURÁN LÓPEZ, F.: "*Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo*", AAVV –Coord. M. Rodríguez-Piñero-, "*Comentarios a la nueva legislación laboral*", Tecnos, Madrid, 1985.
- ESCUDERO ESPINOSA, J.F.: "*La duración de las vacaciones anuales del trabajador en el tratamiento jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia*", A.L., nº. 8, 1995, Tomo I.
- ESCUDERO MORATALLA, J.F. y POYATOS I MATAS, G.: "*Trabajadores a tiempo parcial*", Bosh, 2002, Barcelona.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "*Adaptabilidad y causalidad de la contratación temporal en la negociación colectiva posterior a la reforma*", R.L., nº. 2, 1997.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "*El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa*", en AAVV, "*Reforma de la legislación laboral*", Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo e Industria. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "*Horas extraordinarias*", REDT., nº. 100, vol. I, 2000.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "*Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001*", RL, 2001, nº 10.

- ▶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "*Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva*", R.L., nº. 4, 1999.
- ▶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: "*Modificaciones en materia laboral y de Seguridad Social en la Ley de acompañamiento para el 2000*", RL, nº. 9, 2000.
- ▶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y PALOMO BALDA, E.: "*Novedades de la Ley 42/94: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente*", R.L., 1995, T.I.
- ▶ ESTEVE SEGARRA, A.: "*La jubilación forzosa*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ▶ FALGUERA BARO, M. y SENRA BIEDMA, R.: "*Derecho Sindical: elecciones sindicales (nuevo marco normativo)*", Bosch, Barcelona, 1996.
- ▶ FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: "*Jurisprudencia sobre el crédito de horas retribuidas de los representantes legales de los trabajadores*", Tribuna Social, nº. 51, 1995.
- ▶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "*El mandato representativo. Claroscuros sobre su duración a la luz de la jurisprudencia*", R.L., nº. 17, 2000.
- ▶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "*La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social*", La Ley, Madrid, 1999.
- ▶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "*Protección social complementaria de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ▶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, A.: "*Jubilación parcial y reparto de trabajo*", Revista de Seguridad Social, nº. 26, 1985.
- ▶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, A.: "*Jubilación parcial y reparto de trabajo. Análisis de la regulación española dentro del ámbito europeo*", R.S.S., nº. 26.
- ▶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: "*La dimensión laboral de la violencia de género*", Bomarzo, Albacete, 2005.
- ▶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: "*El contrato de los trabajadores fijos discontinuos: la reforma continua*", en AAVV, "*Trabajo a tiempo parcial*", Francis Lefebvre, Madrid, 2000.
- ▶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: "*El papel del Convenio Colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I)*", A.L., nº. 6, T.I./1995.
- ▶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: "*La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85 (I)*", R.L., nº. 5, 1988.
- ▶ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.; FERNÁNDEZ VILLALÓN, L.A. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M^a.P.: "*Organización del trabajo, ingreso y modalidades de contratación*", en AAVV -dir. J. Garcia Murcia-, "*Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva*", CES,

Madrid, 1998.

- ▶ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "*Prestaciones contributivas del Régimen General de la Seguridad Social*", Universidad de Alicante, Alicante, 1997.
- ▶ FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: "*Ley de relaciones laborales. Análisis y comentario*", Deusto, Bilbao, 1976.
- ▶ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "*Ordenación del tiempo de trabajo*", AAVV -Dir. J. García Murcia-, "*Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva*", cit., pág. 302 y 303.
- ▶ FILADORO, C.: "*Il part-time*", Lavoro e Previdenza Oggi, mayo-septiembre, 1991.
- ▶ FILADORO, C.: "*Il part-time*", Piloni, Milano, 1997.
- ▶ FILADORO, C.: "*Il part-time*", Pirola Editore, Milano, 1978.
- ▶ FITA ORTEGA, F.: "*Límites legales a la jornada de trabajo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ▶ FLÓREZ SABORIDO, I.: "*La contratación laboral como medida de política de empleo en España*", CES, Madrid, 1994.
- ▶ FONTANA, G.: "*La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico*", RIDL, 1993, nº. 3.
- ▶ FREGA NAVIA, R.: "*Contrato de trabajo deportivo*", Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- ▶ GALA DURÁN, C.: "*Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*", Colex, Madrid, 1998.
- ▶ GALA DURÁN, C.: "*El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*", Bosch, Barcelona, 2000.
- ▶ GALIANA MORENO, J.M. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: "*Algunas consideraciones sobre la última reforma legislativa del mercado de trabajo (A propósito de los Reales Decretos-leyes 8/97 y 9/97, de 16 de mayo)*", Aranzadi Social, nº. 9, 1997.
- ▶ GARCÍA BECEDAS, G.: "*La compensación en descanso del trabajo extraordinario*", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*", ACARL, Madrid, 1991.
- ▶ GARCÍA BLASCO, J.: "*El papel de la negociación colectiva en el contrato de trabajo a tiempo parcial*", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 18, 1999.
- ▶ GARCÍA BLASCO, J.: "*Flexibilidad del tiempo de trabajo; jornadas y descansos*", en AAVV, "*Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso*

Olea". Marcial Pons, Madrid, 1995.

- ▶ GARCÍA COMBAU, J.: "*El trabajo a turno*", Deusto, Bilbao, 1991.
- ▶ GARCÍA DE HARO Y GOYTISOLO, R.: "*Horas extraordinarias y horas complementarias*", Revista de Política Social, nº. 60, 1963.
- ▶ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Movilidad funcional", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral", Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ▶ GARCÍA FERNÁNDEZ, M. "La forma del contrato de trabajo",
- ▶ GARCÍA MURCIA, J.: "*Concepto y estructura del salario (En torno al artículo 26)*", REDT, nº. 100, vol. 1º, 2000.
- ▶ GARCÍA MURCIA, J.: "*El derecho a la promoción y la formación profesional en el Trabajo*", AAVV (Dir. E. Borrajo Dacruz), "*Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*", Tomo V, Edersa, Madrid, 1985.
- ▶ GARCÍA MURCIA, J.: "*El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español*", en AAVV, (Coord. F. DURÁN LÓPEZ) "Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo", Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983.
- ▶ GARCÍA MURCIA, J.: "*Los acuerdos de empresa*", CES, Madrid, 1998.
- ▶ GARCÍA NINET, J.I.: "*El descanso de media hora en las jornadas continuadas de ocho horas*", Revista de Trabajo, nº. 44 y 45, 1973/74.
- ▶ GARCÍA NINET, J.I.: "*Jornada*", en AAVV (Dir. Borrajo Dacruz, E.), "*Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*", Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982.
- ▶ GARCÍA NINET, J.I.: "*Jornada de trabajo. Horario y horas extraordinarias*", Edersa, Jaén, 1977.
- ▶ GARCÍA NINET, J.I.: "*La incapacidad temporal*", en AAVV, "*La incapacidad temporal*", Tecnos, Madrid, 1996.
- ▶ GARCÍA NINET, J.I.: "*La jubilación en los regímenes especiales de la Seguridad Social*", RSS., nº. 16, 1982.
- ▶ GARCÍA NINET, J.I.: "*Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección integral contra la violencia de género (II)*", Tribuna Social, nº 170, 2005.
- ▶ GARCÍA NINET, J.I.: "*Ordenación del tiempo de trabajo*", en AAVV (Coord. E. Borrajo Dacruz), "*Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los trabajadores*", Edersa, Madrid, 1994.

- ▶ GARCÍA ORTEGA, J.: "*Adaptación de la Seguridad Social contributiva al trabajo a tiempo parcial*", Tribuna Social, nº 85, 1998.
- ▶ GARCÍA ORTEGA, J.: "*Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma*", Revista de Derecho Social, nº. 6, 1999
- ▶ GARCÍA ORTEGA, J.: "*El salario en régimen de participación en ingresos o beneficios*", en AAVV -dir. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre el salario*".
- ▶ GARCÍA ORTEGA, J.: "*Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*", José M. Bosch, Barcelona, 1990.
- ▶ GARCÍA PIQUERAS, M.: "*En las fronteras del derecho del trabajo. Arrendamiento de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos*", Comares, Granada, 1999.
- ▶ GARCÍA PIQUERAS, M.: "*Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral*", Comares, Granada, 1995.
- ▶ GARCÍA PIQUERAS, M.: "*Los contratos de trabajo temporales. El empleo incentivado*", Comares, Granada, 1993.
- ▶ GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: "*Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*", Comares, Granada, 2000.
- ▶ GARCÍA VIÑA, J.: "*Horario de trabajo*", A.L., nº. 24, 1999.
- ▶ GARCÍA VIÑA, J.: "*Los permisos de matrimonio y mudanza*", Tribuna Social, nº. 65.
- ▶ GARCÍA VIÑA, J.: "*Regulación en Convenio Colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la D. Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores). Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo*", Tribuna Social, nº. 124, 2001.
- ▶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "*El contrato a tiempo parcial*", R.L., nº. 5-6, 1994, y en "*El contrato a tiempo parcial*", en AAVV (M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré), "*Reforma del mercado de trabajo*", La Ley, Madrid, 1994.
- ▶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "*Jornada de trabajo legal y jornadas convencionales*", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*", ACARL, Madrid, 1991.
- ▶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "*La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*", en AAVV (coords. M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré), "*Los contratos de trabajo a tiempo parcial*", Lex Nova, Valladolid, 2000.
- ▶ GARRIDO PÉREZ, E.: "*El contrato de relevo*", MTSS, Madrid, 1987.

- ▶ GARRIDO PÉREZ, E.: "*Contrato de relevo y jubilación parcial*", en AAVV, "*Trabajo a tiempo parcial*", Francis Lefebvre, Madrid, 2000.
- ▶ GARRIDO PÉREZ, E.: "*El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ▶ GENOVESE, S.: "*Part-time e clausole «elastiche»*", -nota a la sentencia Corte Costituzionale n.º. 210-, Giurisp. ital., 1992.
- ▶ GETE CASTRILLO, P.: "*El derecho común de las pensiones públicas*", Lex Nova, Valladolid, 1997.
- ▶ GETE CASTRILLO, P.: "*Jubilación parcial de un trabajador que, previamente, lo es a tiempo parcial*" en RL, n.º 4, 2004.
- ▶ GETE CASTRILLO, P.: "*La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ▶ GHERA, E.: "*Il lavoro a tempo parziale*", en AAVV, "*Flessibilità dell'organizzazione produttiva e tipologie dei rapporti di lavoro*", atti del Convegno svoltosi a Firenze 18 - 19 marzo 1983, Cuaderno n.º. 4, IRI, Roma, s.d., pág. 64 a 66;
- ▶ LOY, G. "*La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale*", Riv. Giur. del Lavoro, 1980.
- ▶ GIL GIL, J.L.: "*El descanso semanal*", en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*".
- ▶ GODINO REYES, M.: "*Autonomía colectiva y voluntad individual en la fijación de la jornada de trabajo*", en AAVV, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*".
- ▶ GOERLICH PESET, J.M.^a. : "*La reforma de la contratación laboral: tiempo parcial y contratos de duración determinada*", en I. ALBIOL MONTESINOS, L.M. CAMPS RUIZ y J.M.^a. GOERLICH PESET, "*La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- ▶ GOERLICH PESET, J.M.^a.: "*Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?*", Temas Laborales, n.º. 61, 2002.
- ▶ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: "*Las horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial*", Aranzadi Social, n.º 19, 1998.
- ▶ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: "*Pactos de no concurrencia y de permanencia. [En torno a los artículos 5.d) y 21 ET]*", REDT, n.º. 100, volumen primero, 2000.
- ▶ GÓMEZ MUÑOZ, J.J.: "*Las jornadas especiales de trabajo*", Aranzadi, Pamplona, 1998.
- ▶ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: "*El contrato a tiempo parcial*", Aranzadi,

Pamplona, 1998.

- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: "*El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada*", RL, T. II, 1998.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: "*El trabajo a tiempo parcial en el Derecho comunitario: la Directiva 97/81/CE*", A.L., nº. 31, 1998.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: "*Jornada reducida y trabajo a tiempo parcial: una perspectiva histórica*", Tribuna Social, nº. 87, 1998.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: "*La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: "*Trabajo a tiempo parcial*" de "*Ordenación del tiempo de trabajo*", en AAVV -Dir. J. García Murcia-, "*Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva*", CES, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ MARTÍN, A.: "*Representación y acción sindical de los trabajadores en las empresas*", CISS, Bilbao, 1998.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "*Clasificación profesional y movilidad funcional*", en AAVV, "*Reforma de la legislación laboral*", Junta de Andalucía. Consejería de Trabajo e Industria, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "*El tiempo de trabajo*", T.L., nº 4, 1985.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "*Fuerza mayor. Trabajadores fijos discontinuos y no-reapertura del centro de trabajo*", RL 1987/T. II.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "*La reforma de la negociación colectiva*", en AAVV -coor. M. Ramón Alarcón-, "*La reforma laboral de 1994*", Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: "*Comentarios a la L. 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1999*", Civitas, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "*Ordenación del salario*", en AAVV (dir. F. Valdés Dal-Ré), "*La reforma del mercado laboral*", Lex Nova, Valladolid, 1994.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., "Medidas urgentes para la reforma de la protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad: Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, Tribuna Social, nº 139, 2002.
- GONZALO GONZÁLEZ, B.; FERRERAS ALONSO, F.; GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E. y TEJERINA ALONSO, J.I.: "*Las jubilaciones anticipadas: panorama general y comparado*", Revista de Seguridad Social, nº. 16, 1982.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "*La protección por maternidad*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- ▶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "*La reciente Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ▶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "*La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*", R.L., nº. 24, 1999.
- ▶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "*Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*", Civitas, Madrid, 1999.
- ▶ GRASSELLI, S.: "*Contrattazione collettiva e rapporto di lavoro a tempo parziale*", Mass. di Giur. del Lavoro, 1983.
- ▶ GRASSELLI, S.: "*Il lavoro a tempo parziale*", Cedam, Padova, 1968.
- ▶ GUAGLIANONE, L.: "*Part-time, ferie, retribuzione*", RIDL, 1987/nº. 1.
- ▶ HERNÁNDEZ GIL, A.: "*Derecho de obligaciones*", Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983.
- ▶ HERRAIZ MARTÍN, M^a.S.: "*Los complementos por mayor trabajo realizado*", CES, Madrid, 1997.
- ▶ ICHINO, P.: "*Il lavoro a tempo parziale*", en AAVV, "*Il diritto del lavoro dopo l'emergenza*", Giuffrè, Milano, 1988.
- ▶ ICHINO, P.: "*Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*", II, Giuffrè, Milano, 1985.
- ▶ ICHINO, P.: "*Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*", (II) y en "*Il lavoro a tempo parziale*", AAVV, "*Il diritto del lavoro dopo l'«emergenza»*", Giuffrè, Milano, 1988.
- ▶ ICHINO, P.: "*Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte Costituzionale*" -nota a la S. Corte Costituzionale 11 mayo 1992-, nº. 210, RIDL, nº 4, 1992.
- ▶ ICHINO, P.: "*Note sul possibile fondamento e i limiti dello ius variandi dell'imprenditore in materia de colocazione temporale della prestazione lavorativa*", -nota a la S. Cass. 21 abril 1986, nº. 2797-, RIDL, 1986, nº. 4.
- ▶ ICHINO, P.: "*Verso una nuova concezione e struttura della disciplina del tempo di lavoro: spunti critici sull'articolo 5 della legge 19 Dicembre 1984 N. 863*", Riv. It. Dir. Lavo., I, 1985.
- ▶ IGARTUA MIRÓ, M^a T., "*Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*", Laborum, Murcia, 2003.
- ▶ IGARTUA MIRÓ, M^aT., "*Jubilación parcial y contrato de relevo. Problemas relativos a la interpretación del requisito de estar <<desempleado>> impuesto al relevista*", AS., nº 18, 2003.

- ▶ IGLESIAS CABERO, M. y MARÍN CORREA, J.M^a.: "*Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial*", Colex, Madrid, 1999.
- ▶ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A.; DE LORENZO GARCÍA, R.; JACOB SÁNCHEZ, F.M. y CABRA DE LUNA, M.A.: "*La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*", Escuela Libre Editorial, Madrid, 1999.
- ▶ LABORDE, J.P.: "*Algunas observaciones acerca del trabajo a tiempo parcial en el derecho francés*", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º. 18, 1998.
- ▶ LEONÉS SALIDO, J.M.: "*Incompatibilidad entre pensiones de la Seguridad Social: derecho de opción*", A.L., T. 1/1993.
- ▶ LETE DEL RÍO, J.M^a.: "*Derecho de obligaciones*", Tecnos, Madrid, 1991.
- ▶ LILLO PÉREZ, E.: "*El fraude de ley en los contratos formativos*", en AAVV -Coords. J. Cabeza Pereiro, J.F. Lousada Arochena y M. Movilla García-, "*La contratación laboral atípica. 20 Jornadas de Otoño de Derecho Social*", Comares, Granada, 1999.
- ▶ LINARES LORENTE, J.A.: "*Flexibilidad en materia de jornada de trabajo*", Estudios de Jurisprudencia. Revista Colex, n.º. 11, mayo/junio, 1994.
- ▶ LÓPEZ BALAGUER, M.: "*La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: aspectos individuales y colectivos*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- ▶ LÓPEZ CUMBRE, L.: "*Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas*", Tribuna Social, n.º. 94, 1998.
- ▶ LÓPEZ CUMBRE, L.: "*Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo*", Tribuna Social, n.º. 85, 1998.
- ▶ LÓPEZ CUMBRE, L.: "*Jornada parcial*", en AAVV (Coord. de la Villa Gil, L.E.), "*Estudios sobre jornada de trabajo*", ACARL, Madrid, 1991.
- ▶ LÓPEZ CUMBRE, L.: "*La pensión de jubilación*", en AAVV, "*Derecho de la Seguridad Social*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ▶ LÓPEZ GANDÍA, J.: "*Contrato de trabajo y figuras afines*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ▶ LÓPEZ GANDÍA, J.: "*El Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo*", RDS., n.º. 14, 2001.
- ▶ LÓPEZ GANDÍA, J.: "*Flexibilidad del tiempo de trabajo y prestación de desempleo (Trabajo a tiempo parcial y reducción de jornada)*", A.L., n.º. 14, T.1, 1996.
- ▶ LÓPEZ GANDÍA, J.: "*La manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y su encuadramiento en la Seguridad Social (Nota a la sentencia del Tribunal Supremo*

de 26 de abril de 1993)", A.L., Tomo I/1994.

- ▶ LÓPEZ GANDÍA, J.: "*La jubilación parcial*", Bomarzo, Albacete, 2004.
- ▶ LÓPEZ GANDÍA, J.: "*Los niveles complementarios de Seguridad Social: la aplicación de los conceptos básicos y el principio de igualdad*", A.L., nº. 20, 1995.
- ▶ LÓPEZ GANDÍA, J.: "*Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ▶ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "*Trabajo a tiempo parcial concentrado y Seguridad Social*", R.L., nº 20, 2003.
- ▶ LÓPEZ LÓPEZ, J.: "*La contratación temporal y el fraude de ley*", R.L., T.II, 1990.
- ▶ LÓPEZ MORA, F.: "*El contrato de trabajo a tiempo parcial*", Deusto, Bilbao, 1990.
- ▶ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: "*Clasificación profesional y promoción en el trabajo*", en AAVV, "*Reforma de la legislación laboral*", Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ▶ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: "*La nueva regulación del calendario laboral y las horas extraordinarias en el RD-L 2001/1986, de 14 de marzo*", Revista de Trabajo, nº. 85, 1987.
- ▶ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: "*La protección por desempleo*", en AAVV -dir. L.E. de la Villa Gil; coords. I. Garcia-Perrote Escartín y J.R. Mercader Uguina-, "*Derecho de la Seguridad Social*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ▶ LORUSSO, A.: "*Forma scritta e determinazione dell'orario di lavoro nel contratto a «part-time»*", -nota a la sentencia Corte Costituzionale 11 mayo 1992, nº. 210-, Mass. Giurisp., 1992.
- ▶ LOUSADA AROCHENA, J.F.: "*El permiso de lactancia*", R.L., T.II, 1996.
- ▶ LOUSADA AROCHENA, J.F.: "*Las fórmulas de flexibilidad de la jornada laboral en los contratos de trabajo a tiempo parcial en el Derecho comparado y en el Derecho español*", en AAVV, "*La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo*", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995.
- ▶ LOY, G.: "*Alcune qualificazioni giuridiche dell'orario di lavoro e del tempo exedente tale orario nel part-time e nel contratto di formazione e lavoro*", en AAVV, "*Il tempo di lavoro*" (atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova, 4-5 abril 1986), Giuffrè, Milano, 1987.
- ▶ LOY, G.: "*La disciplina giuridica del rapporto di lavoro a tempo parziale*", Riv. Giur. del Lavoro, 1980, I.
- ▶ LOZANO LARES, F.: "*La regulación del trabajo de menores y jóvenes*", Mergablum,

Sevilla, 2000.

- ▶ LUELMO MILLÁN, M.A.: "*La prestación de desempleo: algunos aspectos de su problemática jurisdiccional*", documentación laboral, nº 50, 1996.
- ▶ LUJÁN ALCARAZ, J.: "*La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*", MTSS, Madrid, 1994.
- ▶ LUJÁN ALCARAZ, J., "La noción de <<ocupación adecuada>> ante la reforma de la protección por desempleo", *Aranzadi Social*, nº 5, 2002.
- ▶ MALDONADO MOLINA, J.A. : "*La pensión de jubilación tras la Ley 35/2002, de 12 de julio*", A.L., Vol 2002/3.
- ▶ MARESCA, A.: "*Il part time*", en AAVV, "*Il diritto del lavoro negli anni 80*", Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 1988.
- ▶ MARTÍN CORREA, J.M^a.: "*Algunos aspectos del contrato de relevo a la luz del Real Decreto-Ley 18/93*", Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex, nº. 9/94.
- ▶ MARÍN CORREA, J.M^a.: "*El contrato a tiempo parcial a efectos de protección social*", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 18, 1999.
- ▶ MARÍN CORREA, I.: "*La igualdad entre el contrato a jornada completa y el contrato a tiempo parcial*", AL, nº. 48, 1995.
- ▶ MARTÍN PUEBLA, E.: "*Formación profesional y contrato de trabajo*", La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.
- ▶ MARTÍN PUEBLA, E.: "*La jubilación anticipada como instrumento de Política de Empleo y su recepción por la Negociación Colectiva*", D.L., nº. 29, 1989.
- ▶ MARTÍN SERRANO, A.L.: "*Horas por necesidades urgentes y por fuerza mayor*", en AAVV -Coord. L.E. De la Villa Gil-, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*", Madrid, 1991.
- ▶ MARTÍN VALVERDE, A.: "*El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales", nº. 4, 1998.
- ▶ MARTÍN VALVERDE, A.: "*El reglamento sobre jornadas especiales de trabajo de 1995*", R.L., T.II.
- ▶ MARTÍN VALVERDE, A.: "*La nueva regulación del trabajo a tiempo parcial*", Derecho de los Negocios, nº. 99, 1998.
- ▶ MARTÍN VALVERDE, A.: "*Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-1984) y la L 32/84 de reforma del Estatuto de los Trabajadores*", en AAVV (Coord. Rodríguez-Piñero, M.), "*Comentarios a la nueva legislación laboral*", Tecnos, Madrid, 1985.

- ▶ MARTÍN VALVERDE, A.: "Modificaciones de la jornada y del horario de trabajo", en AAVV, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991.
- ▶ MARTÍN VALVERDE, A.: "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978", en AAVV, "Derecho al trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- ▶ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico", REDT, nº. 36, 1988.
- ▶ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: "La nueva regulación de la movilidad funcional", Aranzadi, Pamplona, 1996.
- ▶ MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, A.: "La problemática en torno a la subsunción del trabajo fijo discontinuo dentro del trabajo a tiempo parcial", RTSS, nº. 20, 1995.
- ▶ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: "El contrato de relevo", DL., nº. 15, 1985.
- ▶ MARTÍNEZ FENOLL, J.S.: "El tiempo de trabajo", CISS, Valencia, 1996.
- ▶ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores", A.L., suplemento nº. 8, 2002.
- ▶ MARTÍNEZ MORENO, C.: "Autonomía individual y contrato de trabajo a tiempo parcial", en AAVV -Coord. J. Cruz Villalón-, "Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo", CES, Madrid, 1995.
- ▶ MARTÍNEZ MORENO, C.: "La relación de trabajo especial de alta dirección", CES, Madrid, 1994.
- ▶ MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "Decisiones empresariales y principio de igualdad", CEDECS, Barcelona, 1998.
- ▶ MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "El principio de igualdad en la relación de trabajo. (Un apunte sobre la eficacia inter privados del artículo 14 de la Constitución" (I) y (II), A.L., nº. 32 y 33, Tomo 3, 1996.
- ▶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, F.: "Jornada reducida", en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo".
- ▶ MATEO BEATO, A.: "La jornada máxima ordinaria y su control", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991.
- ▶ MATIA PRIM, J.: "Vacaciones anuales", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1982.
- ▶ MATORRAS DIAZ-CANEJA, A.: "Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen

laboral, fiscal y de seguridad social aplicada"), Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

▶ MEDIA VILLA CRUZ, M^a.L.: "*En torno a las causas de extinción de la incapacidad temporal*", en AAVV, "*La incapacidad temporal*", Tecnos, Madrid, 1996.

▶ MELE, L.: "*Il contratto di lavoro a tempo parziale*", Edizioni Fag, Milano, 1985.

▶ MELE, L.: "*Il part-time*", Giuffrè Editore, Milano, 1990.

▶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "*Indemnización por despido improcedente de la trabajadora a tiempo parcial: cálculo proporcional al tiempo efectivamente trabajado*", Aranzadi Social, n^o 2, 2005.

▶ MERCADER UGUINA, J.R.: "*La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

▶ MERCADER UGUINA, J.R.: "*Modernas tendencias en la ordenación salarial*", Aranzadi, Pamplona, 1996.

▶ MERINO SENOVILLA, H.: "*El trabajo a tiempo parcial*", Lex Nova, Valladolid, 1994.

▶ MIÑARRO YANINI, M. y RUANO ALBERTOS, S.: "*La jubilación especial y la jubilación forzosa en los pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia*", Tribuna Social, n^o 106, 1999.

▶ MOLERO MANGLANO, C.: "*El contrato de alta dirección*", Civitas, Madrid, 1995.

▶ MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: "*Salarios de tramitación y régimen de despido*", AS. N^o 2, 2003.

▶ MOLINA NAVARRETE, C.: "*EL concepto de «colocación adecuada»: «profesionalidad» versus «empleabilidad» del trabajador*", Tribuna Social, n^o 143, 2002.

▶ MOLINA NAVARRETE, C.: "*El «último» capítulo de la primera fase de reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio*", Revista de Trabajo y Seguridad Social", núms. 221-222, 2001.

▶ MOLINA NAVARRETE, C. y GARCÍA GIMÉNEZ, M.: "*Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo*", Revista de Trabajo y Seguridad Social, n^o 217, 2001.

▶ MONEREO PÉREZ, J.L.: "*La estructura del salario*", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "*Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*", Tomo I, vol. 1^o, Edersa, Madrid, 1994.

▶ MONEREO PÉREZ, J.L.: "*Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*", TB, Valencia, 2003.

- ▶ MONEREO PÉREZ, J.L.: "*El sistema de protección por desempleo en España*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ▶ MONREAL BRINGSVAERD, E.: "*Régimen jurídico de las horas extraordinarias*", Cuadernos Laborales, nº. 7, Edersa, Madrid, 2000.
- ▶ MONTOYA MELGAR, A.: "*Derecho del Trabajo*", Tecnos, Madrid, 1978.
- ▶ MONTOYA MELGAR, A.: "*El poder de dirección del empresario*", I.E.P., Madrid, 1965.
- ▶ MONTOYA MELGAR, A.: "*Jornada en régimen de turnos*", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*".
- ▶ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B.: "*Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*", Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ▶ MORADILLO LARIOS, C.: "*Los contratos de trabajo*", CISS, Valencia, 1996.
- ▶ MORGERA, P.: "*Lavoro a tempo parziale*", Enc. Giur. Treccani, Ist. Pol. Stato, Roma, 1990, vol. 18º.
- ▶ MORGERA, P.: "*Lavoro a tempo parziale: volontà delle parti, forma e contenuto del contratto*".
- ▶ MORGERA, P.: "*La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale*", Il Diritto del Lavoro, 1981, nº. 3-4.
- ▶ MORÓN PRIETO, R.: "*La contratación temporal a la luz de la reforma del mercado de trabajo: valoración crítica*", RL, 1995/Tomo I.
- ▶ MORÓN PRIETO, R.: "*Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo*", R.L., T.I, 1996.
- ▶ MUÑOZ MOLINA, J.: "*La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ▶ NAVARRO NIETO, F.: "*La representatividad sindical*", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", Madrid, 1993.
- ▶ NAVARRO NIETO, F. y SÁEZ LARA, C.: "*La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.
- ▶ NAVARRO NIETO, F. y TRICLIN, A.: "*El debate francés sobre la reducción del tiempo de trabajo*", R.L., nº. 3, 1999.
- ▶ NEVADO FERNÁNDEZ, Mª.J.: "*Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*", Tecnos, Madrid, 1998.

- ▶ NICOLINI, G.: "*Lavoro a tempo parziale*", Giuffrè Editore, Milano, 1988.
- ▶ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.; LÓPEZ CUMBRE, L. y MORÓN PRIETO, R.: "*El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias, en materia de Seguridad Social*", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 12. 1998.
- ▶ ODRIOZOLA LANDERAS, M.A.: "*Desempleo parcial y reducción de jornada*", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº. 181, 1998.
- ▶ OJEDA AVILÉS, A.: "*Compendio de Derecho Sindical*", Tecnos, Madrid, 1998.
- ▶ OJEDA AVILÉS, A.: "*Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos*", A.L., nº. 17, T.I., 1995.
- ▶ OJEDA AVILÉS, A.: "*El nuevo contrato a tiempo parcial*", en Estudios de Jurisprudencia, Revista Colex, nº 9, 1994.
- ▶ OJEDA AVILÉS, A.: "*Las nuevas formas de contratación laboral*", en AAVV, (Coord. Durán López, F.), "*Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*", Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba, 1983.
- ▶ OJEDA AVILÉS, A.: "*Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido*", Documentación Laboral, nº. 14, 1984.
- ▶ OLARTE ENCABO, S.: "*El derecho a prestaciones de Seguridad Social*", CES, Madrid, 1997.
- ▶ ORTEGA PRIETO, E.: "*Representantes de comercio y agentes comerciales. Su situación jurídica, mercantil o laboral*", Deusto, Bilbao, 1995.
- ▶ ORTIZ LALLANA, M^a.C.: "*Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial*", RL, T.II, 1998.
- ▶ ORTIZ LALLANA, M^a.C.: "*El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón de sexo en el ordenamiento comunitario y en España (a propósito de la Sentencia TJCEE de 1 de julio de 1986)*", REDT, nº. 29, 1987.
- ▶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "*El "nuevo" contrato de trabajo a tiempo parcial*", en AAVV -coords. M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Ré-, "*Los contratos de trabajo a tiempo parcial*", Lex Nova, Valladolid, 2000.
- ▶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "*El concepto de salario en especie*", en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre el salario*", ACARL, Madrid, 1993.
- ▶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "*El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional*", Revista de Política Social, nº. 95.
- ▶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "*La versión 2001 de la reforma laboral permanente*",

Revista de Derecho Social, nº. 5, 2001.

- ▶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "*Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias*", en AAVV –Coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*", Madrid, 1991.
- ▶ PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: "*Derecho del Trabajo*", Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1997.
- ▶ PANIZO ROBLES, J.A.: "*El trabajo a tiempo parcial y la protección social*", en AAVV, "*Trabajo a tiempo parcial*", Francis Lefebvre, Madrid, 2000.
- ▶ PANIZO ROBLES, J.A., "*Un nuevo paso en la jubilación flexible (la nueva regulación de la jubilación parcial y del contrato de relevo)*", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº 223, 2001.
- ▶ PANIZO ROBLES, J.A.: "*La jubilación flexible: últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de Seguridad Social por jubilación*", R.L., nº. 3, 2002.
- ▶ PANIZO ROBLES, J.A.: "*La Seguridad Social en el año 2002 (modificaciones introducidas en las Leyes de Presupuestos y de «Acompañamiento», y en el Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible)*", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº. 227, 2002.
- ▶ PANIZO ROBLES, J.A.: "*Trabajo a tiempo parcial y la protección social*", en AAVV. "*Trabajo a tiempo parcial*", Francis Lefebvre, Madrid, 2000.
- ▶ PAPALEONI, M.: "*La riforma del part-time*", RIDL., nº. 3, 2000, parte I.
- ▶ PASCUAL ALLEN, C.: "*Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo*", en AAVV (dir. F. Valdés Dal-Ré), "*La reforma del mercado laboral*", Lex Nova, Valladolid, 1994.
- ▶ PEDRAJAS MORENO, A.: "*Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo*", AAVV -Coords. M^a.E. Casas y F. Valdés-, "*Los contratos de trabajo a tiempo parcial*", Lex Nova, Valladolid, 2000.
- ▶ PEDRAJAS MORENO, A.: "*El trabajo a tiempo parcial*", en AAVV (Coord. Valdés Dal-Ré, F.), "*La reforma del Mercado Laboral*", Lex Nova, Valladolid, 1994.
- ▶ PEDRAJAS MORENO, A.: "*Novedades en la contratación laboral tras el Real Decreto-ley 8/97, de 16 de mayo*", RL, nº. 13, 1997.
- ▶ PEDRAJAS MORENO, A.: "*Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo*", RL, T.I, 1994.
- ▶ PEREDO LINACERO, J.A.: "*Trabajo a tiempo parcial y promoción profesional*", en AAVV, "*Trabajo a tiempo parcial*".
- ▶ PÉREZ ALONSO, M^a.A.: "*La incapacidad temporal*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- ▶ PÉREZ AMOROS, F.: "*Confusión y deslinde de los conceptos de contrato eventual y contrato fijo-periódico y discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico*", REDT, nº. 36, 1988.
- ▶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "*Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo*", A.L., T.2., 1992.
- ▶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "*La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa*", A.L., nº. 21, 1996.
- ▶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "*La incidencia del trabajo a tiempo parcial en las empresas de trabajo temporal*", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 18, 1999.
- ▶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y RIERA VAYREDA, C.: "*La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales*", A.L., nº. 46, 1997.
- ▶ PÉREZ DEL RÍO, T.: "*Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*", Tomo I, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999.
- ▶ PÉREZ DEL RÍO, T.: "*Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*", Tomo III, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999.
- ▶ PÉREZ REY, J.: "*La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*", Lex Nova, Valladolid, 2004.
- ▶ PÉREZ YÁNEZ, R.M^a.: "*Las reformas del 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la Disposición Adicional 100 ET.*", Temas Laborales, nº. 61, 2002.
- ▶ PLANAS GÓMEZ, M.: "*Cotización por horas complementarias en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida*", Tribuna Social, nº. 108, 1999.
- ▶ PRADAS MONTILLA, R.: "*El contrato de trabajo a tiempo parcial*", D.L., nº. 64, 2001.
- ▶ PRADOS DE REYES, F.J.: "*El nuevo régimen jurídico de los contratos de trabajo en prácticas y para la formación*", en AAVV -coord. M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer-, "*Comentarios a la nueva legislación laboral*", Madrid, 1985.
- ▶ PRADOS DE REYES, F.J.: "*Jornada, horario y descansos en la reforma del Estatuto de los Trabajadores*", en AAVV, "*Reforma de la legislación laboral*", Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo e Industria, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997.
- ▶ PRADOS DE REYES, F.J.: "*La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores*", RL, T.I, 1996.
- ▶ PRADOS DE REYES, F.J. y CABRERA FERNÁNDEZ, J.A.: "*Competencias informativas*", en AAVV (coords. R. Escudero Rodríguez y J.R. Mercader Uguina), "*Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*", La Ley, Madrid, 2004.

- ▶ PURCALLA BONILLA, M.A.: "Los contratos formativos y a tiempo parcial al amparo del nuevo régimen jurídico introducido por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", *Tribuna Social*, nº. 124, 2001.
- ▶ PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M^a.P.: "La contratación indefinida a tiempo parcial. Relación laboral, incentivos y protección social", CISS, Valencia, 2000.
- ▶ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: "La adaptación del Ordenamiento interno español al Derecho comunitario en materia de contratos a tiempo parcial", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 18, 1999.
- ▶ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. : "El contrato de inserción [art. 15.1.d) ET]", *RMTAS*, nº 33, 2001.
- ▶ RABANAL CARBAJO, P.: "Trabajo a tiempo parcial y desempleo", *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 87, 1998.
- ▶ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: "El trabajo a tiempo parcial", en AAVV, "Comentarios a las leyes laborales", Tomo III, Madrid, 1985.
- ▶ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: "La regulación del trabajo a tiempo parcial: balance y perspectivas", A.L., 1994, Tomo I.
- ▶ RAYÓN SUÁREZ, E.: "Descanso semanal, fiestas y permisos", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo VII, Edersa, Madrid, 1982.
- ▶ RAYÓN SUÁREZ, E.: "La forma del contrato de trabajo", en AAVV -Dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores", Tomo III, Edersa, Madrid, 1985.
- ▶ RÍOS SALMERÓN, B.: "La contratación de trabajadores fijos discontinuos", *DL*, nº. 16/1985.
- ▶ RIVAS VALLEJO, P.: "La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica", *Tribuna Social*, nº. 108, 1999.
- ▶ ROA RICO, F.: "El nuevo régimen jurídico de las horas extraordinarias", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores", Edersa, Madrid, 1994.
- ▶ ROA RICO, L.F.: "El pago en dinero de las horas extraordinarias", en AAVV -Coord. L.E. de la Villa Gil-, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991.
- ▶ RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L. : "La suspensión del contrato de trabajo", CES, Madrid, 2004
- ▶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "El principio de estabilidad en el empleo. Avances y retrocesos tras la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo", *Revista de*

Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, nº. 220, 2001.

▶ RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. : "*La jubilación flexible y la jubilación parcial*", Tribuna Social, nº 152 y 153, 2003.

▶ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: "*El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

▶ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: "*La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial. Horas complementarias*", A.L., nº. 37, 1999.

▶ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: "*La modificación del horario de trabajo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

▶ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J. y PÉREZ BORREGO, G.: "*Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios*", Aranzadi, Pamplona, 1995.

▶ RODRÍGUEZ RAMOS, P.T.: "*La relación laboral especial de los estibadores portuarios*", Trotta, Valladolid, 1997.

▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: "*El período de prueba*", REDT., nº. 100, 2000, Tomo 1º.

▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: "*Las horas complementarias*", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 18, 1999.

▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: "*Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario*", R.L., 1998/T.II.

▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGU, F.J.: "*Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "*Igualdad y no discriminación en el empleo*", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Nº 13, 1998, y en "*La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional*", R.L., T.II, 1998.

▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: "*Voluntariedad de las horas extraordinarias, convenio colectivo y prolongación de jornada*", RL, T.I, 1988.

▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: "*La contratación temporal en la L 32/84 y en los decretos de desarrollo*", en AAVV, (Coord. Rodríguez-Piñero, M.), "*Comentarios a la nueva legislación laboral*", Tecnos, Madrid, 1985.

▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a.F.: "*Igualdad y discriminación*", Tecnos, Madrid, 1986.

▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: "*La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*", R.L.,

nº. 7, 2001.

- ▶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; VALDÉS, F. y CASAS, M^a.E.: "*La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»*", R.L., nº. 17, 2001.
- ▶ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F.: "*La ordenación de la estructura salarial*", en AAVV, "*Reforma de la legislación laboral*", Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ▶ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: "*¿Igualdad, o no discriminación en las relaciones de trabajo?(En torno al artículo 17.1)*", REDT., nº. 100, vol. 1º, 2000.
- ▶ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: "*El contrato de sustitución de un trabajador jubilado anticipadamente ¿modalidad contractual autónoma?*", Aranzadi Social, nº. 11, 2000.
- ▶ ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: "*La fijación del horario de trabajo*", en AAVV, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*".
- ▶ ROMÁN DE LA TORRE, M^a.D.: "*Poder de dirección y contrato de trabajo*", Ediciones Graphes, Valladolid, 1992.
- ▶ ROMERO DE BUSTILLO, S.: "*Desempleo. Nivel contributivo*", en AAVV, "*El desempleo. Especial consideración de las prestaciones del nivel de asistencia*", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.
- ▶ ROQUETA BUJ, R.: "*El trabajo de los artistas*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- ▶ ROQUETA BUJ, R.: "*El trabajo de los deportistas profesionales*", Valencia, 1996.
- ▶ ROQUETA BUJ, R.: "*La protección social de los trabajadores a tiempo parcial*", CES, Madrid, 2002.
- ▶ RUBIO DE MEDINA, M.D.: "*Cuestiones de Seguridad Social en el contrato de relevo y en la jubilación a tiempo parcial*", RMTAS, nº.19, 1999.
- ▶ RUBIO SÁNCHEZ, F.: "*El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*", Dykinson, Madrid, 2002.
- ▶ RUIZ CASTILLO, M^a.M.: "*La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial*", Centro de Estudios Constitucionales (también en Revista de Política Social, nº. 138/1983), Madrid, 1983.
- ▶ RUIZ CASTILLO, M^a.M. y ARGÜELLES BLANCO, A.: "*Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo*", en AAVV -Dir. J. García Murcia-, "*Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva*", CES, Madrid, 1998.
- ▶ SÁEZ LARA, C., "*Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*", CES, Madrid, 1994.

- ▶ SÁEZ LARA, C.: "*Los acuerdos colectivos de empresa una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico*", R.L., 1995.
- ▶ SÁEZ LARA, C.: "*Representantes del personal y acción colectiva en la empresa*" en AAVV, "*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*", Aranzadi, Madrid, 2002.
- ▶ SÁEZ LARA, C.: "*Representación y acción sindical en la empresa*", MTSS, Madrid, 1992.
- ▶ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "*La regulación del tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores*", en AAVV, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*".
- ▶ SALA FRANCO, T.: "*El régimen jurídico del pluriempleo en el Ordenamiento español*", IELSS, MTSS, Madrid, 1985.
- ▶ SALA FRANCO, T.: "*El salario por rendimiento*", en AAVV -dir. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre el salario*".
- ▶ SALA FRANCO, T.: "*La jornada partida*", en AAVV, "*Estudios sobre la jornada de trabajo*", ACARL, Madrid, 1991.
- ▶ SALA FRANCO, T.: "*La reforma del Mercado de Trabajo*", CISS, Valencia, 1994.
- ▶ SALA FRANCO, T.: "*La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico*", R.L., T. I., 1986.
- ▶ SALA FRANCO, T.: "*Los principios de ordenación del contrato de trabajo a tiempo parcial*", en AAVV -coord. M^a.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Re-, "*Los contratos de trabajo a tiempo parcial*", Lex Nova, Valladolid, 2000.
- ▶ SALA FRANCO, T. y BLASCO PELLICER, A.: "*Las condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo*", A.L., 1998/T.2.
- ▶ SALINAS MOLINA, F.: "*Protección social del trabajo a tiempo parcial*", Revista de Derecho Social, nº. 8, 1999.
- ▶ SAMPEDRO GUILLAMÓN, V.: "*Los supuestos de salario en especie*", en AAVV -coord. L.E. de la Villa Gil-, "*Estudios sobre el salario*", ACARL, Madrid, 1993.
- ▶ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M.: "*Las horas extraordinarias y su cotización a la Seguridad Social*", Lex Nova, Valladolid, 2004
- ▶ SAN JULIÁN PUIG, V.: "*El objeto del contrato*".
- ▶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "*El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*", Aranzadi, Pamplona, 1999.
- ▶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "*Los permisos retribuidos del trabajador*", Aranzadi, Pamplona, 1998.

- ▶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "*Jubilación parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada*", RMTAS, nº. 18, 1999.
- ▶ SASTRE IBARRECHE, R.: "*La aplicación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva*", Tribuna Social, nº. 94, 1998.
- ▶ SASTRE IBARRECHE, R. : "*La jubilación forzosa por edad*"
- ▶ SCARPONI, S.: "*Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*", Giuffrè, Milano, 1988.
- ▶ SCARPONI, S: "*Part-time «verticale» e variabilità delle modalità temporali della prestazione lavorativa*", -nota a la S. Cass. 8 abril 1987, nº. 3450-, RIDL, 1988, nº. 1.
- ▶ SEGURA, J.; DURÁN, F.; TOHARIA, L. y BENTOLILA, S.: "*Análisis de la contratación temporal en España*", MTSS, Madrid, 1991.
- ▶ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M.: "*Los contratos temporales ordinarios en el Ordenamiento Laboral*", Colección doctrina y jurisprudencia, La Ley-Actualidad Laboral, S.A., Madrid, 1996.
- ▶ SEMPERE NAVARRO, A.V. : "*La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica*", Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, nº 41, 2003.
- ▶ SEMPERE NAVARRO, V.A. : "*Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina*", Aranzadi Social, noviembre 1997.
- ▶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "*El marco jurídico de las «horas extras»*", Aranzadi Social, nº. 17, 2002.
- ▶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "*Una «Reforma» vigésimosecular (A propósito del Real Decreto-ley 5/2001)*", Aranzadi Social, nº. 1, 2001.
- ▶ SEMPERE NAVARRO A.V. y CHARRO BAENA, P. : "*Las vacaciones laborales*", Aranzadi, Navarra, 2003.
- ▶ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: "*El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial (I): Modalidades y contenido*", Aranzadi Social, 1998, T.V.
- ▶ SENDEN, L.: "*La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria*", en AAVV -Coord. J. Cruz Villalón-, "*La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*", Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ▶ SENRA BIEDMA, R.: , "*Competencias*", en AAVV, "*Estatuto de los Trabajadores*" (dir. S. del Rey Guanter), La Ley, Madrid, 2005.
- ▶ SERRANO ARGÜELLES, N.: "*La continuación de una tendencia en la regulación jurídica de las horas extraordinarias*", A.L., nº. 8, 1999.

- ▶ SIRVENT HERNÁNDEZ, N., *"El contrato de inserción laboral y los programas públicos de mejora de la ocupabilidad"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ▶ SOLER ARREBOLA, J.A.: *"La relación laboral especial penitenciaria"*, Comares, Granada, 2000.
- ▶ SOLER ARREBOLA, *"El contrato de inserción laboral en el contexto de las políticas activas de empleo"*, Laborum, Murcia, 2004.
- ▶ SUÁREZ FERNÁNDEZ, A.: *"Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo (I)"*, A.L., n.º 5, 2002.
- ▶ TARRAGA POVEDA, J.: *"Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo"*, PPU, Barcelona, 1991.
- ▶ TARRAGA POVEDA, J.: *"Otro paso discontinuo"*, Revista de Derecho Social, n.º 6, 1999.
- ▶ TARRAGA POVEDA, J.: *"El contrato de trabajo fijo discontinuo. Un estudio jurisprudencial"*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- ▶ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *"Las relaciones laborales especiales de los deportistas y artistas en espectáculos públicos"*, REDT., n.º 100, 2000.
- ▶ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *"El contrato de inserción"*, AS, n.º 7, 2001.
- ▶ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *"La ordenación del tiempo de trabajo en el contrato eventual"*, A.S., Vol. IV, 2001.
- ▶ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *"Tiempo de trabajo y contrato ferroviario"*, Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1995.
- ▶ TORTUERO PLAZA, J.L.: *"La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social"*, Tesis doctoral, Madrid, 1987.
- ▶ TUDELA CAMBRONERO, G.: *"Crédito de horas y trabajo a tiempo parcial. A propósito de la S. TCT. 5º 15-3-1988"*, R.L., T.I, 1988.
- ▶ TUDELA CAMBRONERO, G.: *"Horario flexible: reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación"*, en AAVV, *"Estudios sobre la jornada de trabajo"*, ACARL, Madrid, 1991.
- ▶ TUDELA CAMBRONERO, G.: *"Las garantías de los representantes de los trabajadores"*, Tribuna Social, n.º 51, 1995.
- ▶ TUDELA CAMBRONERO, G.: *"Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa"*, Tecnos, Madrid, 1988.
- ▶ TUSET DEL PINO, P.: *"La contratación de trabajadores minusválidos"*, Aranzadi,

Navarra, 2000.

- ▶ UGT: "ANE. Acuerdo Nacional sobre el empleo", Comunicación editorial, Madrid, 1981, pág. 112 a 114.
- ▶ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Pausas intra-jornada y descanso inter-jornadas", en AAVV, "Estudios sobre la jornada de trabajo", ACARL, Madrid, 1991.
- ▶ VALDÉS DAL-RE, F.: "Las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial", en AAVV, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial", Lex Nova, Valladolid, 1999.
- ▶ VALDÉS DAL-RE, F.: "Notas sobre la Reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva", en AAVV, "Reforma de la legislación laboral", Junta de Andalucía. Consejería de Trabajo e Industria. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1997.
- ▶ VALDÉS DAL RE, F.: "Régimen jurídico de jornadas y horarios de trabajo", en AAVV, "Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles", Ministerio de Trabajo, Madrid, 1979.
- ▶ VALDÉS DAL-RE, F.: "Tiempo de trabajo y trabajo a tiempo parcial", R.L., 1994, T.II.
- ▶ VALDÉS DAL-RE, F.: "Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I)", RL, nº. 20, 1999.
- ▶ VALDÉS DAL-RE, F.: "Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (y II)", RL, nº. 21, 1999.
- ▶ VALLE MUÑOZ, F.A.: "La movilidad funcional del trabajador en la empresa", CES, Madrid, 1998.
- ▶ VALLE MUÑOZ, F.A.: "La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares", Colex, Madrid, 1999.
- ▶ VALVERDE ASENCIO, A.J.: "La determinación del periodo de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ▶ VARAS GARCÍA, P.: "Contrato a tiempo parcial", en AAVV, "Trabajo a tiempo parcial", Francis Lefebvre, Madrid, 2000.
- ▶ VENTUROLI, C.: "Problemi retributivi conessi ad alcune forme di lavoro a part-time", en AAVV, "Il tempo di lavoro" (atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova, 4-5 abril 1986), Giuffrè, Milano, 1987.
- ▶ VICENTE PALACIO, M^a.A.: "El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado", Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- ▶ VICENTE PALACIO, M^a.A.: "Acción protectora en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar", Tribuna Social, nº. 49, 1995.

- ▶ VINUESA ALADRO, A.: "*Categorías profesionales y ascensos*", en AAVV -dir. E. Borrajo Dacruz-, "*Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*", Edersa, Madrid, 1985.
- ▶ VIQUEIRA PÉREZ, C.: "*La prestación por desempleo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- ▶ YANINI BAEZA, J.: "*Aspectos diferenciadores del Régimen Especial de la Minería del Carbón*", Tribuna Social, nº. 58, 1995.
- ▶ YANINI BAEZA, J.: "*El contrato de trabajo a tiempo parcial*", AAVV (dir. J.I. García Ninet), "*La contratación temporal*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ▶ YANINI BAEZA, J.: "*La contratación para trabajos fijos discontinuos*", Mc Graw-Hill, Madrid, 1998.
- ▶ YANINI BAEZA, J.: "*Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*", Edersa, Madrid, 1995.
- ▶ YANINI BAEZA, J.: "*Trabajo a tiempo parcial: Notas sobre su régimen regulador*", Tribuna Social, nº. 85, 1998.

El trabajo a tiempo parcial aborda en profundidad la regulación actual del contrato a tiempo parcial y fijo discontinuo, sin obviar su evaluación y contraste con las etapas normativas precedentes. A lo largo del estudio destacan dos grandes ideas. De una parte, la defensa de la reincorporación del fijo periódico en la modalidad fija discontinua. De otra, la trascendencia de los tiempos de flexibilidad y elasticidad en el trabajo a tiempo parcial, proponiendo incluso su valoración con efectos calificadores del contrato. Frente al debate sobre el trabajo a tiempo parcial, que podría redirigirse al control del fraude en la contratación y a reformas puntuales en materia de Seguridad Social, parece deducirse del trabajo que la auténtica "trampa social" del trabajo a tiempo parcial y su verdadera funcionalidad económica estriba en los aspectos cualitativos de la jornada. Todo este esfuerzo de análisis jurídico y toda la información suministrada constituyen por tanto, y más a las puertas de nuevos intentos de replanteamiento de la figura del contrato a tiempo parcial, una aportación muy valiosa no sólo para los juristas sino también para los protagonistas del diálogo social y para los responsables de la mejora de nuestro mercado de trabajo.

Publicaciones CES-A

COLECCIÓN PREMIO DE INVESTIGACIÓN

El trabajo a tiempo parcial

M^a Inmaculada Benavente Torres