

**PODER DE DIRECCIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA  
POR CAUSAS VINCULADAS A LA EMPRESA:  
DELIMITACIÓN ENTRE MODIFICACIÓN, REDUCCIÓN  
DE JORNADA, Y TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO**

*Sentencia del Tribunal Supremo, 7 de octubre de 2011*

M<sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Las recurrentes prestan servicios a tiempo completo con jornada de 35 horas y categoría profesional de limpiadoras en el marco de una contrata de servicios. A raíz de la resolución de la empresa principal de reducción en un 30,5% de dicho servicio por disminución importante de su actividad productiva, comunicada a la contratista el 3 de junio de 2009, ésta procede a la reducción de la jornada de las trabajadoras en 12 horas y 57 minutos, siendo la jornada semanal de 22 horas y 3 minutos. Dicha decisión y razones se comunican por escrito a las afectadas el 12 de junio de 2009, con efectos a partir del 13 de julio de 2009.

Impugnada por las recurrentes la decisión de la empresa, el Juzgado de lo Social nº 3 de Bilbao acoge la excepción de inadecuación de procedimiento por considerar que el que corresponde es el de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 138 LPL). Recurrída en suplicación, la STSJ País Vasco de 27 de abril de 2010, declara como procedimiento adecuado el ordinario, con devolución de las actuaciones al Juzgado para que entrase a resolver la cuestión de fondo.

El 20 de mayo de 2010, y ante la pretensión de las actoras de que se les reconociera el derecho a continuar prestando sus servicios a jornada completa, el Juzgado de lo Social desestima la demanda por entender justificada la medida empresarial. Por STJS País Vasco de 16 de noviembre de 2010 se confirma dicha resolución, atendiendo a que concurre la causa alegada por la empresa, sin que quepa apreciarse una novación contractual pues ésta requeriría el concurso de la voluntad del trabajador. Se trata de una mera reducción temporal de la jornada de trabajo que el TSJ parece enmarcar en el art. 41 ET, en tanto no hace expresa alusión al 47 de dicho cuerpo legal. La STS de 8 de octubre de 2011, finalmente confirma dicha sentencia, descartando la interpretación

\* Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

alternativa mantenida por la sentencia de contrate aportada del TJS Asturias de 17 de julio de 2009.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo centra la cuestión objeto del debate en “*determinar si una reducción significativa de la jornada de un trabajador que presta servicios a tiempo completo, impuesta por la empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, supone la transformación o novación de aquél contrato en otro a tiempo parcial, prohibido por el art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores si no se lleva a cabo con el consentimiento del trabajador*”. Para resolver el debate, el Tribunal Supremo dice apoyarse en su propia doctrina sobre la naturaleza del contrato a tiempo parcial recogida en las sentencias de 14 de mayo y 15 de octubre de 2007. Y fundándose principalmente en el requisito inexcusable de que la novación contractual sea voluntaria “*con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial*”, y secundariamente en el carácter (¿presuntamente?) temporal de la medida, enmarca la reducción unilateral de la jornada en el art. 47 ET, lícita en cuanto justificada, y aún cuando se admita que no se ha identificado el tiempo durante el que habría de producir efectos.

## ÍNDICE

1. LA REGULARIDAD Y VOLUNTARIEDAD EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL
2. LA DELIMITACIÓN ENTRE LAS DIFERENTES VÍAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA
3. UNA SENTENCIA CON UNA VIRTUD, CON EXTRAÑA MOTIVACIÓN Y CON INCIERTOS EFECTOS
4. BREVEMENTE: EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

## 1. LA REGULARIDAD Y VOLUNTARIEDAD EN EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

Tradicionalmente la doctrina ha venido identificando como elementos esenciales del contrato a tiempo parcial la existencia de una jornada reducida caracterizada por su valor conmutativo, su regularidad y su voluntariedad. Centrándonos ahora en la regularidad de dicha jornada reducida, cabría equiparar ésta a la normalidad de la jornada<sup>1</sup> en el sentido de que no sea ocasional sino producto del objeto del contrato, aún cuando su distribución pueda ser irregular<sup>2</sup> y dicha jornada reducida se pueda prever con carácter temporal por

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, el Convenio n° 175 y la Recomendación n° 182, ambos de la OIT, y la Directiva 97/81/CE.

<sup>2</sup> M.R. Alarcón Caracuel, “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 113; I. González del Rey Rodríguez, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 84 y 84; F. López Mora, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, Deusto, Bilbao, 1990, págs. 18 y 19.

la previsión acordada de su reversión<sup>3</sup>. La anormalidad de la jornada practicada o adeudada tiene así su natural expresión o consecuencia en el carácter temporal de la misma. Sin embargo, en sentido inverso, la temporalidad material de esa jornada reducida no es lo mismo que su anormalidad, pues todo dependería de si deriva o no del objeto del contrato. Y ni tan siquiera estaría necesariamente vinculado a su voluntariedad, caso de admitirse la alteración unilateral de dicho objeto por una de las partes. Considero que nada impide, por ejemplo, la posibilidad de que la negociación colectiva configure derechos de novación contractual con cláusula de reversión a favor del trabajador en supuestos que excedan de los del art. 37.5 ET o similares, por ejemplo, en desarrollo, también por ejemplo, de las previsiones de los arts. 34.8 y 23 ET, tanto más a la vista de esa específica llamada que se hace en el art. 12.4.g) ET.

El origen voluntario de la jornada reducida es otro de los elementos que se han configurado tradicionalmente como esenciales del trabajo a tiempo parcial. Dicho requisito viene impuesto por la Directiva 97/81/CE como principio rector de su regulación por los países miembros<sup>4</sup>. Y es asimismo deducible del referido Convenio nº 175 y Recomendación nº 182 de la OIT<sup>5</sup>. Y a nivel de legislación estatal, sectores de nuestra doctrina ha defendido igualmente que la configuración del trabajo a tiempo parcial como una modalidad contractual caracterizada por la especialidad de su jornada supone necesariamente su origen formalmente voluntario, fruto del acuerdo de las partes<sup>6</sup>. De tal manera, aún cuando la voluntariedad es común a todo contrato de trabajo, muy en particular en el contrato de trabajo a tiempo parcial alcanzaría al menos una relevancia en negativo que lo distinguiría de las reducciones de jornada derivadas de situaciones patológicas de las empresas y ajenas al consentimiento del trabajador<sup>7</sup>. Y una vez que dicho contrato se define en la actualidad por tener una jornada inferior a la completa, sin otros máximos de jornada ni mínimos de reducción, no hay cabida jurídica para una jornada reducida con valor conmutativo y configurador del objeto mismo del contrato, al margen de dicha modalidad contractual. Esta argumentación, llevada a sus últimas consecuencias y acompañada por una valoración –dependiente en gran medida– de las especialidades de dicha figura contractual –según sea su régimen jurídico episódico–, alcanza

<sup>3</sup> S. Grasselli, “Il lavoro a tempo parziale”, Cedam, Padova, 1968, pág. 33.

<sup>4</sup> Véanse, las Cláusulas 1.b), 5.2 y 3. En este sentido: M<sup>a</sup>A. Ballester Pastor, “La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial”, Relaciones Laborales, T.II, 1998, págs. 214 y 217.

<sup>5</sup> Véanse, del Convenio los arts. 9 y 10, y de la Recomendación, los arts. 12, 17, 18, 19 y 20.

<sup>6</sup> Por todos: J.M. Ramírez Martínez, “El trabajo a tiempo parcial”, en AAVV, “Comentarios a las Leyes Laborales”, Tomo III, Madrid, 1985, pág. 280; I. González del Rey Rodríguez, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, op. cit, pág. 81.

<sup>7</sup> P. Morgera, “La nozione di rapporto di lavoro a tempo parziale”, *Il Diritto del Lavoro*, 1981, nº 3-4, pág. 239.

a la conclusión mantenida por muchos, de la calificación como novación extintiva o propia de la transformación del contrato completo en tiempo parcial o viceversa conforme a nuestra regulación actual<sup>8</sup>.

Téngase en cuenta, no obstante, que el requisito de la voluntariedad de la jornada parcial siempre ha respondido a una clara finalidad tutelar del trabajador, no así como razón para negar su posible imposición al empresario, por ejemplo como hemos dicho, a través de convenio colectivo<sup>9</sup>. De carácter bidireccional y tutelar de los intereses que informaron la voluntad del trabajador, prohíbe tanto el tránsito involuntario del tiempo completo al tiempo parcial, como su sentido inverso. Y en sentido positivo, precisamente el reconocimiento de esos posibles intereses en la transformación, descarta a su vez la aplicación del art. 3.5 ET impeditiva del acuerdo<sup>10</sup>.

Prescindiendo ahora del debate sobre el carácter novatorio propio o impropio de dicha modificación, en cualquier caso y conforme a nuestra regulación actual, el origen pactado de la jornada parcial objeto del contrato ha sido elevado a requisito de primer orden por el legislador en el art. 12.4.e)

<sup>8</sup> Por todas: STS 14-5-2007, 5084; STSJ Asturias 18-11-2011, AS 2596.

<sup>9</sup> 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”, TB, Valencia, 1999, pág. 99. En este sentido, respecto de la jubilación parcial y conforme al art. 12.6.II.d) ET, entre otras que reiteran doctrina: SSTS 22-6-2010, RJ 2639, 6-7-2010, RJ 8813. También en esta línea, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 19-2-2009, AS. 2009/329 ha admitido la excepción comentada, en definitiva, cuando el propio convenio colectivo establezca este derecho para el trabajador y consiguiente obligación para la empresa, atendiendo a los términos de la cláusula en que se establece la misma. Lejos de atentar contra la libertad de contratación del art. 1254 CCiv, del derecho de libertad de empresa y defensa consiguiente de la productividad (art. 38 CE), de la vulneración del art. 12.6 ET y del art. 3 ET –por considerar, como defiende la empresa, que se atenta contra el principio de jerarquía normativa al exigir el art. 12.6 ET el referido acuerdo-, la sentencia considera que el precepto convencional está en la línea de promoción de la jubilación parcial que se recoge en el mismo art. 12.6 ET. Así es, dicho precepto prevé que la negociación colectiva pueda impulsar la celebración del contrato de relevo, siendo la finalidad de la norma y de sus precedentes, precisamente, la de facilitar la jubilación progresiva. Por tal motivo, tampoco puede interpretarse restrictivamente, aún cuando admita que el convenio permite la negativa de la empresa en fundadas razones económicas, organizativas o de producción. Sin embargo, no logra acreditar la empresa, habida cuenta de su uso abundante de la contratación temporal y de la intensa movilidad entre los turnos –acordada, es más, en los diferentes contractuales razones, con lo que cabe, en aplicación de dicho precepto convencional, imponer a la empresa la obligación de llevar a cabo todas las formalidades pertinentes necesarias para dicha jubilación parcial, es decir, reducción de jornada y concertación del contrato de relevo. Así lo admite y reconoce como práctica frecuente en los convenios colectivos respecto de la jubilación parcial anticipada, y descarta –lo que, en cambio, parecen admitir *obiter dicta* las sentencias del Tribunal Supremo citadas- en virtud, entre otros, de dicho principio de voluntariedad la jubilación forzosa parcial, por ejemplo: N. Pumar Beltrán, “La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad”, *Temas Laborales*, núm 82/2005, págs. 142 a 144.

<sup>10</sup> H. Merino Senovilla, “El trabajo a tiempo parcial”, *Lex Nova*, Valladolid, 1994, págs. 158 a 163.

ET, de conformidad, decía la Exposición de Motivos del RD-L 15/98, con la Directiva 97/81/CE. Por otra parte, dicha exigencia de voluntariedad en la transformación del contrato, debe ser motivo para negar capacidad alguna de decisión no ya unilateral del empresario, sino ni tan siquiera acordada con los representantes de los trabajadores. Y esto último, por más que el art. 41 ET, tras el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, no distinga las modificaciones colectivas de las individuales en función del origen de la condición alterada, sino tan sólo en razón del número de trabajadores afectados.

## 2. LA DELIMITACIÓN ENTRE LAS DIFERENTES VÍAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA

A la vista de lo expuesto, la delimitación entre el contrato a tiempo parcial y la jornada reducida en virtud del art. 47 ET se funda tanto en la voluntariedad, y sobre todo, en la regularidad o normalidad de la jornada<sup>11</sup>. Y ello por cuanto tanto una como otra se encuentran intensamente interrelacionadas pues ambas atienden al análisis del objeto del contrato, que en el caso del art. 47 ET permanecería inalterado aún mediando acuerdo en el período de consultas o conformidad del trabajador –y que desde luego, en ninguno de los dos supuestos alteraría el carácter esencialmente unilateral de la medida<sup>12</sup>-. De esta manera, en el trabajo a tiempo parcial supone una jornada “reducida” que se sitúa en el espacio obligacional del contrato. Por el contrario, las reducciones involuntarias y temporales de la jornada se integrarían en el campo del cumplimiento coyuntural de la prestación<sup>13</sup>.

Excluida en virtud de la voluntariedad de la reducción de jornada de carácter definitivo ex art. 41 ET, y por supuesto de la expresa prohibición del art. 12.4.e) ET y de la ausencia de márgenes delimitadores de la jornada parcial y completa (art. 12.1 ET), la reducción de jornada sólo podría practicarse unilateralmente por la empresa al amparo del art. 47.2 ET, que ya abiertamente a partir de su redacción por la L. 35/2010, pero también, si bien más limitada-

<sup>11</sup> El art. 1.d) del Convenio nº 175 de la OIT excluye como trabajador a tiempo parcial el que se encuentre en situación de desempleo parcial: <<no se considerará trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial, es decir, aquellos que estén afectados por una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales>>.

<sup>12</sup> Vid: A. Costa Reyes, “Límite al poder empresarial en la determinación-modificación de la jornada anual: el caso de los profesores de religión en centros escolares”, *Temas Laborales*, núm 113/2012, págs. 205-206.

<sup>13</sup> L. Mele, “Il contratto di lavoro a tempo parziale”, Edizioni Gag, Milano, 1985, págs. 19 y 20 y en “Il part-time”, Giuffrè Editore, Milano, 1990, págs. 36 a 38.

mente, bajo su regulación precedente, amparaba dicha posibilidad. La temporalidad y coyunturalidad de la reducción se erigen así en elementos connaturales de la citada vía de reducción de la jornada, lo que por otra parte ponía en necesaria evidencia su tradicional integración con la suspensión, por definición de carácter temporal, aparte su vinculación a la prestación por desempleo, aún con mayor claridad, tras la reforma del 2010.

Desde luego, la identificación y consiguiente delimitación de las posibles vías de reducción de jornada es producto de una evolución tanto reguladora como jurisprudencial<sup>14</sup>. Así, inicialmente nuestros Tribunales admitieron como cauces idóneos de la reducción de jornada los brindados tanto por el art. 41 como por el 47 ET, sin tan siquiera limitación de las temporales a éste último que no recogía expresamente sino la modalidad de suspensión, y asimismo reconocieron como situación legal de desempleo la reducción de jornada definitiva y no sometida a exigencia de autorización ex art. 41 ET, en interpretación sistemática y finalista del art. 203.3 TRLGSS (STS. ud 24-2-1997)<sup>15</sup>.

La reacción del legislador no se hizo esperar mucho, y con el art. 40 L. 66/1997, 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 a partir de dicho momento y con total certeza sólo darán lugar a desempleo las reducciones de jornada producidas en el marco del art. 47 ET, condicionada por tanto por el seguimiento de un ERE y consiguiente autorización. No obstante, quedaban pendientes dos grandes cuestiones por resolver. Una, seguía siendo posible en principio la reducción de jornada hecha con carácter definitivo a través del cauce del art. 41 ET, cauce que se consideró inicialmente hábil para la “novación modificativa” del contrato a tiempo completo en tiempo parcial, tal y como fue inicialmente calificada por el Tribunal Supremo<sup>16</sup>. Otra, el engarce

<sup>14</sup> Por todos, véase: X. Solá Monells, “La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales”, La Ley, Madrid, 2002, págs. 519 y ss..

<sup>15</sup> Así, el Tribunal Supremo saldó el debate sobre la interpretación del art. 203 LGSS y el art. 1.4 RD 625/85, extendiendo el desempleo parcial y la situación legal de desempleo a la situación generada por una reducción definitiva de la jornada, desatendiendo la modificación del art. 1.4 RD hecha por el RD. 43/1996, de 19 de enero y que trataba de limitar la protección a las situaciones meramente coyunturales, no así a las definitivas.

<sup>16</sup> Así, el Tribunal Supremo mantuvo inicialmente que la reducción de jornada suponía una novación modificativa y no extintiva del contrato, descartando la concurrencia del despido parcial y reconduciendo tal situación al art. 41 ET (STS. 7-4 y 20-11-2000 (RJ 3287 y 10294). Por los TSJ, por todas: SS. TSJ. Baleares 25-2-1998 (AS. 698); S. TSJ. Castilla-La Mancha 3-9-1998 (AS 3814); S. TSJ. Galicia 25-1-1999 (AS. 235). La situación de desprotección generada por tal postura parece que trató de corregirse posteriormente, enmarcándolas en el art. 221.1 y 211.4 LGSS, por responder a una situación material de desempleo parcial, con lo que la exigencia de temporalidad de la reducción y de autorización administrativa del art. 203 LGSS ya no le serían predicables (SSTS 5-5 y 27-1-2004, RJ 5017 y RJ 2005/1312).

entre el art. 47 ET y el desempleo parcial presentaba lagunas de desprotección, y márgenes de flexibilidad nuevamente inciertos<sup>17</sup>. Caso de interpretarse de manera absolutamente integradora el art. 47 ET y los arts. 203 y 208 LGSS, lo que tampoco estaba en absoluto claro pues podían observarse como preceptos autónomos aún cuando fuese la regulación del desempleo la que clarificó tal posibilidad de “suspensión impropia”, el efecto sería que el art. 47 ET no cubriría todas las reducciones unilaterales de jornada pues aquéllas que no alcanzasen 1/3 de la jornada, al no estar amparadas por dicha prestación de desempleo parcial, quedarían marginadas de tal posibilidad. Por tanto éstas, de ser externas al art. 47 ET, podría considerarse que seguirían canalizándose a través del art. 41 ET, y aún de interpretarse autónomamente y por tanto factibles a través del art. 47 ET, quedarían igualmente sin protección por desempleo. Es más, aún podía dudarse si, en general, las reducciones temporales de jornada podían articularse a través del art. 41 ET como vía sencillamente alternativa a la del 47 ET, sin derecho a desempleo, habida cuenta de la ausencia de previsión específica en este último<sup>18</sup>.

Con la reforma del art. 12 por el RD-L 15/98 se instaura de manera determinante el principio de voluntariedad en el contrato de trabajo a tiempo parcial, impidiéndose expresamente la utilización del art. 41 ET como vía de transformación de la modalidad contractual. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2007, califica dicha transformación como novación extintiva, a la luz de la compleja regulación del contrato y consiguientemente de su auténtica especificidad como tal modalidad contractual, lo que impide en orden a ese principio de voluntariedad y de la expresa prohibición del art. 12.4.e) ET, su imposición empresarial ex art. 41 ET. No obstante, como también advierte dicho pronunciamiento, *“para calificar una relación como contrato a tiempo parcial no basta que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo ... sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial. Y por ausencia de esa exigible voluntad, no integran el contrato de que tratamos: la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 47 ET)”*.

Lo cierto, es que efectivamente en la reducción de jornada practicada a través del art. 47 ET faltaría la nota de la voluntariedad, al igual que si se hubiese

<sup>17</sup> Además, uno y otro parecían ir por cauces autónomos, sólo parcialmente coincidentes. Así la doctrina admitió la hipótesis de que cabían reducciones ex art. 47 ET no amparadas por la prestación de desempleo, bien por carecer del período de carencia exigido, bien por tratarse de un contrato temporal de idéntica o menor duración a la prevista en el ERE (X. Solá Monells, op.cit, págs. 525 y 526) .

<sup>18</sup> M<sup>a</sup>T. Velasco Portero y M. Fröhlich, “Reducción de jornada por motivos económicos: el modelo alemán como referencia”, en AAVV –A.V. Sempere Navarro-, “La reforma laboral de 2010”, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, págs. 336 a 338.

pretendido mediante el art. 41 ET. Pero lo que realmente permite aquélla y no ésta es, precisamente, la inafección del objeto contractual, pues la ausencia de regularidad o normalidad de la nueva jornada, su coyunturalidad, lo excluyen y supone implícitamente el respeto de la estructura originaria del acuerdo de las partes, de su voluntad.

Tales elementos, es decir, temporalidad, coyunturalidad (causalidad y funcionalidad<sup>19</sup>, y consiguiente imposibilidad de opción por la extinción a instancias del trabajador) junto al carácter constitutivo del procedimiento exigido para tal reducción<sup>20</sup> e indiferenciado en función del número de trabajadores afectados en tanto garante de intereses generales y del propio trabajador en relación con las medidas accesorias de protección por desempleo, se erigen así en elementos igualmente definitorios de una específica modificación, la de la cuantía –reducción– de la jornada, frente a la más genérica vía de alteración de las condiciones de trabajo del art. 41 ET<sup>21</sup>. Pero como decíamos, pese a esta clarificación sostenida por una línea doctrinal, a nivel estrictamente normativo el panorama no estaba –y para algunos aún hoy– claro.

Había quedado descartado el art. 41 ET para las reducciones de jornada de carácter definitivo, y, como acabamos de señalar, técnicamente –y pese a esa confusa situación– no parecía correcto apreciar su posibilidad como vía alternativa a la del 47 ET para las de carácter temporal. Pero, ¿y como reducto de lo que eventualmente no amparase ésta última?. En mi opinión todas estas dudas se han visto resueltas con las reformas de 2010 y 2012. Tras la reforma del art. 47 ET por la L. 35/2010, esta posibilidad de considerar el art. 41 ET como medio alternativo o subsidiario del 47 ET quedaba ya definitivamente descartada. Como novedades principales, en lo que ahora interesa, la reforma del 2010 ha supuesto un reconocimiento expreso de la reducción de jornada por causas empresariales y su regulación específica en el art. 47.2 ET, lo que contribuye no sólo a su promoción sino a la clarificación y seguridad jurídica de la medida. Tal reconocimiento le dota, por lo demás, de una más clara atribución de única vía pertinente por específica para practicar la reducción de jornada por tales causas, a lo que contribuye igualmente el hecho de que el texto estatutario recoja los márgenes de dicha reducción (10%-70%), sin remisión implícita a norma alguna, pero con una conexión al desempleo si cabe aún más intensa. Más allá o menos, tampoco es posible la reducción temporal de

<sup>19</sup> P. Aramendi Sánchez, “Problemas en torno a la justificación de la causa para la adopción de las medidas de despido y/o flexibilidad interna previstas en la Ley 35/2010”, AS núm 17/2011, pág. 9 (versión Westlaw).

<sup>20</sup> P. Charro Baena, “Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en AAVV –A.V. Sempere Navarro–, “La reforma laboral de 2010”, op. cit., págs. 365 y 366.

<sup>21</sup> X. Solá Monells, “La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales”, La Ley, Madrid, 2002, págs. 85 y ss.

la jornada con merma de salario, y está legitimada dicha opción en tanto que se ha ampliado enormemente la gama de posibilidades de reducción en el art. 47 ET, dado que pasa de un mínimo de un 33%, que se exigía para el desempleo parcial, a un 10%<sup>22</sup> y el máximo de reducción es muy elevado. Tampoco cabe considerar que tales límites constituyen una traba a las posibilidades de flexibilidad interna orientadas al mantenimiento del empleo, pues el empleador cuenta con un amplio repertorio de respuestas alternativas que, por otra parte, contribuyen a demostrar la coherencia de interpretación sistemática y finalista que proponemos. Así, por ejemplo, las pretendidas reducciones superiores al 70% de la jornada podrían articularse mediante suspensión (art. 47.1 ET), y las inferiores al 10%, por ejemplo, mediante una modificación de la distribución irregular de la jornada (arts. 41 y 82.3 ET), porcentaje que por otra parte se corresponde con la prevista en el contenido del convenio en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012,2013 y 2014 (2.A), y es tan sólo un 5% superior a la atribuida con carácter general, salvo pacto en contrario, por el art. 34.2 ET (RD-L 3/2012, ya previsto como contenido mínimo del convenio en el art. 85.3.i)1º ET, en redacción de L. 35/2010). Finalmente, por si aún se dudaba de si cabían al margen del art. 47.2 ET reducciones inferiores al 10% o superiores al 70%, la desaparición de la necesidad de autorización con el RD-L 3/2012 entendemos que también confirma lo dicho; no se trata de que no requieran autorización, sencillamente no son posibles.

### 3. UNA SENTENCIA CON UNA VIRTUD, CON EXTRAÑA MOTIVACIÓN Y CON INCIERTOS EFECTOS

La sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario dice centrar la cuestión a resolver en “*determinar si una reducción significativa de la jornada de una trabajadora que presta servicios a tiempo completo, impuesta por la empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, supone la transformación o novación de aquél contrato en otro a tiempo parcial, prohibido por el art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores si no se lleva a cabo con el consentimiento del trabajador*”. Pero realmente, la virtud que le atribuyo reside en reconducir, con vistas al futuro, las reducciones temporales de jornada desde el análisis del art. 41 ET al del art. 47 ET. Y lo hace *iuris novis curia*, pues la sentencia impugnada seguía sin hacer mención a dicho precepto, centrado el debate sobre el art. 41 ET y la correspondiente infracción del art. 12 de dicho cuerpo legal, y pese a que calificó como temporal la reducción. Es más, vista la regulación actual, la virtud si cabe es doble, pues el empresario

<sup>22</sup> J. Vidal Vidal/L. Viñedo Cañada, “Ley 35/2010, de 17 de septiembre, y las reducciones de jornada con derecho a desempleo parcial”, Aranzadi Doctrinal, núm 9/2011 (versión Westlaw).

no siguió el procedimiento del art. 47 ET, y aún ni siquiera era aplicable el régimen jurídico instaurado por la L. 35/2010, si bien, obviamente, está presente. Sí, de alguna manera esta sentencia sirve para dar luz sobre el camino a seguir en el futuro: las reducciones temporales de jornada por causas empresariales conceptualmente se ubican en el art. 47.2 ET, se siga o no se siga el procedimiento en él previsto, sin caer por tal motivo en la órbita del art. 41 ET. Pero en lo que sigue, más allá de esto, la sentencia resulta como poco desconcertante.

Resuelve la sala tomando como punto de partida la necesaria voluntariedad del trabajador en la jornada reducida propia del contrato de trabajo a tiempo parcial. Se basa en el art. 12.1 y 4.e) ET, y la doctrina sentada por dicho Tribunal Supremo en sus sentencias de 14 de mayo y 15 de octubre de 2007. Consiguientemente, concluye la sala, puesto que la reducción de la jornada ha sido decidida unilateralmente por la empresa y las trabajadoras no han prestado su consentimiento, no nos encontramos ante una transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y no cabe apreciar infracción del art. 12.4.e) ET. Hay que indicar, que las trabajadoras habían interpuesto acción reclamando que se les reconociera su derecho a continuar prestando sus servicios con su anterior jornada de trabajo de 35 horas y el abono de los salarios dejados de percibir. Por tanto, para su desestimación, no parece que baste afirmar que no ha habido transformación del contrato. Será necesario, además, justificar de alguna manera la decisión empresarial. Y la sentencia lo hace apuntando, que no afirmándolo con rotundidad, que nos encontramos ante una reducción de jornada enmarcable en el art. 47 ET, justificada conforme a sus causas, y de carácter temporal, sin determinación no obstante de su duración, y decimos nosotros, sin seguirse el procedimiento entonces correspondiente del ERE, ni la autorización administrativa entonces requerida, aún cuando se cumpla el mínimo de reducción del 33% de la jornada por entonces exigida para el desempleo parcial.

Entonces, a la luz de tal razonamiento que parte de la consideración de que no se ha producido la novación porque no puede hacerse, porque no es lícito, porque tendría que haber sido voluntaria, el Derecho ha terminado amparando la vía de los hechos. De no seguirse el procedimiento previsto en el art. 47 ET, lo procedente sería la nulidad de la reducción de la jornada, habida cuenta del carácter constitutivo del mismo<sup>23</sup>. La temporalidad que no está concretada en dicho procedimiento o incluso, más ampliamente a través de otras vías, no es temporalidad, no es una situación coyuntural sino indefinida, carente de garantía alguna de reversión y control, lo que vale tanto como decir que es definitiva o bien –la solicitud- nula por falta de contenido<sup>24</sup>. Y se ha negado así

<sup>23</sup> P. Charro Baena, *op. cit.*, pág. 366.

<sup>24</sup> P. Charro Baena, *op. cit.*, pág. 362.

a las trabajadoras su posibilidad de percibo de las prestaciones por desempleo parcial pues, en principio, no se encuentran en situación legal de desempleo. Tampoco les corresponde compensación alguna, pues la reducción se considera justificada. Y tampoco cabe extinción ex art. 41 ET, pues no es modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Como señaló el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de mayo de 2007, desde luego la empresa tiene vías de reacción en estas situaciones de crisis, pero las vías son las legítimas, no las irregularmente adoptadas.

Sí, lo extraño de la motivación no concluye ahí. Por el contrario, la decisión causa aún mayor sorpresa cuando se consultan las sentencias citadas como apoyo y base de sus argumentaciones pues, lisa y llanamente, sus postulados sirvieron para, a diferencia de lo que sucede ahora, tutelar a los trabajadores frente a los cambios de jornada practicados por la empresa. Es decir, esa voluntariedad y esa especificidad del trabajo a tiempo parcial sirvieron en un caso, para privar de eficacia a las decisiones de la empresa o, en el otro, a los mecanismos que pretendían, al margen de los legales, dotarles de mayores facultades de dirección. Y ello con independencia de que la 14 de mayo de 2007 respondiese a una pretensión de despido frente a la reducción de jornada, y la de 15 de octubre a modificaciones de jornada de los trabajadores a tiempo parcial. Así, la primera de las citadas, tras erigir como elemento esencial del contrato a tiempo parcial la voluntariedad de la jornada reducida que supone, negar lo que podríamos llamar el despido parcial y calificar como extintiva la transformación del tiempo completo en tiempo parcial, declara infringido el art. 12.4.e) ET, niega la virtualidad de tal novación-reducción hecha por la vía del art. 41 ET, y consiguientemente la base de la acción por despido que ejercitan los trabajadores, y desde luego en absoluto reconduce lo que califica de *“irregular actuación de la empleadora”* a la vía del art. 47 ET, pues efectivamente no la usó. Por su parte, la STS de 15 de octubre de 2007 declara nula la cláusula convencional por la que se autoriza a la empresa a alterar, sin acudir al art. 41 ET, la jornada de los trabajadores indefinidos a tiempo parcial, lo que aparte de contravenir el citado precepto, vulneraría un elemento esencial de dicho contrato cual es la exigencia del art. 12.4.a) de la concreción de la cantidad de la jornada contratada y atribuiría unas facultades exorbitantes y desproporcionadas a la empresa que, por lo demás, siempre cuenta con un potente instrumento de flexibilidad como son las horas complementarias.

#### **4. BREVEMENTE: EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN**

Como es sabido y los precedentes del caso analizado son una buena muestra de ello, hasta el momento ha sido muy conflictiva la identificación de la

vía procesal idónea para la impugnación de las reducciones de jornada con merma de salario, si el especial del art. 138 LPL o el ordinario<sup>25</sup>. Frente a la posible impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo a través del art. 138 LPL, en cuyo caso el plazo del ejercicio de la acción sería de caducidad de 20 días, puede decirse en términos generales que prevaleció, no sin discrepancias, su articulación a través del procedimiento ordinario, sin plazo de caducidad, correspondiendo el general de prescripción de un año del art. 59.1 ET, con lo que la acción podría ejercerse en cualquier momento de la vida del contrato. No en vano, tal decisión empresarial quedaba al margen del art. 41 ET, tanto por incumplimiento de los requisitos formales previstos en dicho precepto como de los estrictamente materiales, habida cuenta de la imposibilidad del tránsito del tiempo completo al parcial por esta vía (art. 12.4.e) ET).

En la actualidad el panorama normativo ha cambiado ostensiblemente. A partir del art. 138 LRJS se integran en este proceso especial las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “*aunque no se haya seguido el procedimiento de los arts. 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores*”, aplicándose el plazo de caducidad de 20 días a computar desde la notificación por escrito de la decisión al trabajador o a sus representantes tras la finalización, en su caso, del período de consultas, sin perjuicio, en todo caso, de la prescripción de las acciones para exigir prestaciones económicas o de cumplimiento de obligaciones de tracto único por el transcurso del plazo previsto en el art. 59.2 ET. Por su parte, la modificación del art. 138 LRJS por el RDL 3/2012 incluye en este proceso especial los supuestos de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, nuevamente, aunque no se haya seguido el procedimiento del art. 47 ET. Parece, entonces, clarificarse algo más la situación, y parece también claramente, rectificar la línea jurisprudencial mayoritaria anteriormente expuesta.

Pero aún quedan algunas incertidumbres. El art. 138 LRJS incluye las reducciones de jornada aunque no se haya seguido el procedimiento del art. 47 ET, pero una cuestión es el procedimiento y otra muy distinta el ámbito material de dicho precepto. Quiero decir con esto que si por definición las medidas del art. 47 ET tienen carácter coyuntural y necesariamente temporal, esta condición podría o debería considerarse un requisito sin el cual, sencillamente, se excluiría la aplicación de dicho precepto. Por otra parte tales situaciones, a la vista de la imposible articulación de las reducciones de jornada definitivas o indefinidas, que para el caso es lo mismo, a través del art. 41 ET nuevamente se tendrían que reconducir al procedimiento ordinario y al plazo de prescripción

<sup>25</sup> Por todos: J.J. Miranzo Díez, “Reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y vías procesales para recurrir”, Aranzadi Social paraf. 33/2009 (presentación).

de un año del art. 59.1 ET. Puede pensarse que no parece que sea esa la *ratio legis* de un precepto y de una reformada norma rituarial, pragmática, económica, simplificadora y esclarecedora, y la sentencia objeto de nuestro comentario nos pone además sobre aviso del peligro de hilar demasiado fino, pues parece que siempre cabe la sorpresa de una presunta temporalidad. Por otra parte, el encauzamiento a través de este proceso especial del común de las reducciones de jornada practicadas por decisión unilateral de la empresa, también se sostiene desde el principio de seguridad jurídica, pues es satisfactoria la solución ecléctica que ofrece el art. 138 LRJS respecto del cómputo de plazos de caducidad –*dies ad quo*–, que reafirman también a estos efectos la trascendencia del siempre necesario procedimiento del art. 47 ET (por remisión al art. 59.4 ET) y, respecto de las económicas o de tracto único el de prescripción de 1 año del art. 59.2 ET a computar desde que la acción pudiera ejercerse<sup>26</sup>. Ahora bien hay razones también pragmáticas para sostener, en la medida de lo posible, la validez –aún hoy– del procedimiento ordinario frente al del art. 138 LRJS caso de suponer una transformación prohibida del contrato (por reducción definitiva y, en mi opinión, por indefinida); en tales situaciones absolutamente marginales al art. 47.2 ET, constitutivas realmente y por vía ilícita de un contrato a tiempo parcial con infracción del art. 12.4.e) ET, ¿es equitativo negarles el recurso en caso de no alcanzarse los umbrales del art. 51.1 ET (arts. 138 y 191.2 LRJS)?<sup>27</sup>. Y, ¿por qué dicha diferencia cuando el procedimiento del art. 47 ET está previsto con independencia del número de trabajadores afectados y de la plantilla de la empresa?<sup>28</sup>. Probablemente el debate no esté cerrado con el nuevo art. 138 LRJS. No en vano, recordemos, la elección en estos casos del procedimiento ordinario podría derivar no sólo del incumplimiento de los requisitos formales del art. 41 ET, sino del hecho mismo de que la novación contractual –extintiva– que supondría la reducción definitiva de la jornada estaba, aparte de expresamente prohibida por el art. 12.4.e) ET, por definición marginada del art. 41 ET. Y repárese, el art. 12.4.e) ET, no ha sido modificado, y su referencia sigue siendo la del art. 41 ET, no la del 47.2 ET, limitado este último a reducciones temporales.

Finalmente, una cosa es la identificación del procedimiento adecuado y otra muy distinta el sentido de la sentencia. De tal manera, pese a que no haya previsión expresa al respecto –¿quizá olvidaron la novedosa extensión de este proceso al caso de incumplimiento del procedimiento?–, en tal caso la consecuencia no debe ser otra que la de la declaración de la nulidad de la medida, también ahora aún cuando el RDL 3/2012 haya eliminado la exigencia de au-

<sup>26</sup> C. Molina Navarrete, “Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social”, La Ley, Madrid, 2012, págs. 278.

<sup>27</sup> Vid: STS. 29-9-2002.

<sup>28</sup> Similares dudas despierta dicho condicionante en el art. 153.1 LRJS.

torización por la Administración<sup>29</sup>, tal y como se ha mantenido expresamente respecto de la muy cercana medida del despido colectivo (art. 124.9 LRJS).

<sup>29</sup> Vid.: STS 20-2-2007, RJ 8309. A partir de la nueva redacción del art. 47 ET por el RDL 3/2012, ya no se exige autorización por parte de la autoridad laboral, sin embargo su intervención sigue siendo necesaria a efectos de la acreditación de la situación legal de desempleo del trabajador. Así, se ajusta el art. 203 LGSS, y se omite la referencia al expediente de regulación de empleo en el art. 208.3 LGSS. Se añade, asimismo, la Disposición adicional quincuagésimo cuarta a la LGSS, conforme a la cual dicha situación de desempleo se acreditará: a) mediante comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos establecidos en el art. 47 ET, debiendo figurar en el certificado de empresa la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo, que debe ser coincidente o posterior a la fecha en que se comunique por la autoridad laboral a la Gestora de las prestaciones por desempleo la decisión empresarial por la que se acuerda la reducción; b) El acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial definitiva, caso de haber sido impugnada la decisión por el trabajador. La acreditación de la situación legal de desempleo se deberá completar con la comunicación de la Autoridad Laboral a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, con indicación de causa, trabajadores afectados, plazo por el que se produce la reducción de jornada, número de horas de reducción y el porcentaje de reducción de jornada respecto de la jornada diaria ordinaria de trabajo. Al respecto, véase: P. Tablado Marrón, “Incidencia del Real Decreto-Ley 3/2012 en la regulación de la protección por desempleo”, Diario La Ley, nº 7842, año XXXIII.