



Roj: **STS 4692/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:4692**

Id Cendoj: **28079140012007100775**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2007**

Nº de Recurso: **85/2006**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Mayo de dos mil siete.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación de D. Jose Daniel , Ildefonso , Alejandro , Víctor , Germán y Miguel Ángel , contra la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2005 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 6054/05, formalizado por los recurrentes contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Girona, recaída en los autos núm. 840/04, seguidos a instancia de D. Jose Daniel y OTROS contra ROXANA HOTELS S.A. y SAUR HOTELS S.L., sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 10 de Marzo de 2005, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Girona, dictó sentencia, aclarada por Auto de 16 de abril de 2005 (por el que se debía incluir en el hecho probado primero al actor Miguel Ángel ), en la que consta la siguiente parte dispositiva: " Debo desestimar la demanda interpuesta por Jose Daniel , Ildefonso , Alejandro , Víctor , Germán Y Miguel Ángel , contra la empresa ROXANA HOTELS S.A. Y SAUER HOTELS S.L. por inexistencia de despido, absolviendo, en consecuencia, a la demandada de la pretensión que la misma contiene".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: PRIMERO.- Los actores: Jose Daniel ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada Roxana Hotels S.A. desde el 15 de abril de 1996, y lo ha hecho en la categoría profesional de Director, y percibiendo un salario bruto en diario de 101,12 euros (con inclusión de pagas extraordinarias). Ildefonso ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada Roxana Hotels S.A. desde el día 1 de septiembre de 1989, y lo ha hecho en la categoría profesional de Director, y percibiendo un salario bruto día de 10 1,12 euros. (con inclusión de pagas extraordinarias). Alejandro ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada Roxana Hotels S.A. desde el día 1 de marzo de 2001, y lo ha hecho en la categoría profesional de Mantenimiento, y percibiendo un salario bruto diario de 38,64 euros (con inclusión de pagas extraordinarias). Víctor ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada Roxana Hotels S.A. desde el día 7 de noviembre de 1996, y lo ha hecho en la categoría profesional de Mantenimiento, y percibiendo un salario bruto día de 47,97 euros (con inclusión de pagas extraordinarias). Germán ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada Roxana Hotels S.A. desde el día 12 de abril de 1996, y lo ha hecho en la categoría profesional de Jardinero, y percibiendo un salario bruto diario de 42,47 euros (con inclusión de pagas extraordinarias). Cada actor estaba vinculado con la empresa con un contrato indefinido de duración a tiempo completo. (Incontrovertido). Miguel Ángel ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada ROSANA HOTELS S.A. desde el día 24 de febrero de 1998 y lo ha hecho con la categoría profesional de 2º Jefe de Barra y percibiendo un salario bruto día de 54,58 euros con inclusión de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- Las empresas ROXANA HOTELS S.A. y SAUER HOTELS S.L. son empresas familiares con idéntico



accionariado y objetivos profesionales y con plantilla única de tal modo que los trabajadores de una también prestaban servicios para la otra. (hecho admitido en fase de alegaciones por la parte demandada). TERCERO.- En fecha de 28/10/04 los actores recibieron una carta de la lempresa (SAUER HOTELS) en las que se les convocaba a una reunión y que presentaba el siguiente tenor literal: "De conformidad con lo dispuesto en los artículos 41 del R.D.L. 1/95 de 24/03, cúmpleme comunicarle por la presente que el día 28 de octubre de 2004 se solicitará la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los trabajadores (jornada anual de trabajo) de la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa SAUER HOTELS S.A., abriéndose simultáneamente, un periodo de consultas, quedando Vd. citado mediante la presente para la primera reunión, que se celebrará dicho día 28 de octubre de 2004, en los locales de la Empresa, a las 17,00 horas de la tarde.- Es Vd. conocedor que la capacidad de producción de la empresa es baja- lo que ,motiva graves dificultades para competir en el mercado actual. - Las campañas para captar clientes se han adverado infructuosas, siendo el estado económico actual de la Empresa desesperado al no poder cumplir con sus obligaciones salariales mas allá del próximo día 30 de los corrientes.- Por otra parte y con independencia de la problemática económica descrita, la ausencia de trabajo efectivo para realizar por la Plantilla hace innecesaria su presencia en la Empresa ya que como usted sabe la actividad económica se paraliza a finales de Octubre y no se reanuda hasta principios de marzo por la tipología del negocio de un Hotel en plena costa mediterránea.- Tal situación comporta, necesariamente, la cesación de la actividad de la Empresa y con ello la modificación de jornada anual de los contratos de trabajo, que se insta mediante el correspondiente Expediente de Regulación de Empleo" .. (Incontrovertido). CUARTO.- En fecha de 10/11/04 hubo una reunión entre patronal y trabajadores para tratar sobre la notificación realizada en fecha de 28/10/04 sobre modificación contractual de condiciones de trabajo de acuerdo con el art. 41.3 del RD 1/95 de 24/3 . La reunión finalizó sin acuerdo y de la misma se extendió un acta (folio 54). (Incontrovertido). QUINTO.- En fecha de 29/11/04 los actores recibieron la siguiente notificación: "La Dirección de ésta empresa ha tomado la decisión de proceder a un cambio sustancial en sus condiciones de trabajo a título individual consistente en reducir 1/3 la jornada anual que tiene actualmente. Ya se le comunicó en fecha 28/01/2004 tal extremo tal y como establece el R.D.L. 1/95 de 24/03 en su art. 41 . - Tal decisión obedece a que la mercantil no puede dar ocupación efectiva, como usted es consciente de ello, ya que es un negocio cíclico de temporada estival y permanece cerrado y sin actividad mercantil desde 30/10/04. Todo ello se realiza para una mejor posición dentro del mercado y de esta forma poder ser más competitivos frente a la competencia, además de tomar otras medidas financieras como ya se expresó en la reunión de 10 de noviembre de 2004. Tal decisión se ha tomado conforme lo establecido en el art. 41.3 del R.D.L. 1/95 de 24 de marzo . - La citada modificación surtirá efectos a partir del día 01/12/2004 o sea su último día de trabajo es el día 30/11/2004.La mercantil lo emplazará para su reincorporación a su puesto de trabajo, cuando reanude su actividad, es decir sobre el mes de marzo del próximo año. (Incontrovertido). SEXTO.- Entre finales de febrero y principios de marzo del presente año, los actores recibieron una comunicación instando su reincorporación a su puesto de trabajo por reinicio de temporada, estableciendo la fecha de reincorporación el día 28/2/05. SÉPTIMO.- La empresa está en serias dificultades económicas habiendo sufrido pérdidas en el ejercicio 2.001 de 268.516,31 euros y teniendo pérdidas de ejercicios anteriores de 179.436,73 euros (folio 74). Tal situación económica ha llevado a la empresa a suscribir en fecha de 5/8/04 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por un importe máximo de 2.000.000 euros, constituyéndose la garantía sobre el Hotel Niza sito en la localidad de Lloret de Mar. (Folios 113 y ss). OCTAVO.- Los trabajadores no consta que pertenezcan a sindicato alguno o hayan ocupado cargo de esta naturaleza dentro del año anterior al presunto despido. (Incontrovertido). NOVENO.- Se intentó la conciliación previa administrativa con el resultado sin avenencia. (Incontrovertido)".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Jose Daniel Y OTROS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 3 de noviembre de 2005 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Jose Daniel , D. Ildefonso , D. Alejandro , D. Víctor , D. Germán y D. Miguel Ángel contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Girona en fecha 10/3/05 en autos seguidos en dicho Juzgado con el nº 840/04 seguidos a instancia de los propios recurrentes contra las empresas Roxana Hotels S.A. y Sauer Hotels S.L., debemos confirmar y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos".

CUARTO.- Por el Letrado D. Enrique Lillo Pérez, en nombre y representación de D. Jose Daniel Y OTROS, mediante escrito de 10 de enero de 2006, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de fecha 22 de marzo de 1995 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar



improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de mayo de 2007, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En 03/11/05, el TSJ Cataluña dictó sentencia por la que desestimó el recurso de Suplicación [nº 6054/05 ] formulado contra la pronunciada en fecha 10/03/05 por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Girona [autos 840/04 ], rechazando demanda presentada por despido en 03/01/05. El relato fáctico es resumible en los siguientes datos: a) por comunicación de 28/10/04 los actores fueron convocados para periodo de consultas con la dirección de la Empresa, al objeto de tratar de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 41 ET , consistente en «la cesación de la actividad» de la empresa y modificación de la jornada anual, en razón al «desesperado» estado económico y a la ausencia de trabajo efectivo desde finales de Octubre a principios de Marzo; b) en fecha 10/11/04 tuvo lugar reunión sin acuerdo; c) en 29/11/04 se les notificó a los trabajadores que por razones económicas y por el carácter cíclico de la actividad hostelera, se tomaba la decisión de reducir 1/3 de su jornada anual, con efectos del 01/12/04, y que «la mercantil le emplazará para su reincorporación a su puesto de trabajo cuando reanude su actividad, es decir sobre el mes de marzo del próximo año»; d) entre finales de febrero y principios de marzo de 2005, los actores recibieron comunicación de que se reincorporasen a su puesto de trabajo en el día 28/02/05, «por reinicio de temporada»; y e) la empresa viene sufriendo cuantiosas pérdidas y en 05/08/04 ha suscrito un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 2.000.000 €.

2.- Los trabajadores accionantes sostuvieron que la «imposición unilateral» de la nueva jornada anual no suponía la modificación de condiciones, sino «la extinción [...] definitiva, de una buena parte de la jornada anual que [...] sólo procede ser impugnada mediante la modalidad procesal de despido», pues «implica la extinción de la primitiva relación laboral y la constitución de otra nueva». Y la STS Cataluña 03/11/05 rechaza tal planteamiento -confirmando la sentencia desestimatoria de instancia-, por considerar que el éxito de la acción ejercitada exigía que concurriese voluntad extintiva del contrato de trabajo, inexistente en el caso objeto de debate, con independencia de que no podía dudarse de la irregularidad en que había incurrido el actuar empresarial.

3.- El recurso de casación formulado acusa la contradicción de la decisión recurrida con la STSJ Baleares 22/03/05 [rollo de Sala nº 131/95 ], en la que se califica como despido tácito e improcedente la reducción de la jornada anual de trabajo en empresa de hostelería, a «consecuencia de la falta de clientes en el establecimiento durante los meses de invierno», de forma que los trabajadores «prestarán servicios a jornada completa del 1 de marzo al 31 de octubre de cada año»; decisión que se había tomado por la empresa con amparo formal en el art. 41 ET , tras consulta y acuerdo con los representantes de los trabajadores. Y se denuncia la infracción de los arts. 12.4, 15.8, 55.4 y 56 ET, así como 110 LPL.

Las indicadas referencias al presupuesto fáctico de la decisión de la Sala de Baleares ponen de manifiesto que entre las sentencias a comparar media la contradicción que exige el art. 217 LPL para la viabilidad del RCUD, porque ambas resoluciones contienen pronunciamientos diversos [inexistencia de despido en el supuesto objeto de este recurso; y despido improcedente en la decisión referencial] respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales; resultando intrascendente -a los efectos de contradicción- el que en autos no concurra el acuerdo con la representación unitaria que medió en la sentencia ofrecida como contraste. Y por otro lado, si bien el segundo motivo del recurso [«Infracción legal de la sentencia impugnada»] se limita a la cita de los preceptos legales que se entienden conculcados, sin explicación adicional alguna, lo cierto es que ya en los antecedentes del recurso -con indebida ubicación, ciertamente- ya se había efectuado oportuna argumentación sobre las infracciones que se denuncian, y precisamente en términos tan razonados que determinan se tenga por cumplido el requisito.

SEGUNDO.- 1.- Es criterio de la Sala -incluso con anterioridad a la doctrina unificada- que la expresión «despido» no debe entenderse constreñida al que tenga origen disciplinario, ya que su significado también comprende -por lo general- cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aunque estuviese fundado en causa ajena incumplimiento contractual; por lo que el despido constituye un concepto genérico y diversificable, por razón de su causa, en especies distintas», tal como se desprende de los arts. 49 y 52.c ET , el Convenio número 158 de la OIT [BOE de 29/06/85 ] y Directiva 75/129 [reformada por la 92/56 ] (así, para la Jubilación forzosa del trabajador, SSTS 26/02/90 -ril-; 29/12/92 -rcud 1501/92-; 27/07/93 -rcud 3430/92-; 23/10/93 -rcud 3758/92-; 29/11/93 -rcud 1145/93-; 02/03/94 -rcud 187/93-; 20/07/94 -rcud 1392/93-; y 23/12/96 -rcud 383/96-. Y para extinción por desistimiento en personal de alta dirección en Marina Mercante, la STS 09/04/90 -ril-).



Pero en todo caso, la Sala ha precisado que la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo; y que ésta se configura como única [arts. 1, 4 y 5 ET], aunque susceptible de sufrir alteraciones por decisión unilateral del empleador, que cuando afectan a la jornada pueden integrar modificación sustancial de las condiciones de trabajo y dar lugar a que operen los mecanismos previstos en el art. 41 ET. Y tratándose -en concreto- de una reducción de jornada en doce horas semanales [por pérdida de una contrata en el sector de limpieza de edificios y locales], tal decisión puede constituir la referida modificación sustancial, pero en modo alguno un despido, al no producirse manifestación expresa o tácita del empleador en tal sentido y -por el contrario- mantenerse viva, aunque modificada, la relación de trabajo existente entre las partes (SSTS 07/04/00 -rcud 1746/99-; y 20/11/00 -rcud 1417/00 -).

2.- De otra parte, aunque también se haya mantenido que «todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual es un contrato a tiempo parcial», lo cierto es que la Sala considera -con gran parte de la doctrina- que el contrato de trabajo a tiempo parcial constituye -al menos actualmente- una verdadera modalidad contractual y que no cabe identificarlo como un simple supuesto de reducción de jornada [contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida] o de utilización reducida del tiempo de trabajo [«jornada parcial»]. Así lo ponen de manifiesto su compleja configuración legal [particularmente la voluntariedad, las específicas reglas de distribución del tiempo, la singularidad del sistema de protección social...], las exigencias formales y la posible conversión del contrato de tiempo completo a contrato a tiempo parcial y viceversa. Esta diversidad de naturaleza -en gran medida aceptada- necesariamente comporta, pese al principio de conservación del negocio y al carácter excepcional de la novación extintiva, ambos tan presentes en el Derecho del Trabajo [de ello son manifestación la sustitución de las cláusulas nulas por los preceptos debidos, la variedad de suspensiones de la relación laboral, la subrogación empresarial ...], que en los supuestos de la referida conversión no estemos en presencia de una novación modificativa de la relación laboral, sino ante la novación extintiva de la preexistente y su sustitución por la nueva (así ya la había indicado la STCT 22/11/88, para contexto normativo menos concluyente que el actual), habida cuenta de que el fenómeno extintivo no solamente tiene lugar cuando el contrato de trabajo finaliza para dar paso a una relación no laboral, sino también cuando se transforma en modalidad o especie distinta.

3.- Ni que decir tiene que este planteamiento significaría que la hipotética imposición empresarial del cambio de modalidad contractual [tiempo completo/tiempo parcial], en tanto que novación extintiva, justificaría la ejercitada pretensión por despido y supondría que hubiésemos de apreciar que concurre la infracción normativa que la parte recurrente denuncia.

TERCERO.- 1.- Ahora bien, para calificar a una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta -conforme a lo más arriba indicado- que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, en distribución horizontal [reducción de horas al día], vertical [disminución de días al año] o mixta [horas/día y días/año], sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada [«cuando se haya acordado», dice el art. 12.1 ET] 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]; la reducción derivada del ejercicio de un derecho del trabajador, por guarda legal o cuidado directo de familiar [art. 37.5 ET]; y las limitaciones en trabajos con riesgo especial para la salud [arts. 34.7, 36.1 y 37.1 ET; RD 1561/1995, de 21/Septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo].

2.- En esta misma línea, pero con definitiva contundencia en el mandato, el art. 12.4.e) ET dispone que la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial «tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones» ex art. 41.1.a) ET. Lo que significa que la imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectivo] e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se intrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador.

3.- La afirmación precedente nos lleva a concluir que la medida acordada por las Empresas codemandadas, minorando la jornada anual de trabajo, no solamente vulneró específica previsión legal en términos que obstan la eficacia de su decisión, sino que ni tan siquiera dio lugar a injustificada novación extintiva del vínculo previo y constitución [censurable, por la forma en se produjo] de contrato a tiempo parcial, siendo así que no concurrían sus imprescindibles presupuestos y muy particularmente la voluntad del trabajador. O lo que es igual, falta la decisión empresarial de dar por finalizado el vínculo de trabajo [siquiera en inicial configuración como a tiempo completo] y con ello la base de la acción -por despido- que se ejercita, tal como con acierto razona y decide la



sentencia recurrida, haciendo expresa invocación de la doctrina de esta Sala [SSTS 07/04/00 y 20/11/00, más arriba citadas]. Y esta confirmación de la sentencia recurrida se mantiene, con independencia de reconocer también que los trabajadores afectados no carecían de adecuados instrumentos procesales para la defensa de su derecho frente a la irregular actuación de la empleadora, y de que ésta tampoco estaba desprovista de medio estatutario para hacer valer su deficitaria situación económica y atender -con medidas legales- a la inactividad productiva en determinados periodos del año. Instrumentos y medidas cuya identificación no corresponde hacer a la Sala en las presentes actuaciones.

CUARTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia objeto de recurso y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada; sin imposición de costas a la empresa recurrente [art. 233.1 LPL].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Rechazamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en representación de Don Jose Daniel , Don Ildelfonso , Don Alejandro , Don Víctor , Don Germán y Don Miguel Ángel , confirmando la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 03/ Noviembre/2005 [recurso de Suplicación nº 6054/05], por la que se confirmó la que en 10/02/2005 había pronunciado el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Girona [autos 840/04 ], absolviendo a la empresas «ROXANA HOTELS, S.A.» y «SAUER HOTELS, S.A.» de la demanda por despido que contra ellas se había formulado.

Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo SOCIAL de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.