

# LA REFORMA LABORAL DE 2012 Y LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

## PRINCIPALES PUNTOS CRÍTICOS

EVA LÓPEZ TERRADA

*DEPARTAMENT DE DRET DEL TREBALL I DE LA SEGURETAT SOCIAL  
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA*

Recepción: noviembre 2012; aceptación: abril 2013

## R E S U M E N

LA ÚLTIMA REFORMA DE LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN, LLEVADA A CABO POR LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO, ESTÁ SIENDO OBJETO DE UNA IMPORTANTE CONTROVERSIA EN RELACIÓN CON ALGUNOS DE SUS ASPECTOS, CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CUESTIONA. EL NÚCLEO DURO DE LAS INNOVACIONES EN ESTA MATERIA SE SITÚA EN EL CAPÍTULO II DE LA LEY QUE, EN PRINCIPIO, SEGÚN ADELANTA SU EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, «INCLUYE DIVERSAS MEDIDAS DIRIGIDAS A FOMENTAR LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y LA CREACIÓN DE EMPLEO», CON ESPECIAL HINCAPIÉ EN PROMOVER LA CONTRATACIÓN POR PYMES Y DE JÓVENES. SIN EMBARGO, PUEDE PLANTEARSE SI LAS NOVEDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN NO OBEDECEN TAMBIÉN A OTROS INTERESES QUE RESULTAN COHERENTES CON EL OBJETIVO GENERAL DE UNA REFORMA QUE ADOPTA COMO PUNTO DE PARTIDA «LA INSOSTENIBILIDAD DEL MODELO LABORAL ESPAÑOL».

## PALABRAS CLAVE:

REFORMA LABORAL 2012, PRECARIEDAD LABORAL, CONTRATOS DE TRABAJO

### I. INTRODUCCIÓN

No parece necesario insistir en que, una vez más, discutiblemente, se ha acudido en nuestro país a una reforma laboral como solución a la grave crisis económica existente y a la destrucción de empleo que ha traído consigo. En efecto, como a estas alturas es ya de sobra conocido por todos, las reformas acometidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se introducen con la pretensión de establecer, según indica expresamente su Exposición de Motivos, «las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así,

generar la confianza necesaria para los mercados y los inversores». Aunque se trataba de una reforma anunciada por el nuevo Gobierno, tras fracasar la concertación social existió una cierta incertidumbre, convenientemente denunciada desde posiciones sindicales, acerca de cuáles iban a ser sus concretos contenidos. No se dudaba, sin embargo, de la contundencia de algunas de las medidas que se iban a tomar e, incluso, se apostaba por el triunfo de las propuestas auspiciadas desde la fundación FEDEA, entre las que se encontraba la introducción del llamado «contrato único» y la necesaria supresión de la mayor parte de los contratos tempora-

les, en particular, del contrato de obra o servicio y el contrato eventual.<sup>1</sup>

A pesar de que, finalmente, no han sido éstos los cambios efectuados, la reforma ha deparado sorpresas y está siendo objeto de una importante controversia en relación con algunos de sus aspectos, cuya constitucionalidad se cuestiona. Las modificaciones llevadas a cabo en relación con las modalidades de contratación no han constituido, desde luego, una excepción. Ciertamente, como a continuación se va a tratar de justificar, en materia de contratación resulta llamativo tanto el alcance de algunas de las novedades introducidas en nuestro ordenamiento, como el silencio en relación con otros extremos cuya transformación cabía esperar. Un análisis mínimamente ordenado de tales novedades y silencios debe partir, a mi juicio, de la diferenciación del contrato de apoyo a los emprendedores –necesitado de un análisis más detenido por ser una creación *ex novo*– de las restantes reformas –que suponen transformaciones más o menos trascendentes de la regulación vigente en materia de modalidades de contratación.

## II. EL CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES

### LA DESAPARICIÓN DEL CONTRATO DE FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA

Para comenzar, antes de analizar el nuevo contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, cabe recordar que, desde el año 1997 hasta la entrada en vigor de la reforma 2012, han convivido en nuestro ordenamiento jurídico la contratación indefinida ordinaria y el contrato de fomento de la contratación indefinida. El mencionado año 1997 marcó, sin duda alguna, un punto de inflexión en la contratación laboral española, pues con la firma del Acuerdo Interprofesional sobre la Estabilidad en el Empleo, cuyo contenido fue asu-

mido en gran medida por el gobierno, quedó constancia, por primera vez, de que los agentes sociales más representativos coincidían en la denuncia de los excesos de la contratación temporal y en la búsqueda de una estrategia concertada para combatirla. Parte de esa estrategia fue, precisamente, la creación de un nuevo tipo de contrato indefinido dirigido a colectivos específicos singularmente afectados por el desempleo y la inestabilidad laboral, que se caracterizaba por estar dotado de un régimen indemnizatorio reducido –treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades– en los casos de despido objetivo declarado improcedente. Aunque, en principio, el contrato se configuró como una medida de carácter provisional, ya que se hablaba de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor del RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo, las reformas de 2001, 2006, 2010 y 2011 lo fueron perpetuando mediante la práctica generalización de los colectivos de trabajadores desempleados susceptibles de ser contratados bajo esta modalidad contractual y mediante la apertura sucesiva de nuevos plazos de conversión de contratos temporales en contratos de fomento de la contratación indefinida.

Sin embargo, la extensión de la indemnización de treinta y tres días en la reforma laboral 2012 ha hecho perder su atractivo a esta medida de fomento del empleo estable, que desaparece para dejar paso al nuevo contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Pese a ello, la Disposición transitoria sexta de la Ley 3/2012 prevé que los contratos de fomento de la contratación indefinida celebrados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron, si bien en caso de despido disciplinario, la indemnización por despido improcedente se calculará igual que en el resto de contratos formalizados con anterioridad a la

<sup>1</sup> La propuesta consistía en introducir un contrato único de carácter indefinido en el que las indemnizaciones por despido, tanto procedente como improcedente, dependiesen de la antigüedad del trabajador. El documento «Diez principios fundamentales para lograr una reforma laboral eficaz y justa», de enero de 2012, puede consultarse en <[www.fedea.es](http://www.fedea.es)>.

entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, esto es, «a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso».

*LA NUEVA MODALIDAD CONTRACTUAL POR TIEMPO INDEFINIDO: EL CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES*

La Ley 3/2012 regula en su artículo 4 el nuevo contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. Se trata de la primera de las medidas que el Capítulo II introduce con la intención declarada de fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo, especialmente de jóvenes desempleados y PYMES, por ser quienes están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica. Así pues, en este caso, el planteamiento del legislador es claro: crear una figura capaz de aunar promoción del empleo estable y potenciación de la iniciativa empresarial, contribuyendo con ello al equilibrio en las relaciones de trabajo por el que apuesta la reforma con carácter general. Otra cosa es que tan ambicioso objetivo se haya conseguido con el perfil que, finalmente, se otorga al contrato de apoyo a los emprendedores, cuyos extremos más destacables son los siguientes:

1º) A diferencia del contrato de fomento de la contratación indefinida, el nuevo contrato de apoyo a los emprendedores, a pesar de haber nacido también con la finalidad de facilitar el empleo estable, centra su atención en las empresas de menos de 50 trabajadores por ser las que representan la mayor parte del tejido productivo español (el 99,23

por ciento, según el Instituto Nacional de Estadística). Éstas serán las únicas que podrán concertar este contrato que, obligatoriamente, se celebrará a jornada completa y se formalizará por escrito en el modelo que se establezca (artículos 4.1 y 2 RD-ley 3/2012). Para determinar la dimensión de la empresa se tendrá en cuenta el número de trabajadores en el momento de producirse la contratación (artículo 4.8).

2º) El régimen jurídico y los derechos y obligaciones derivados del contrato de apoyo a los emprendedores se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el ET y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido con una importante excepción: «la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso». Se relega, en consecuencia, la regulación estatutaria del período de prueba para introducir una norma de derecho necesario absoluto por lo que a la duración del período de prueba de este contrato respecta. Ahora bien, la aplicación de la regulación estatutaria del período de prueba no queda relegada en ningún extremo más. Por ello, no creo que quepa entender que la norma impone un período de prueba legal de un año «en todo caso», incluso cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa.<sup>2</sup> La redacción del Real Decreto-ley 3/2012 dejaba el tema sin resolver; sin embargo, la tramitación parlamentaria ha venido a confirmar la interpretación expuesta y, finalmente, el propio artículo 4.3 dispone expresamente que «no podrá establecerse un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación».

3º) Hay que precisar, por otra parte, que el Real Decreto-ley 3/2012 impedía a las empresas de menos de cincuenta trabajadores hacer uso de este contrato si, en los seis meses anteriores a la contratación, hubieran realizado extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas

<sup>2</sup> CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. (2012), «La nueva reforma laboral», *Relaciones Laborales*, 5.

improcedentes por sentencia judicial o hubieran procedido a un despido colectivo. Las extinciones y despidos relevantes a estos efectos eran únicamente los producidos con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley, y para la cobertura de puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción o despido y para el mismo centro o centros de trabajo (artículo 4.6 RD-ley 3/2012). Si con esta limitación se pretendía evitar el llamado «efecto sustitución», resultaba llamativo que no quedasen incluidas en la prohibición, por ejemplo, las extinciones contractuales por voluntad unilateral del trabajador o por mutuo acuerdo, los despidos objetivos individuales o plurales por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas del artículo 52. c) del ET de carácter procedente, o los despidos disciplinarios improcedentes. Y, en todo caso, causaba desconcierto que la prohibición mencionara, junto a los despidos objetivos declarados improcedentes, los despidos colectivos con independencia de su calificación judicial. Por esta razón, hay que valorar positivamente que tras la tramitación parlamentaria, como consecuencia de la enmienda número 651 del Grupo Parlamentario Popular, el artículo 4.6 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, refiera la prohibición, genéricamente, a la empresa que, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera adoptado «decisiones extintivas improcedentes». La expresión, aun sin cerrar la puerta por completo al «efecto sustitución», permite entender incluidos en el precepto, además de los despidos disciplinarios declarados improcedentes por sentencia judicial, los despidos reconocidos como improcedentes por la empresa, por ejemplo, en conciliación previa. En el caso de los despidos colectivos conduce, por su parte, a la consideración exclusiva de aquellas extinciones que, tras haber sido objeto de la impugnación individual correspondiente, se hayan calificado como improcedentes.

4º) El establecimiento de un período de prueba de un año de duración no fue la única medida ideada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, para

incentivar el uso del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores por parte de las empresas de menos de cincuenta trabajadores. El Real Decreto-ley reconoció, además, una serie de incentivos fiscales y bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social en los apartados cuarto y quinto de su artículo 4. Aunque la norma vinculaba su percepción al mantenimiento en el empleo del trabajador durante tres años (artículo 4.7), quedó claro desde entonces que el funcionamiento del contrato iba a resultar independiente de la percepción de los incentivos a la contratación y que, por consiguiente, el contrato podía convertirse en un período de prueba de un año, con las criticables consecuencias que de ello derivan. El Real Decreto-ley 3/2012 no desarrolló, por lo demás, los detalles técnicos de los dos tipos de incentivos fiscales que anunciaba y, por este motivo, se ha procedido a efectuar esta labor en la tramitación parlamentaria del mismo modificando, con efectos a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, el artículo 43 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. Además, el artículo 4.7 de la Ley 3/2012 ha ampliado las obligaciones de mantenimiento del empleo exigiendo la conservación del nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde la celebración del contrato.

#### *CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL NUEVO CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES*

Sin perjuicio de que sólo con el transcurso del tiempo será posible efectuar una valoración profunda de su alcance, la regulación referida está siendo objeto de consideraciones críticas de envergadura diversa que, incluso, llegan a poner en tela de juicio la constitucionalidad del nuevo contrato.<sup>3</sup>

La más fundada de todas ellas es, a mi juicio, la relativa a la desnaturalización de la figura del período de prueba, que se produce como consecuencia de la fijación de un año de duración en todo caso.

<sup>3</sup> Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (2012), «Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012», *diariolaley.es*.

Es interesante recordar al respecto que la finalidad del período de prueba es, en palabras del Tribunal Supremo «la experimentación ‘sobre el terreno’ de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve» (STS de 20 de julio de 2011, rec. 152/2010).

Es más, puesto que durante un año existirá libre desistimiento empresarial y éste se caracteriza por constituir una excepción al carácter causal que exige el ordenamiento español en las extinciones por iniciativa empresarial, cabe pensar que el contrato de emprendedores abre la puerta a una suerte de contratación temporal no causal que no genera derecho a indemnización alguna. Dicho de otra manera, aunque el ejercicio del desistimiento empresarial durante el período de prueba sea una de las causas válidas de extinción del contrato de trabajo, vista la duración de éste no resulta descabellado cuestionarse si no se está introduciendo en nuestro ordenamiento a través de esta figura una posibilidad de extinción contractual sin causa. Es decir, del mismo modo que en 1997 no se abordó de manera directa el abaratamiento del despido, sino que se creó una nueva modalidad contractual —el fomento de la contratación indefinida— con una indemnización reducida en caso de despido objetivo improcedente, ahora no se aborda frontalmente el tema de la exclusión de la protección por despido en determinadas empresas y por debajo de cierta antigüedad pero, indirectamente, se llega a ese resultado por la vía del período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores. La situación no es extraña en los países de nuestro entorno: así, por ejemplo, en Gran Bretaña la normativa sobre despido por causa reorganizativa no resulta de apli-

cación a los trabajadores con menos de dos años de antigüedad, y en Alemania se exigen seis meses de antigüedad y que el centro de trabajo tenga más de diez trabajadores empleados regularmente. En este país, por cierto, dada su estrecha relación con el debate relativo a la conexión entre el nivel de protección contra el despido y la situación del mercado de trabajo, la exclusión de las pequeñas empresas de la ley de protección contra el despido ha sido objeto de una larga controversia. De hecho, el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichts*, BVerfG) enjuició la constitucionalidad de la exclusión, declarando su conformidad con la Ley Fundamental. Según el Auto de 27 de enero de 1998, las peculiaridades de los centros de trabajo pequeños, que tienen una menor resistencia financiera y una relación de cooperación muy personal y de confianza entre trabajador y empresario, vendrían a justificar el trato diferenciado. El mencionado Auto sostiene, además, que los trabajadores excluidos de la Ley no quedan desprotegidos, pues son beneficiarios de una «protección mínima» otorgada por el Derecho civil.

En todo caso si, como parece, en nuestro país, con un período de prueba tan dilatado se está eliminando la causalidad en la extinción del contrato durante un año en las empresas de menos de cincuenta trabajadores, resulta necesario preguntarse, como ya hiciera la doctrina con ocasión de la propuesta de contrato único,<sup>4</sup> por la compatibilidad entre dicha medida y las exigencias derivadas del Convenio n.º 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, no ratificado ni por Gran Bretaña ni por Alemania, pero sí por España. La cuestión dista mucho de resultar sencilla, pues si bien es cierto que el mencionado Convenio 158 exige una causa justificada para que el empresario ponga término a la relación de trabajo, también lo es que permite a los Estados excluir de la aplicación de sus disposiciones a los trabajadores que efectúen un período de prueba. Ahora bien, esa exclusión será posible únicamente cuando la duración del período de prueba se haya fijado de an-

<sup>4</sup> GOERLICH PESET, J. M. (2010), «¿Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?», *Relaciones Laborales*, 1; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. (2010), «Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único», *Relaciones Laborales*, 1.

temano y sea «razonable» (artículo 2.2), requisito que, difícilmente, a mi juicio, puede predicarse de la duración fijada para el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, por mucho que la figura se haya revestido de un carácter excepcional al vincular su vigencia al descenso de la tasa de desempleo por debajo del 15 por ciento (Disposición transitoria novena.2 de la Ley 3/2012).

No cabe pasar por alto a este respecto la decisión adoptada por el Tribunal de Apelación francés en su sentencia de 6 de julio de 2007 (18ª. Sala E). Al pronunciarse sobre la posibilidad de terminar libremente la relación de trabajo durante un «período de consolidación del empleo» de dos años en el contrato *nouvelles embauches* establecido por la ordenanza núm. 2005-893 para las empresas de veinte trabajadores como máximo, el Tribunal de Apelación consideró que: «durante un período de dos años, el ‘contrato para nueva contratación’ priva al trabajador de lo esencial de sus derechos en materia de despido [...] y [...] que, por tanto, atendiendo al principio de proporcionalidad no cabe considerar que el período de dos años [...] sea razonable; que, en consecuencia, dicho instrumento no puede prevalerse del beneficio implícito de la excepción temporal que el Convenio núm. 158 prevé respecto de su aplicación».

Del mismo modo, cabría cuestionar la avenencia entre la figura estudiada y el derecho al trabajo del artículo 35 de la CE, a la vista de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 20/1994, de 27 de enero, relativa al despido de un capitán de buque congelador sin ningún tipo de protección como consecuencia de la aplicación de la Ordenanza de Trabajo. En aquella ocasión el Tribunal entendió que «la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo».

Y, desde luego, puede ponerse en duda si, desde el punto de vista del principio de igualdad del artículo 14 de la CE, está justificada la desigualdad de trato en función del tamaño de la empresa que el nuevo contrato trae consigo. Para ello, como es sabido, la diferenciación introducida tendrá que superar el correspondiente juicio de razonabilidad y proporcionalidad en sede constitucional. En consecuencia, habrá que determinar si la dimensión de la empresa y el objetivo perseguido con este contrato –facilitar el empleo estable y potenciar la iniciativa empresarial– constituyen una justificación suficiente de dicha diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas. Resulta ilustrativa al respecto, aunque evidentemente no resuelve el tema de manera definitiva, la doctrina contenida en la sentencia 6/1984, de 24 de enero, que resolvía una cuestión de inconstitucionalidad planteada por entender contraria a la CE la desigualdad de trato establecida entonces por el ET entre empresas con un número inferior y superior a 25 trabajadores en materia de indemnización por despido. A juicio del Tribunal, el que la cuantía de la indemnización fuese inferior en la pequeña y mediana empresa suponía «una desigualdad que se encuentra en relación con la finalidad de protección a la misma en conexión –como se puso de manifiesto en el debate del ET– con sus mayores dificultades económicas (...) debiendo también señalarse que esta finalidad protectora se encuentra en relación de una consideración global de la crisis de empleo y de la forma de superarla, es decir, con una finalidad de política laboral».

### III. LAS MODIFICACIONES DE LA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Según se adelantó, la reforma laboral de 2012, además de crear el contrato de apoyo a los emprendedores, transforma alguno de los extremos de la vigente regulación en materia de modalidades de contratación. Dichos cambios afectan al encadenamiento de contratos temporales; al trabajo a domicilio, ahora denominado a distancia; al contrato para la formación y el aprendizaje; y al trabajo a tiempo parcial.

*LA RESTITUCIÓN ANTICIPADA DE LA PROHIBICIÓN DE ENCADENAMIENTO DE CONTRATOS TEMPORALES*

Comenzando por la restitución anticipada de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales cabe destacar, ante todo, que la tibieza de las novedades en materia de contratación temporal ha constituido una de las grandes decepciones de la reforma. Aunque desde 1997 todas y cada una de las reformas laborales que han modificado la regulación de las modalidades de contratación se han propuesto rebajar las excesivas tasas de temporalidad y erradicar la dualidad laboral, España sigue manteniendo una tasa de temporalidad de casi el 25%. Así lo recuerda la Exposición de Motivos de la Ley –que también se refiere a la cuestión de la dualidad laboral– pero, pese a ello, mantiene intacto el actual panorama legislativo en materia de contratación temporal, excepción hecha de la anticipación del fin de la suspensión de la prohibición contenida en el artículo 15.5 del ET. Probablemente, se espera que la posibilidad de acudir a un contrato como el de apoyo a los emprendedores, en el que no hay que justificar causa de temporalidad alguna ni tampoco pagar indemnización, rebaje por sí misma el alto, y ya endémico, índice de temporalidad español.

Como es sabido, aunque la doctrina del fraude de ley para el encadenamiento de contratos ilícitos se mantiene, la reforma de 2006 introdujo en el artículo 15.5 del ET un límite al encadenamiento de contratos legales con un mismo trabajador. Como su literalidad original planteaba diversas dudas interpretativas, la reforma de 2010 modificó el precepto, cuyo párrafo primero indica que «los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos». Dicha previsión también será aplica-

ble cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente (artículo 15.5.2º del ET). Quedan, no obstante, excluidos los contratos formativos (contrato de trabajo en prácticas y contrato para la formación), los contratos de relevo temporales, los de interinidad, los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado (artículo 15.5.4º del ET). En consecuencia, únicamente deben considerarse a los efectos descritos los contratos de obra o servicio determinado y los contratos eventuales, tanto si se han realizado directamente por la empresa como si se realizaron indirectamente a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal. La literalidad del precepto impide, además, contabilizar los supuestos de celebración de un único contrato temporal –necesariamente de obra o servicio– cuya duración supere los veinticuatro meses.

Pues bien, dicha medida, que se había suspendido por el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, durante dos años por conducir a un efecto indeseado de no renovación de contratos temporales, viene acompañada del peligro de estimular la rotación de trabajadores en un mismo puesto de trabajo. No puede dejar de advertirse, en este sentido, que la adquisición de la condición de fijo se produce, en virtud de lo establecido en el artículo 15.5, únicamente como consecuencia del encadenamiento de dos o más contratos temporales con un mismo trabajador más de veinticuatro meses en un período de treinta, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas. Queda en manos de la negociación colectiva el establecimiento de requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos temporales con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter.

El artículo 17 del Real Decreto-ley 3/2012 se limitó a reproducir lo establecido por el Real De-

creto-ley 10/2011 en relación con la suspensión de esta medida, sustituyendo simplemente la fecha del fin de dicha suspensión: en lugar de suspenderse hasta el 31 de agosto de 2013, se suspendía hasta el 31 de diciembre de 2012. En consecuencia, persistieron, además de las dudas sobre la conformidad de la medida con la Directiva comunitaria 1999/70/CE, los problemas derivados de la técnica legislativa empleada por una norma que, al no introducir «transitoriedades ni matices», suscitaba numerosas dudas interpretativas relacionadas con su alcance. Así, por ejemplo, quedaba en el aire si la suspensión afectaba únicamente a los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2011 o si, por el contrario, se aplicaba también a los contratos que ya estaban vigentes; e, igualmente, surgía la duda de si, al finalizar la suspensión, sería posible computar la duración de los contratos previos a la suspensión a efectos de la presunción de fijeza.

Es positivo, por ello, que la tramitación parlamentaria haya incidido sobre el tema. Así, aunque el artículo 17 de la Ley 3/2012 mantiene intacto lo dispuesto por el Real Decreto-ley 3/2012, adelantando el fin de la suspensión al 31 de diciembre de 2012, incluye un nuevo apartado segundo en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 10/2011 que declara excluido del cómputo del plazo de veinticuatro meses y del periodo de treinta a que se refiere el artículo 15.5, el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, haya existido o no prestación de servicios por el trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios transcurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas. El problema es que de la literalidad de la solución alcanzada por la reforma puede derivar algún «efecto perverso». Concretamente, lo dispuesto en el apartado segundo podría conducir, de manera criticable, a que se aplique la presunción de fijeza a trabajadores que, de no haber existido la suspensión, no habrían alcanzado la condición de fijos por

aplicación del artículo 15.5 del ET. Al obligar a la empresa a reconocer la fijeza de trabajadores en situaciones no comprendidas en el artículo 15.5 del ET, se llega al absurdo de permitir que el régimen regulador de la suspensión de una norma produzca efectos no previstos en la propia norma suspendida. Además, ello implica que los trabajadores mencionados podrían ser, en ocasiones, «de mejor condición» que aquellos otros que, de no haberse producido la suspensión, habrían logrado la fijeza por aplicación del artículo 15.5 del ET.

En cuanto a la regulación de los contratos temporales, tampoco en esta ocasión se ha atendido a la casi generalizada reivindicación doctrinal en la materia: delimitar legalmente con mayor rigor las causas de los contratos temporales, sin dejar esta tarea en manos de la negociación colectiva, especialmente en el caso del contrato de obra o servicio, que habría que desvincular de las contrataciones o subcontratas.<sup>5</sup> En relación con esta reivindicación cabría recordar que, en principio, la obra o servicio determinado objeto de este contrato no puede ser de tal naturaleza que suponga la ejecución de tareas permanentes y de duración indefinida en la empresa, al exigir la ley que se trate de una actividad «limitada en el tiempo» aunque «de duración incierta» (STS, ud, de 22 de abril de 2002, Rec. 2000/1886). Sin embargo, el recurso al contrato laboral de obra o servicio determinado para efectuar trabajos de carácter permanente se ha permitido cuando éstos son objeto de una contrata mercantil de obra o servicio o de una concesión administrativa. Concretamente, la jurisprudencia posterior a 1997 admite la posibilidad de utilizar el contrato de obra o servicio determinado por parte de un contratista o concesionario, vinculando la duración del mismo a la de la contrata o concesión de obra o servicio, pese a que las actividades contratadas responden a necesidades permanentes de las empresas contratantes y también de las empresas contratistas o concesionarias cuya actividad normal es precisamente la de atender a las obras o servicios contratados o gestionados en régimen de contrata mercantil

<sup>5</sup> Por todos, SALA FRANCO, T.; PÉREZ INFANTE, J. I.; LÓPEZ TERRADA, E. (2009), *Las modalidades de la contratación laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 220.

o de concesión administrativa. La jurisprudencia ha considerado así que cada contrata o concesión administrativa posee la suficiente «autonomía y sustantividad propia» exigida por la ley para este tipo de contratos. Con todo, si la duración del contrato se vincula a una contrata de obra o servicio, no se reputa válida su extinción por finalización de la contrata si va seguida de otra contrata con la misma empresa cliente y con el mismo objeto (SS. TS de 17 de junio de 2008, R.º. 4426/2006, de 18 de junio de 2008, R.º. 1669/2008, de 17 de julio de 2008, R.º. 152/2007, y de 23 de septiembre de 2008, R.º. 2126/2007), o si en convenio colectivo, contrato o pliego de condiciones se hubiese incluido una cláusula de subrogación empresarial.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que todavía no han desplegado plenamente sus efectos algunas de las modificaciones operadas por el gobierno anterior. Así, cabe recordar que el incremento de la indemnización por fin de contrato eventual y de obra o servicio hasta llegar a los doce días mencionados en el artículo 49.1 c) se está aplicando gradualmente, hasta el año 2015, en los términos establecidos por la Disposición Transitoria Decimotercera del ET. Por su parte, las transformaciones en indefinidos de los contratos temporales de obra o servicio que superen la duración máxima establecida en la reforma de 2010 —tres años, ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial estatal o, en su defecto, convenio sectorial de ámbito inferior— sólo comenzarán a producirse a partir de los tres años de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, pues, como expresamente preveía su disposición transitoria primera, la nueva redacción del artículo 15.1 a) sólo resulta aplicable a los contratos suscritos desde su entrada en vigor (18 de junio de 2010). La fijación de ese límite ha ocasionado, por cierto, un trascendente debate en torno a la posibilidad de que el empresario extinga el contrato al llegar el plazo máximo de tres años en los casos en que la obra justificativa del contrato se prolongue más de ese tiempo. Aunque defendida por la doctrina más

prestigiosa, lo cierto es que la resolución del contrato en estos casos no casa bien ni con el carácter causal que mantiene la figura, ni con la finalidad pretendida con la fijación del plazo máximo, que no es otra que la de propiciar la adquisición de fijos de los trabajadores sujetos a este tipo de contratos.<sup>6</sup>

#### EL NUEVO TRABAJO A DISTANCIA

La reforma laboral de 2012 ha incidido también en el trabajo a domicilio, que ahora pasa a denominarse «trabajo a distancia». Para centrar las modificaciones que han tenido lugar en este terreno, merece la pena recordar que la tendencia expansiva o *vis attractiva* del Derecho del trabajo se ha materializado históricamente en determinadas propuestas del legislador, que no ha dudado en recurrir a dos vías esenciales para incluir nuevos sujetos en el Derecho del trabajo: la asimilación plena a los trabajadores asalariados y la creación de regímenes especiales. En contra de lo que pudiera parecer en un principio, la elección legislativa de uno u otro mecanismo ampliatorio no ha dependido siempre de la concurrencia o ausencia de verdaderas especialidades, sino que ha obedecido en ocasiones a razones de pura política legislativa. En consecuencia, es posible señalar supuestos, como el de los trabajadores a domicilio, que sin estar sometidos a una relación laboral especial, poseen singularidades enormemente significativas.

Concretamente, en el caso del trabajo a domicilio —constitutivo de una de las modalidades del contrato de trabajo— la atenuación de la dependencia es tal que llega a dificultar gravemente su distinción del contrato de ejecución de obra o del contrato de arrendamiento de servicios. Sin embargo, la inexistencia de una regulación específica ha conducido a que los problemas de calificación se hayan resuelto judicialmente de forma empírica mediante el recurso al sistema de indicios. Pero dicho sistema —que con carácter general presenta limitaciones evidentes como criterio definitorio de las fronteras del Derecho del trabajo, puesto que no

<sup>6</sup> Así, GOERLICH PESET, J. M. (2010), «La contratación temporal en la reforma laboral de 2010», en: I. García-Perrote; J. R. Mercader, et. al., *La reforma del mercado de trabajo*. Valladolid, Lex Nova; p. 49.

es capaz de aportar resultados definitivos— se ha revelado como particularmente ineficaz en este caso, ya que resulta imposible hallar criterios judiciales unánimes que esclarezcan cuáles de esos indicios son clave para declarar la laboralidad o no laboralidad de la relación. Por esta razón, a falta de una ordenación detallada que proteja convenientemente a estos trabajadores, se ha reivindicado, al menos, la incorporación al texto legal —intacto desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores hasta la reforma actual— de las pautas definitorias esenciales de esta modalidad del contrato de trabajo. Al respecto, se aludía, por ejemplo, a la presencia de control empresarial anterior y, sobre todo, ulterior del trabajo realizado, pese a la general ausencia de vigilancia empresarial; o a la inexistencia de libertad del trabajador para aceptar o no los encargos recibidos.

A esta reivindicación se unía, persistentemente, otra relativa a la necesidad de agregar al texto legal —teniendo presentes las indicaciones del Acuerdo Marco Europeo de 16 de julio de 2002— la regulación de los supuestos en que el «teletrabajo» configura un contrato de trabajo a domicilio. Aclaraba al respecto el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de abril de 2005 (rec. 143/2005) que teletrabajo y trabajo a domicilio no son conceptos coincidentes «porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en la que exista una vigilancia empresarial (algunas manifestaciones de trabajo *on-line*), aunque este elemento del control pudiera ser hoy menos decisivo en orden a la calificación y en cualquier caso las formas de control a través de las tecnologías informáticas no siempre son equiparables a la vigilancia tradicional, que es la que menciona el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores por referencia a los tipos también tradicionales del trabajo industrial a domicilio. Pero hay formas de teletrabajo que se ajustan al modelo de trabajo a domicilio y en este sentido la doctrina se refiere a un ‘nuevo’ contrato a domicilio vinculado a las nuevas tecnologías frente al ‘viejo’ contrato a domicilio.»

Esta segunda reivindicación es la única que asume la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012,

que justifica la modificación del tradicional trabajo a domicilio en la necesidad de «dar cabida, con garantías, al teletrabajo», debido a su capacidad de favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, de incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar. Sin llegar, probablemente, tan lejos como anuncia su Exposición de Motivos, la reforma ha mejorado técnicamente el artículo 13 del ET. Entre los cambios más destacables se encuentra la desaparición en la definición del trabajo a distancia de la referencia a la falta de vigilancia del empresario. Así, en la actualidad, el artículo 13.1 del ET, reconociendo que puede haber trabajo a distancia total o parcial, dispone que tendrá esta consideración aquel trabajo en que la prestación de la actividad laboral se realice «de manera preponderante» en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste. Otros cambios que cabe subrayar son los relativos a la supresión del documento de control; a la equiparación de derechos con los trabajadores que prestan servicios en el centro de trabajo; al reconocimiento del derecho al acceso a la formación profesional continua, a fin de favorecer la promoción profesional del trabajador a distancia; o al deber de adscripción a un centro de trabajo concreto a efectos del ejercicio de su derecho de representación colectiva.

#### *LA SUPRESIÓN DE LIMITACIONES EN EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE*

Siendo el fomento del empleo juvenil uno de los principales hilos conductores de la reforma, la Ley 3/2012 mantiene en lo esencial la regulación del contrato para la formación y el aprendizaje del Real Decreto-Ley 10/2011 que lo creó, si bien suprimiendo lo que se denominan como «limitaciones injustificadas».

El anuncio de la reforma de este contrato como medida para potenciar el empleo juvenil recuerda la capacidad de los contratos formativos para aunar dos planos: por un lado, la formación de los trabajadores, que puede ser insuficiente, bien por tratarse de trabajadores faltos de titulación, bien por

ser trabajadores que, pese a haber obtenido una titulación, carecen por completo de experiencia profesional; y, por otro lado, la inserción profesional, el acceso al mercado de trabajo. Pero, al mismo tiempo, cualquier propuesta encaminada a promocionar este tipo de contratos recuerda también que las dificultades para integrar ambas vertientes ya son tradicionales en nuestro país. En efecto, las reformas operadas desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores en el régimen jurídico del contrato para la formación (a veces denominado de aprendizaje) demuestran que, lejos de convivir pacíficamente, las finalidades formativas y las de fomento del empleo han tratado de imponerse una sobre la otra en una tensión constante. Exponentes del «triunfo» de la concepción del contrato como medida de fomento del empleo son las reformas de 1984, 1993-94 y 2001: la primera, elevó la edad máxima y amplió la duración del contrato; la segunda, entre otras cosas, aumentó de nuevo la edad para concertar el contrato y abarató los costos salariales y de la Seguridad Social de lo que denominó contrato de aprendizaje; la tercera, por fin, eliminó los límites de edad, con la inserción como único objetivo, cuando el contrato se concertase con desempleados incluidos en una serie de colectivos. La necesidad de recuperar el componente formativo del contrato ha presidido, sin embargo, las reformas de 1997 y 2006. La reforma del año 1997, en lo esencial, redujo la duración máxima del contrato —que pasa a denominarse de formación—, reguló con más detalle la obligación empresarial de proporcionar formación teórica e incrementó la protección social del trabajador en formación. La reforma de 2006 —que resulta del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo de dicho año— restableció el límite de edad, con algunas salvedades. Resulta reseñable la evidente reacción que supuso dicha reforma frente a la ampliación autorizada por la reforma de 2001. Y es que las estadísticas demostraron entonces que tal ampliación, además de suponer una «desnaturalización» del contrato, no tuvo ninguna repercusión práctica, puesto que en el período que siguió a dicha reforma los princi-

pales destinatarios de estos contratos continuaron siendo los jóvenes, los alumnos de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo, y las personas con discapacidad.<sup>7</sup>

Pues bien, resulta fácil apreciar en la creación del nuevo contrato para la formación y el aprendizaje por parte del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, una reforma perteneciente al primero de los grupos mencionados. Y más sencillo todavía resulta justificar la adscripción de la reforma de 2012 a este grupo, pues se ha limitado, como se ha indicado, a suprimir limitaciones que se entienden innecesarias. La enumeración de algunos de los aspectos de la nueva regulación del contrato para la formación y el aprendizaje ilustran suficientemente lo dicho:

En primer lugar, en cuanto al límite de edad, se permite la celebración de contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de 30 años —sin que sea de aplicación el límite máximo de edad del artículo 11.2 a) del ET— hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento (Disposición transitoria novena.1 de la Ley 3/2012). El Real Decreto-ley 10/2011, aunque permitía la concertación de estos contratos para la formación y el aprendizaje con mayores de veinticinco y menores de treinta años, establecía como fecha límite el 31 de diciembre de 2013 (Disposición transitoria segunda RD-ley 10/2011). Como segunda novedad, se permite que se acojan a esta modalidad contractual los trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo. La tercera novedad implica otra excepción a la aplicación del límite máximo de edad, que viene a añadirse a la relativa a las personas con discapacidad y a la especificada en la DA 19ª del ET. Así, según el párrafo segundo del artículo 11.2 a) ET, dicho límite máximo tampoco regirá cuando el contrato se concierte con los colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente.

<sup>7</sup> La cuestión se desarrolla en SALA FRANCO, T.; PÉREZ INFANTE, J. I.; LÓPEZ TERRADA, E. (2009), *op. cit.*, p. 227-231.

En segundo lugar, en cuanto a la duración del contrato, se eleva de dos a tres años la duración máxima legal, si bien tolerando que, mediante convenio colectivo, se establezcan distintas duraciones del contrato, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima sea inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años.<sup>8</sup> Si el contrato se concertó por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, hasta por dos veces, sin que la duración de cada prórroga pueda ser inferior a seis meses y sin que la duración total del contrato pueda exceder dicha duración máxima. Expirada la duración del contrato, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa para la misma actividad laboral u ocupación objeto de la cualificación profesional asociada al contrato, pero sí para una distinta, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad.

En tercer lugar, por lo que a la formación del trabajador se refiere, son varias las novedades a destacar. Por un lado, se reconoce la posibilidad de que el trabajador reciba la formación en la propia empresa cuando la misma disponga de las instalaciones y el personal adecuados, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de la realización de períodos de formación complementarios en uno de los centros de la red de centros de formación profesional a que se refiere la DA 5ª de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, previamente reconocido por el Sistema Nacional de Empleo. Por otro lado, se suprime la necesidad de que la actividad formativa comience en el plazo de cuatro meses desde la celebración del contrato, que constituía una protección frente a la posible acumulación del trabajo efectivo en los primeros meses del contrato para proceder a la resolución del mismo antes del comienzo de la actividad formativa. Además, tras la tramitación parlamentaria, la necesidad de justificar la formación inherente al contrato se

establece a la finalización del mismo. Del mismo modo, desaparece la obligación de que la formación permita la obtención del título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria cuando los contratos se celebren con trabajadores que no haya obtenido dicho título. Finalmente, se incrementa el límite al tiempo de trabajo efectivo: si antes era del 75 por ciento de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal, ahora es del 75 el primer año, y del 85 por ciento el segundo y tercer año.

#### *LA REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL*

La Ley 3/2012 introduce, por último, significativos cambios en el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial, por entender que constituye una de las asignaturas pendientes de nuestro mercado de trabajo, a pesar de que todavía no han entrado en vigor las modificaciones efectuadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto —lo harán el próximo 1 de enero de 2013— en materia de contrato de relevo.

Para valorar el alcance de la reforma en este punto, creo que resulta interesante considerar que, unas semanas antes de la publicación del Real Decreto-Ley, los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal habían mencionado la potenciación del trabajo a tiempo parcial indefinido como un objetivo compartido. En efecto, en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, firmado el 25 de enero de 2012, los agentes sociales se refieren a esta modalidad de contrato como «una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos». Ciertamente, en un plano teórico, resulta muy sugerente la idea de incentivar el contrato a tiempo parcial como medida alternativa a la contratación temporal. Por un lado, porque está demostrado estadísticamente que en los países de nuestro entorno con más contratación a tiempo parcial existe menos contratación temporal y viceversa. Por otro lado

<sup>8</sup> En el párrafo segundo de la DA 19ª del ET se excluye la aplicación de este límite de duración cuando los contratos se suscriban en el marco de las acciones y medidas establecidas en la letra d) del artículo 25.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

porque, puestos a ofrecer al empresario una opción atractiva a la temporalidad, no parece existir otra posibilidad más idónea que la de facilitar el contrato a tiempo parcial en cómputo anual. De esta manera, el contrato a tiempo parcial podría contribuir al intercambio entre estabilidad en el empleo por flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo, en una suerte de legalización de las «bolsas de horas» que se negocian habitualmente en los convenios de empresa con la finalidad de otorgar al empresario un mayor margen de adaptabilidad a las exigencias productivas o del mercado.<sup>9</sup> No debe olvidarse que, en esta línea, la Disposición Adicional vigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, emplazaba al Gobierno a presentar en el plazo de un año y previa discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley que incluyera, entre otras cosas, «medidas que modifiquen la regulación laboral del contrato de trabajo a tiempo parcial, en unos términos que promuevan el necesario equilibrio entre las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad, requeridas por las empresas, y las demandas de estabilidad y seguridad en el empleo, demandadas por las personas trabajadoras».

El problema es que esta idea, en realidad, ya la llevó a la práctica el legislador de 2001 con la regulación de las horas complementarias y, con toda probabilidad, fue demasiado lejos en su afán «flexibilizador» a la vista del preaviso previsto —de siete días únicamente—, o de la posibilidad de incrementar convencionalmente su número hasta el 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. Esta flexibilización excesiva permitía afirmar, antes de la reforma laboral 2012, que el contrato a tiempo parcial era un contrato realmente precario, fundamentalmente desde el punto de vista de sus principales destinatarios —mujeres y jóvenes— que quedaban privados, a pesar de ser los colectivos más necesitados de ello, de la mayor certeza en el conocimiento del horario de trabajo que resulta indispensable para compatibilizar el trabajo con otras actividades personales y profesionales.<sup>10</sup>

La reforma no parece compartir este punto de vista pues, incidiendo en el proceso iniciado en 2001, añade a la posibilidad de realizar horas extraordinarias por fuerza mayor en los contratos a tiempo parcial, la de efectuar horas extraordinarias voluntarias. El objetivo, según se deduce de lo dispuesto en la Exposición de Motivos, es equiparar el nivel de contratación a tiempo parcial al del resto de países de la Unión Europea, por entender que constituye un mecanismo relevante en la organización flexible del trabajo, en la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades personales y profesionales de los trabajadores y en la redistribución del empleo. Para ello, se admite la comentada realización de horas extraordinarias en los contratos a tiempo parcial, si bien incluyéndolas en la base de cotización por contingencias comunes con la intención de buscar un mayor equilibrio entre flexibilidad y protección social. El nuevo artículo 12.4 c) del ET aclara, a este respecto, lo siguiente: primero, el número de horas extraordinarias que se podrá realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada; segundo, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial; tercero, las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones. Este último aspecto se desarrolla, a su vez, en la Disposición final quinta apartado 7 de la ley, que incorpora un nuevo apartado 3 en la Disposición adicional séptima de la LGSS. En él se reconoce expresamente, entre otros extremos, que las remuneraciones percibidas por horas extraordinarias en los contratos de trabajo a tiempo parcial, sean o no motivadas por fuerza mayor, se tomarán en cuenta para la determinación de la base de cotización tanto por contingencias comunes como profesionales. Como es sabido, hasta ahora, las remuneraciones correspondientes a las horas extraordinarias por fuerza mayor —únicas que cabía realizar— no computaban para determinar la base de cotización por contingencias comunes.

<sup>9</sup> SALA FRANCO, T.; PÉREZ INFANTE, J. I.; LÓPEZ TERRADA, E. (2009), *op. cit.*, p. 223-224.

<sup>10</sup> SALA FRANCO, T.; PÉREZ INFANTE, J. I.; LÓPEZ TERRADA, E. (2009), *op. cit.*, p. 223-224.

Pues bien, por mucho que esta inclusión de las horas extraordinarias en la base de cotización por contingencias comunes favorezca la protección social del trabajador a tiempo parcial, resulta evidente que la medida estudiada pretende propiciar, ante todo, la flexibilidad en la organización del trabajo, aunque ello se haga a costa de despojar a esta modalidad contractual de sus otras capacidades como mecanismo de adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades profesionales y personales de los trabajadores y como mecanismo de redistribución de empleo. Las horas extraordinarias constituyen, efectivamente, un mecanismo contrario al reparto de empleo, pero indudablemente eficaz para adaptar de manera flexible la ordenación del tiempo de trabajo. Su actual ordenación en el Estatuto de los Trabajadores refuerza dicha virtualidad, en la medida en que, por ejemplo, ni existen límites numéricos inferiores al tope anual, ni se incluyen en el cómputo las compensadas mediante descansos en los cuatro meses siguientes a su realización ni las realizadas para prevenir siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes.<sup>11</sup> Se trata de una regulación, además, más permisiva aún que la de las horas complementarias en cuanto a su fijación y exigencia empresarial, pues el artículo 35.4 del ET consiente que, por convenio colectivo o contrato individual de trabajo se pacte que su realización sea obligatoria. Al menos, en el caso de las horas complementarias existe la obligación legal de anunciar su exigencia con antelación, aunque sea mínima, y se requiere un pacto escrito, según modelo oficial, que puede quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde la celebración del contrato, cuando concurren circunstancias relacionadas con la atención de responsabilidades familiares del trabajador o con sus necesidades formativas o profesionales (artículo 12.5 ET). Por tanto, la reforma ahonda en la pérdida de certeza en cuanto al conocimiento del horario a realizar y permite que la jornada finalmente desarrollada por el trabajador a tiempo parcial sea realmente elevada mientras

respete el límite legal del trabajo a tiempo parcial, es decir, mientras sea inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable o a la jornada ordinaria aplicable por convenio en la empresa o a la máxima legal ordinaria de cuarenta horas semanales en promedio en cómputo anual (artículo 12.1 ET). Se priva así, definitivamente, a los destinatarios de este tipo de contrato de cualquier expectativa de compatibilizar trabajo con otras actividades profesionales o personales.

Hay que observar, además, que la reforma tampoco trata de reforzar la concepción del contrato a tiempo parcial como un intercambio entre estabilidad y flexibilidad que la Ley 27/2011 o los agentes sociales insinuaban: como la ley no distingue, a diferencia de lo que sucede con las horas complementarias, las horas extraordinarias podrán realizarse también si se trata de un trabajador a tiempo parcial contratado temporalmente. En este supuesto, para determinar el número de horas extraordinarias que se pueden realizar, habrá que tener en cuenta esta doble condición de trabajador a tiempo parcial y trabajador temporal, pues el artículo 35.2 del ET ordena al respecto que «para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas».

#### IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

A modo de conclusión final, cabría destacar que, a día de hoy, la regulación de las modalidades de contratación en nuestro país se caracteriza por ser una normativa plagada de situaciones de derecho transitorio, de especial intensidad y complejidad en algunos casos como el del contrato para la formación y el aprendizaje —reformado en 2010, 2011 y 2012—, o el de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales del artículo 15.5 del ET.

Con todo, la falta de seguridad jurídica no es el aspecto más preocupante del actual panorama re-

<sup>11</sup> Así lo entiende GARCÍA RUBIO, A. (2008), «Ampliación de jornada: horas extraordinarias y horas complementarias», en: J. M. Goerlich, *et. al.*, *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; p. 213.

gizador de las modalidades de contratación. Y es que, aunque no es fácil asegurar si las innovaciones en la materia contribuirán a establecer «las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así, generar la confianza necesaria para los mercados y los inversores», sí resulta sencillo advertir su potencial como mecanismo de intensificación de la precariedad laboral.

Este resultado se advierte, además, seguramente con la única excepción del trabajo a distancia, en las distintas reformas efectuadas.

Así, antes de la reforma, resultaba posible relativizar la alta tasa de temporalidad española respecto a la media comunitaria teniendo en cuenta que los contratos indefinidos en ciertos países europeos carecían de estabilidad o fijeza en cuanto gozaban de menor protección frente al despido improcedente que los contratos temporales españoles. Ahora, en nuestro país, se crea un nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores con un período de prueba de un año «en todo caso» en el que la estabilidad también es solo aparente. Por tanto, la reforma importa esa misma falta de estabilidad o fijeza de los contratos indefinidos existente en algunos países europeos, pero sin asentar los elementos necesarios para reducir la alta tasa de temporalidad «endémica» española, derivada de una «adicción empresarial» a la temporalidad muy difícil de erradicar.<sup>12</sup> Parece claro, en todo caso, que la falsa estabilidad del nuevo contrato de emprendedores, unida al resurgimiento de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales, puede conducir a un muy poco deseable aumento de la rotación de trabajadores en el mismo puesto de trabajo.

La precariedad aumenta también, por otra parte, en los contratos para la formación y el aprendizaje. En este supuesto, sin embargo, las alarmantes cifras de desempleo juvenil quizá autoricen en parte el refuerzo de la concepción del contrato como medida de fomento del empleo, si bien se corre

el riesgo de que la finalidad de inserción laboral desdibuje la vertiente formativa hasta el punto de «desnaturalizar» estos contratos. La gravedad de la situación actual justifica, concretamente, a mi juicio, la concesión de reducciones en las cuotas a la Seguridad Social en contrataciones iniciales, a pesar de ser una medida contraria al objetivo de la estabilidad en el empleo. La inserción laboral permanente para los colectivos afectados por estos contratos justifica, por su parte, la existencia de reducciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social en caso de producirse el tránsito a contrataciones indefinidas.

El reconocimiento de horas extraordinarias voluntarias en el contrato a tiempo parcial —que podría decirse que «ha hecho buena» la regulación de las horas complementarias— constituye, finalmente, otro caso de incremento de la precariedad laboral. Resulta especialmente lamentable en este caso que no se hayan atendido las recomendaciones que para la consecución de una ordenación flexible del tiempo de trabajo efectuaron los firmantes del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (CEOE-CEPYME, UGT y CCOO). Como medidas de flexibilidad ordinaria se consideraba como principio general la distribución irregular de la jornada, a fin de evitar en lo posible las horas extraordinarias o la contratación temporal, admitiendo que los convenios colectivos deberían facilitar que el empresario pueda distribuir irregularmente un 10 por 100 de la jornada anual ordinaria aplicable, o que el empresario disponga de una bolsa de cinco días (40 horas) al año que podrá alterar en la distribución prevista en el calendario anual.<sup>13</sup> Incluso, entre las medidas de flexibilidad extraordinaria se habla de la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada más allá del 10 por 100 o de modificar el calendario laboral por encima de la bolsa de horas, con una serie de condicionamientos como la existencia de razones justificativas o la imposibilidad de aumentar la jornada anual aplicable.

<sup>12</sup> SALA FRANCO, T.; PÉREZ INFANTE, J. I.; LÓPEZ TERRADA, E. (2009), *op. cit.*, p. 213 y 226.

<sup>13</sup> Si bien con carácter acumulativo al reconocimiento de las horas extraordinarias en el tiempo parcial, la reforma ha incorporado, finalmente, al artículo 34.2 del ET la posibilidad de que, en defecto de pacto, la empresa distribuya de manera irregular a lo largo del año el 10% de la jornada de trabajo.

De haberse optado por medidas como las descritas, consensuadas por los agentes sociales, probablemente se habría logrado favorecer la organización flexible del trabajo, sin necesidad de recurrir a un mecanismo contrario al reparto de empleo y extraño al trabajo a tiempo parcial como son las horas extraordinarias.