

UN PROCESO DE CAMBIO CONTINUO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO: (OTRAS) DOS NUEVAS REFORMAS ESTRUCTURALES REAL DECRETO-LEY 16/2013 Y REAL DECRETO-LEY 3/2014

Antonio José VALverde Asencio

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras Clave: Reforma; tiempo parcial; jornada; cotización; fomento de empleo

Insertos en el que parece un proceso continuo de reformas que afectan a aspectos principales de la relación de trabajo, dos nuevas normas han aparecido en algo más de dos meses. Y aún entre ellas, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014 introduce también reformas importantes. En el presente artículo se plantean los aspectos más importantes de las modificaciones introducidas tanto por el Real Decreto-Ley 16/2013 como por el Real Decreto-Ley 3/2014. El primero, lejos de incorporar meros ajustes normativos tal como declara su exposición de motivos, incluye modificaciones sustanciales que afectan fundamentalmente a aspectos del tiempo de trabajo: contrato a tiempo parcial y distribución irregular de la jornada. Pero también a otros aspectos esenciales como el régimen de cotización o distintos aspectos en materia de régimen de contratos. Por su parte, el Real Decreto-Ley 3/2014 incorpora una nueva medida de fomento que modifica los criterios y dinámicas precedentes y que concurren con otras medidas precedentes. Se incorpora por primera vez un criterio nuevo, denominado tarifa plana, en lo que es más un término comercial que jurídico.

ABSTRACT

Keywords: Reform; part time; working time; contributions; promotion of employment

Inserts in which seems to be a continuous process of reforms that affect major aspects of the employment relationship, two new standards have appeared in two months. And even among them, the law of the State budgets for 2014 also introduces important reforms. In this article, there are the most important aspects of the modifications introduced by the Royal Decree-Law 16/2013 as by the Royal Decree-Law 3/2014. The first, far from entering mere regulatory settings such as he declares his explanatory statement, includes substantial amendments that mainly affect aspects of working time: part-time contract and irregular distribution of hours. But also other essential aspects, such as the contribution regime or various aspects of contract regime. For its part, the Royal Decree-Law 3/2014 incorporates a new building measure amending the criteria and preceding dynamics and that concur with previous measures.

ÍNDICE

1. Introducción
2. Una Presentación del real decreto-ley 16/2013: Más que Meros AJustes norMAtivos
3. Una nueva Modificación (sustAnciAl) del régiMen Jurídico del contrato A tiempo PArciAl
 - 3.1. Mayor flexibilidad para conseguir una mayor utilización del trabajo a tiempo parcial. Aspectos generales de la modificación del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial
 - 3.2. Nuevos criterios sobre la distribución de la jornada
 - 3.2.1. La especi?cación en el contrato de trabajo del “modo de distribución según lo establecido en el convenio colectivo”
 - 3.2.2. La supresión de la referencia a jornada partida y jornada continuada en el nuevo art. 12.4.b)
 - 3.3. Prohibición de realización de horas extraordinarias y nueva regulación del pacto de horas complementarias
 - 3.3.1. Se amplían los supuestos en que se permite el pacto de horas complementarias
 - 3.3.2. Se flexibiliza el régimen jurídico de las horas complementarias
 - 3.3.3. Se introduce un nuevo supuesto de ampliación de la dedicación: las horas complementarias de aceptación voluntaria (en contratos indefinidos a tiempo parcial)
 - 3.3.4. Y, ?nalmente, se instauran nuevas obligaciones formales sobre horas realizadas por los trabajadores a tiempo parcial
 - 3.3.5. En conclusión, se modi?ca de forma sustancial el régimen del contrato a tiempo parcial y se establece un nuevo régimen transitorio
 - 3.4. Nuevas medidas de fomento de la contratación a tiempo parcial: reducción de cotizaciones por desempleo y permisión del contrato de fomento de emprendedores a tiempo parcial
 - 3.5. Supresión de las preferencias sobre conversión de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo y viceversa
4. Una Modificación del régiMen de distribución irregular de la Jornada PreVista (con carácter supletorio) en el Art. 34.2 del et: ¿una norma Acclaratoria?
5. Modificaciones en Materia de régiMen de las Modalidades de contratos de trabajo
 - 5.1. Duración del periodo de prueba en supuestos de contratos de duración determinada
 - 5.2. Se amplía a los contratos en prácticas la posibilidad de contratación a través de ETT
6. Otras Modificaciones PreVistas en el rdl 16/2013
7. EsPecíficamente, sobre las Modificaciones en Materia de cotización A la seguridad social. En Particular, la Modificación del Art. 109 de la Igss
8. El real decreto-ley 3/2014: una (nueva) Actuación sobre el régiMen de cotización como Medida de fomento de empleo
 - 8.1. Una nueva medida de fomento de empleo no concordante con medidas anteriores
 - 8.2. El régimen jurídico de esta reducción de cotizaciones por contratos indefinidos
 - 8.2.1. Contenido y objeto de la reducción de cotizaciones
 - 8.2.2. Requisitos para acceder a la reducción
 - 8.2.3. Supuestos excluidos de la medida
 - 8.2.4. Efectos y dinámica de la medida
9. Reflexión final

1. INTRODUCCIÓN

Dos normas recientes se han sucedido con el objetivo de impulsar el crecimiento del empleo o la estabilización de dicho crecimiento (siempre en palabras del Gobierno como legislador urgente). Ante el evidente problema que suponen unas tasas de desempleo inasumibles para cualquier mínima cohesión social, el Gobierno intenta dar una serie de soluciones que en estos casos se deñen, bien como meros ajustes menores de una serie de reformas estructurales previas (fundamentalmente centradas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), o bien como medidas urgentes adicionales de fomento de la contratación. No obstante, en uno y otro caso, y es cierto que con diferencias evidentes, se continúa en una labor de adopción de medidas sucesivas siempre declaradas urgentes y aprobadas por decreto ley que conforman reformas sustanciales del mercado de trabajo.

Como decimos, hay diferencias evidentes entre las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2013 y las dispuestas en el Real Decreto-Ley 3/2014. En el primero nos encontramos con una nueva modificación de las normas laborales básicas, afectando, pese a lo dicho en su propia exposición de motivos, a aspectos esenciales de la misma. En el segundo nos encontramos con normas más coyunturales pero de amplio calado, ya que afecta a una determinada concepción del régimen de cotización de la seguridad social (justo, quizá, en un sentido contrario al dispuesto en la reforma del art. 109 de la Ley General de la Seguridad Social que recoge el primer decreto ley de los citados y distinto de los criterios de fomento de empleo precedentes).

En todo caso, y antes de entrar en el análisis jurídico de estas modificaciones, es evidente que el régimen jurídico del mercado de trabajo en nuestro país adolece claramente de la estabilidad necesaria. Se suceden las reformas y las modificaciones; y ello no aporta un elemento necesario de seguridad jurídica¹. Se suceden, al tiempo, regímenes transitorios que afectan a aspectos tan esenciales como el régimen jurídico de los contratos de trabajo y se suceden medidas de fomento de empleo cuya coherencia o interrelación puede cuestionarse. Así se puede producir una evidente confusión aplicativa en aspectos elementales que requerirían, más que un ajuste constante o más que medidas coyunturales que se modifican continuamente, un debate sosegado que contribuyera a una deseada estabilidad normativa de nuestro mercado laboral y de nuestro sistema de relaciones laborales.

¹ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde hablan, respecto del Real Decreto-Ley 16/2013, de una "tercera generación de reformas estructurales en materia laboral y de Seguridad Social". "Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre). Relaciones Laborales nº 2, 2014; pág. 2. Asimismo hablan de "un tejer y destejer caracterizador de la tensión reformista instalada en nuestro ordenamiento laboral" (op. cit. pág. 4).

2. UNA PRESENTACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 16/2013: MÁS QUE MEROS AJUSTES NORMATIVOS

Son ya varias las veces que se modificó el Estatuto de los Trabajadores tras la importante reforma de 2012. El concepto de “ajustes menores” empleado en la propia justificación de la reforma introducida ahora apunta a un modo de legislar en sí misma criticable. Parece que el Gobierno, como recurrente legislador de urgencia, acude a un modelo de ensayo-error en la conformación de aspectos esenciales del Derecho del Trabajo que se hacen depender no ya de la coyuntura económica sino de los pretendidos efectos inmediatos que, a su juicio, debe procurar cada reforma normativa.

Difícilmente, además, se puede admitir la necesidad urgente que justificaría legislar, de nuevo, por decreto ley. Desde la perspectiva de una deseable estabilidad normativa, habría que cuestionar la sucesión de reformas de aspectos esenciales del Derecho del Trabajo y de sus instituciones. Aunque la doctrina del Tribunal Constitucional avalara esta posibilidad (como lo ha hecho con el Real Decreto-Ley 3/2012²), qué duda cabe que, desde una perspectiva de oportunidad al menos, debería cuestionarse esta forma de legislar, que aporta, más que adecuación a una coyuntura económica y social sin duda muy difícil, incertidumbres en la conformación de un marco jurídico que también demanda, como decimos, estabilidad y respeto a los procedimientos legislativos ordinarios³.

En todo caso, como apuntamos, es difícil admitir acríticamente que estemos ante una reforma que incorpore meros “ajustes menores en la normativa laboral”, tal como destaca la exposición de motivos.

² Auto del Tribunal Constitucional 43/2014, de 12 de febrero de 2014. Como afirma el mismo en relación con este tema “la apreciación de la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno en primer término y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario, no siendo posible un control por parte de este Tribunal de esa valoración que permita una revisión de fondo del juicio político, más allá de la constatación de que no se trata de una decisión abusiva o arbitraria” (cita, en este sentido pronunciamientos anteriores como el auto 179/2011, de 13 de diciembre, o las sentencias 332/2005, de 15 de diciembre; 170/2012, de 4 de octubre; o, 237/2012, de 13 de diciembre. De esta forma, como sigue afirmando el Tribunal Constitucional, el control externo que compete al mismo alcanza exclusivamente a la constatación de dos exigencias: “a) por un lado, el requisito de que la definición por los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad ‘sea explícita y razonada’,...”; y, “b) la necesidad de que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar”. En todo caso, es interesante el argumento del voto particular planteado por el magistrado prof. Valdés Dal Ré, que niega la concurrencia de razones de extraordinaria y urgente necesidad en términos similares a los defendidos en este trabajo.

³ Una acertada crítica a esta forma de legislar de urgencia, destacando el “escepticismo” que provoca Sempere Navarro y San Martín Mazzuconi; “Contenido socio laboral del RD Ley 16/2013 y de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre”; Aranzadi Social nº 11/2014, parte Tribuna –westlaw-”.

Antes al contrario, creemos que nos encontramos ante una reforma trascendente, que altera el régimen jurídico de condiciones básicas de trabajo (como es nada más y nada menos que la gestión del tiempo de trabajo, como concretamente el régimen de distribución irregular de la jornada); que apuesta por un incremento de las posibilidades de disponibilidad del trabajador en el contrato a tiempo parcial hasta casi poder duplicar la dedicación inicialmente pactada; un contrato a tiempo parcial que se fomenta también de duración determinada (ampliando a estos supuestos el pacto de horas complementarias) y que se extiende a modalidades contractuales hasta el momento vedadas para el mismo (contrato de apoyo a emprendedores). El que con la misma concurren aspectos relativamente más técnicos, como el nuevo tratamiento –supletorio– de la duración del período de prueba para los contratos de duración determinada inferior a seis meses, la regulación del requisito de procedencia de otro sector de actividad en el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa o, más concretos pero también sustanciales, como el incremento de la edad en que los menores pueden dar lugar a la reducción de jornada por guarda legal o la ampliación a los supuestos de contratos en prácticas los casos en que se permite el contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal no permite que se concluya con que estamos ante una modificación menor. Se trata, como decimos, de una reforma importante, centrada en aspectos diversos pero básicos, que seguramente hubieran requerido una mayor estabilidad en su tratamiento normativo y una mayor consideración que los alejara de este concepto de mero ajuste menor al que acude, para su justificación, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 16/2013.

3. UNA NUEVA MODIFICACIÓN (SUSTANCIAL) DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

3.1. Mayor flexibilidad para conseguir una mayor utilización del trabajo a tiempo parcial. Aspectos generales de la modificación del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial

La exposición de motivos del Real Decreto-Ley 16/2013 declara la opción del Gobierno por el fomento del contrato a tiempo parcial “como una importante vía de ingreso en el mercado de trabajo y de transición hacia el trabajo a tiempo completo y la contratación indefinida, respectivamente”.

Independientemente de las opiniones que puede merecer esta comprensión del contrato a tiempo parcial⁴, lo cierto es que el Gobierno como legislador ur-

⁴ Sobre la utilidad del contrato a tiempo parcial, vid. Miñarro Yanini; “El contrato a tiempo parcial tras sus últimas reformas: la flexibilidad rayana en la distorsión de su esencia”. *Relaciones Laborales* n.º 3/2014; pág. 44.

gente insiste en el fomento de esta ?gura sobre bases anteriormente ya puestas de mani? esto (la escasa utilizaci3n comparada de esta ?gura en nuestro pa3s⁵) pero con un matiz algo novedoso. No se trata de fomentar el trabajo estable, aun a tiempo parcial, sino de ampliar las posibilidades de esta modalidad de trabajo en aquellos supuestos originalmente no previstos (contrato de apoyo a emprendedores), en supuestos m3s precarios (contratos a tiempo parcial temporales) y de incrementar los criterios de flexibilidad (fundamental y precisamente en materia de tiempo de trabajo). De ah3 que, fundament3ndose en la situaci3n de desempleo, se opta por f3rmulas de mayor flexibilidad (alguien podr3a denominar precariedad) en la idea declarada de que puede servir de transici3n futura hacia el trabajo a tiempo completo y la contrataci3n indefinida que sigue pareciendo, l3gicamente, deseable.

Para el Gobierno, “el trabajo a tiempo parcial es un mecanismo que otorga al empresario flexibilidad en el tiempo de trabajo” y en ello se incide a3n m3s en una evoluci3n de la regulaci3n de los criterios de disponibilidad del trabajador que llega hasta un m3ximo de discrecionalidad por parte del empresario; “a la par que posibilita al trabajador conciliar la vida laboral y personal y compatibilizar trabajo y formaci3n”⁶, conciliaci3n y compatibilidad dif3ciles, sin duda, si la base de la reforma se plantea, de nuevo, sobre un incremento de las posibilidades de disponibilidad del trabajador.

Los aspectos fundamentales de la reforma del contrato a tiempo parcial se centran principalmente en incrementar la flexibilidad del r3gimen de dedicaci3n y de distribuci3n del tiempo de trabajo (de la gesti3n del tiempo de trabajo en los t3rminos que utiliza la exposici3n de motivos)⁷. Otra vez se incide en este aspecto, modi?cando criterios incorporados en la Ley 3/2012, seguramente porque la regulaci3n derivada de aquella norma creaba elementos de incertidumbre excesivos. Adem3s, como decimos, se ampl3an dichas medidas a contratos temporales a tiempo parcial, lo que es recurrente con la rebaja de las cotizaciones del contrato a tiempo parcial temporal, o la permis3n del contrato de apoyo de emprendedores tambi3n con dedicaci3n parcial.

La propia exposici3n de motivos de este Real Decreto-Ley just3fica en dos motivos fundamentales la menor utilizaci3n del contrato a tiempo parcial en nuestro pa3s. En primer lugar, en un aspecto que entiende resuelto, por la menor protecci3n social que de hecho conllevaba (insistimos, resuelto a juicio del

⁵ Cada vez m3s aproximada, por otra parte. Confr. a este respecto las estadísticas de Eurostat. <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tps00070>.

⁶ Confr. Miñarro Yanini; op. loc. cit.

⁷ Cambiando, en el sentido que ha destacado la doctrina, la propia concepci3n del contrato a tiempo parcial a una “modalidad de organizaci3n flexible del tiempo de trabajo”. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Vald3s Dal-R3 y Casas Baamonde; “Contrataci3n...”; cit. p3gs. 10 y ss.

legislador urgente con el Real Decreto-Ley 11/2013 y ahora, tras la tramitación de aquél como proyecto de ley, con la Ley 1/2014). En segundo lugar, por el hecho de que, “desde la perspectiva empresarial, el régimen laboral del contrato a tiempo parcial no ha incorporado los suficientes elementos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo”.

Por ello, se centran en este último aspecto los elementos fundamentales de esta nueva reforma, que, como decimos, abandona criterios precedentes sobre los que se había basado este mismo objetivo (la permisión de realización de horas extraordinarias, de nuevo prohibidas) y opta por el pacto de horas complementarias como mecanismo de flexibilización en la gestión del tiempo de trabajo (que descansa, principalmente, en el incremento de la disponibilidad del trabajador).

La reforma del régimen del contrato a tiempo parcial conlleva una nueva redacción completa de los apartados 4 (régimen jurídico) y 5 (pacto de horas complementarias) del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores. Se centra en aspectos concretos, aunque, eso sí, esenciales que afectan a la conformación misma del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial.

3.2. Nuevos criterios sobre la distribución de la jornada

En la Ley 3/2012 se había optado por la permisión de realización de horas extraordinarias. En ella se centraba la pretendida mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial; más en las posibilidades de distribución que en el propio incremento de dedicación dado que el mecanismo de compensación de horas extraordinarias incidía fundamentalmente en esta comprensión.

Ahora, el legislador urgente opta por las horas complementarias como mecanismo de flexibilidad; un mecanismo que, consecuentemente, favorece una mayor disponibilidad del trabajador a tiempo parcial (quizá excesiva en los límites máximos que autoriza a la negociación colectiva). Con este criterio pretende fomentar la contratación laboral, aunque con una fórmula que crea, sin duda, mayor incertidumbre en aspectos básicos como la dedicación, la distribución horaria, la conciliación y el salario, que siempre dependerá del trabajo solicitado.

Siendo esta la opción del legislador, formalmente la flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo parece haberse quedado en la parte complementaria de la jornada, que queda a disposición del empresario y cuya ejecución puede solicitar con menores requisitos (de preaviso fundamentalmente).

Por ello, adquieren importancia los criterios generales sobre distribución del tiempo de trabajo en la parte ordinaria de la jornada pactada (la referida a horas complementarias dependerá de la decisión empresarial conforme a los

requisitos de preaviso, más laxos, dispuestos). Veamos a continuación estos aspectos.

3.2.1. La especificación en el contrato de trabajo del “modo de distribución según lo establecido en el convenio colectivo”

El Real Decreto-Ley 16/2013 incorpora una nueva regla sobre formalización del contrato a tiempo parcial (art. 12.4.a). En dicha norma se sigue diciendo que “en el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, al mes o al año contratadas”, pero en esta nueva redacción se añade una nueva coetilla que alude a la necesidad de especificar el modo de distribución de la jornada según lo previsto en convenio.

La evolución de cómo debe reflejarse la distribución del tiempo de trabajo en la formalización del contrato a tiempo parcial ha sido una cuestión recurrente desde la inicial reforma del Real Decreto-Ley 15/1998, que dispuso un criterio concreto y estricto. Tal como disponía el art. 12.4.a) en la redacción dada por el mismo, en el contrato de trabajo deberían figurar “el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios”.

Sin embargo, la Ley 12/2001, además de modificar sustancialmente el concepto precedente de contrato a tiempo parcial –que subsiste hasta hoy–, flexibilizaba tal exigencia inicial. A partir de esta reforma, la norma solo incorporaba una referencia a la distribución como contenido del contrato formal (“en el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución”). Se hacía, pues, una alusión de carácter general, menos tangible, que pretendía, sin duda, aportar flexibilidad al empresario a la hora de precisar cuándo se llevaría a cabo la prestación de servicios por parte del trabajador.

Así se mantuvo la redacción de este apartado a) hasta ahora, aunque, evidentemente, la reforma de 2012 acudía a otros mecanismos indirectos de flexibilidad en la distribución de la jornada que incrementaban las iniciales posibilidades del empresario. La permisión de realizar horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial o la aplicación de los criterios generales de distribución irregular que pasaba a regular en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores incidían en ello y relativizaban con claridad, como hemos dicho, la importancia de cualquier referencia a los criterios de distribución de la jornada.

Ahora, desaparece la posibilidad de realizar horas extraordinarias y puede adquirir más importancia cualquier referencia a los criterios de distribución de la jornada (aun cuando se mantenga la posibilidad de admitir la aplicación de los criterios de distribución irregular previstas en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores). Y, además, aparece una nueva mención dentro de los requisitos

de formalización del contrato que exige que en el contrato figure “el modo de distribución” vinculándola, además, a lo previsto en el convenio colectivo (“según lo previsto en convenio colectivo”).

¿Qué significado tiene esta mención?, ¿qué intención tiene el legislador cuando la incorpora?

Sin duda, esta mención ha de contemplarse en el contexto general de reforma o modificación del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial; fundamentalmente con respecto al cambio que supone que los mecanismos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo oscilen desde de la permisión de horas extraordinarias a la ampliación de supuestos en que se permite el pacto de horas complementarias.

En cualquier primera aproximación parecería que dicha alusión implica una mayor concreción con respecto la norma precedente y puede llamarnos la atención, dada la intención declarada de ofrecer una mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo; por eso, sin duda, cobra interés saber qué ha de entenderse, a estos efectos, por “modo de distribución”, cómo puede interpretarse y, además, cuál es el sentido de esta remisión al convenio colectivo.

Varias son las posibilidades de aproximación a la cuestión.

Desde una perspectiva literal, si atendemos a la definición de “modo” del diccionario de la Real Academia Española nos encontramos que, respectivamente en sus dos primeras acepciones, modo se define como “aspecto que ante el observador presenta una acción o un ser”; o “procedimiento o conjunto de procedimientos para realizar una acción”. Por tanto, podría interpretarse tal referencia en un doble sentido. O bien se trata de la descripción de cuál es la distribución de la jornada prevista en el contrato (con un grado de concreción relativo dado que el mismo se puede entender remitido al convenio colectivo); o bien se alude al procedimiento o a los criterios en que pudiera establecerse dicha distribución (en su caso, igualmente conforme lo previsto en el convenio).

Sin perjuicio de análisis más detenidos, (sólo) algún convenio, como el convenio colectivo estatal de grandes almacenes⁸, incorpora una dicción muy similar a la ahora contenida en el art. 12.4.a), cambiando el término “modo” por “criterio”, y recoge criterios indicativos sobre cuándo se exigirá la prestación de servicios de los trabajadores a tiempo parcial.

Conforme dice dicho convenio colectivo, en su artículo 9 (para un sector donde puede tener especial incidencia esta modalidad contractual⁹), “se espe-

⁸ BOE 22 de abril de 2013.

⁹ Conf. a estos efectos las estadísticas del INE sobre ocupados por rama de actividad y dedicación para 2012. El 17,7 por ciento de las mujeres ocupadas lo eran a tiempo parcial en el comercio; el 15,2 de hombres (en este caso sí superado por la industria manufacturera). En el caso de la mujer, el 13,5 era el porcentaje de dedicación a tiempo parcial en el siguiente sector donde se daba esta dedicación con mayor incidencia: servicios sanitarios y servicios sociales. La incidencia, pues, es evidente.

ci?cará en los contratos de trabajo a tiempo parcial el número de horas al día, a la semana, al mes, o al año contratadas, así como los criterios para su distribución en los términos previstos en el presente Convenio”. Y añade: “A título indicativo se podrán establecer en el contrato franjas horarias con carácter general, entendidas como los periodos en los que es exigible la prestación de trabajo ordinario y, en su caso, las horas complementarias. A tal efecto podrán tener la consideración de franja horaria los turnos de referencia horaria que puedan establecerse con carácter general en el ámbito de empresa”¹⁰.

Como puede comprobarse, este convenio, anterior obviamente a la reforma que estamos comentando, encaja perfectamente en el contenido de la nueva previsión legal. Hasta tal punto que parece ser referente de la misma.

Sin embargo, en este mismo sector (comercio) los convenios más recientes no tienen una referencia como ésta¹¹. De esta manera, parece que el legislador ha reñejado una visión exclusivamente sectorial (de determinado subsector además) al que, por otra parte, y vistos sus antecedentes, parece estar destinada toda la modificación del régimen del contrato a tiempo parcial¹².

De cualquier forma, y sin perder de vista estas consideraciones, la referencia al “modo de distribución” incorpora dudas sobre cuál deba ser su concreción a la hora de la formalización del contrato a tiempo parcial, no pareciendo coherente con la posición del legislador que se exija una completa especificación de los criterios de jornada.

En una interpretación sistemática y de conjunto, entendemos que la referencia al “modo de distribución” debe entenderse como el criterio que puede utilizarse para la determinación del tiempo de trabajo, incluyendo, en su caso, el primer criterio empleado en la distribución general de la jornada en relación a su periodo de referencia (horas al día, horas al mes o al año; o lo que es igual, distribución horizontal o vertical). Y en este sentido habría que entender la remisión al convenio, en la medida en que éste pudiera establecer criterios al respecto.

Pero hay otro elemento que creemos importante tener en consideración. La referida opción por el pacto de horas complementarias como mecanismo de

¹⁰ Además de establecer criterios indicativos para la realización de horas complementarias. Según dispone: “No será exigible la realización de horas complementarias cuando no vaya unida al inicio o fin de la jornada ordinaria, y sólo será posible una interrupción (nunca mayor de cuatro horas) si la jornada efectivamente realizada tal día es superior a cuatro horas. Sólo será exigible la realización de horas complementarias en días en los que no esté planificada jornada ordinaria para un mínimo de cuatro horas continuadas y siempre dentro de la franja contratada”.

¹¹ Por ejemplo, Convenio colectivo de Eroski (BOE 7 de marzo de 2012), Convenio del Grupo Champion (BOE 30 de enero de 2012) por citar alguno de los más importantes convenios de empresa del sector.

¹² Ya la modificación de 2001 fue directa e inmediatamente incorporada en este convenio (BOE 10 de agosto de 2001).

Àexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo (en detrimento del precedente, la realización de horas extraordinarias) pone el énfasis en la disponibilidad del trabajador en la ampliación posible de su dedicación (y sobre este añadido de dedicación se aplicarían los criterios de Àexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo –que, con los requisitos previstos, ahora por cierto menos rigurosos, corresponde en su iniciativa exclusivamente al empresario-). Pero este instrumento, la realización de horas complementarias, requiere cierta dosis de determinación previa de la distribución inicial de la jornada de trabajo comprometida. En caso contrario, con una absoluta libertad de distribución del tiempo de trabajo comprometido, puede tener dificultades discernir entre incremento de la dedicación y distribución irregular de la jornada; como por otra parte ocurría con claridad en la difícil distinción entre horas extraordinarias y mecanismos de distribución irregular (lo que sigue planteándose respecto al régimen del contrato a tiempo completo y que pretende solventar –aunque con una solución discutible como diremos- la propia modificación del art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores).

Por ello, entendemos que la referencia implica, *a priori*, cierto grado de determinación previa de la distribución de la jornada; al menos, desde una perspectiva descriptiva sobre la distribución previa del tiempo de trabajo comprometido que permita cierta concreción en el sentido que expone el convenio citado y que, al tiempo, ayude a discernir cuándo puede exigirse al trabajador la realización de horas complementarias pactadas¹³.

Es cierto que por el propio contexto de las últimas reformas laborales (incluida la que comentamos) no parece concordante con que el legislador haya pretendido establecer una concreción absoluta que aportara certidumbre definitiva sobre la distribución del tiempo de trabajo comprometido. Los ele-

¹³ Esta dificultad siempre se puede plantear. Es recurrente sea cual sea el mecanismo de incremento de dedicación. Pero, desde la dinámica del pacto de horas complementarias y teniendo en cuenta su similitud con la prevista para los mecanismos de distribución irregular de la jornada del art. 34.2, sería apropiado partir de cierta definición previa de cuál es la distribución de la jornada comprometida en el contrato a tiempo parcial. Una definición previa que sirva de base mínima imprescindible sobre la que calcular o aplicar el incremento de dedicación que puede derivar del compromiso de disponibilidad establecido en el pacto de horas complementarias.

^{En} todo caso, es obvio que la dicción legal incorpora elementos de incertidumbre, tanto en su interpretación posible como en su aplicación efectiva o concreta. La falta de contenido del convenio al respecto (como, por otra parte, parece habitual) puede incidir en ello.

^{Si} el referente que encontramos es la regulación que contiene algún convenio como el citado (cuya comparación parece obvia), supone que el legislador ha centrado en determinados sectores o subsectores una regulación general como la que ahora se modifica. Si, por otra parte, la opción por el pacto de horas complementarias como único instrumento para facilitar la que denomina Àexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo es el pacto de horas complementarias, parece claro que su propia dinámica exige cierto grado de determinación previa de los criterios, del “modo” en definitiva, de distribución de la jornada de trabajo comprometida.

mentos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo son evidentes (horas complementarias y distribución irregular de la jornada ex art. 34.2) y obvian aquella posibilidad y redundan en los datos e impresiones que destacamos. Pero sí parece obvio que, desde la dinámica de los mismos, se puede exigir una primera descripción de cuáles son los criterios generales de distribución del tiempo de trabajo comprometido en el contrato a tiempo parcial. Por ejemplo, en el sentido en que parece estar presente en el convenio citado y que permite discernir, aun con todos los matices que cabría hacer, distribución irregular de la jornada y realización efectiva de horas complementarias como supuesto de incremento de dedicación. Este parece ser el modelo que adopta, no sin incoherencias, el legislador urgente.

3.2.2. La supresión de la referencia a jornada partida y jornada continuada en *el nuevo art. 12.4.b)*

En materia de distribución del tiempo de trabajo nos encontramos también con una modificación menor. Desaparece el primer inciso del art. 12.4.b) según el cual, con carácter general, la jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial podría realizarse de forma continuada o partida.

En un contexto de mayor flexibilidad en la comprensión de la gestión del trabajo a tiempo parcial, o, si se nos apura y en consonancia con el nuevo concepto incluido en el art. 12.4.a), con el “modo de distribución”, no tiene sentido para el legislador mantener la dualidad clásica de jornada diaria o partida. Simplemente mantiene, en los mismos términos, el límite de que “cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo”.

Por tanto, dicha interrupción no dependerá de la forma de distribución de la jornada diaria –continuada o partida– sino, exclusivamente, de que el contrato de trabajo a tiempo parcial conlleve una jornada diaria y que ésta sea inferior a la de los trabajadores a tiempo completo (en caso contrario ya estaríamos fuera del ámbito de aplicación de la norma).

En este supuesto, y no cuando la jornada diaria del trabajador sea coincidente con la jornada diaria de un trabajador comparable, solo podrá haber una única interrupción cuya duración, por otra parte, no se contempla.

La finalidad de la norma, desde su propio origen, es evitar la excesiva división de la jornada de trabajo que redundara en una absoluta disponibilidad del trabajador y el impedimento claro de cualquier desarrollo personal o profesional. Pero no dispone (no disponía) cuál puede ser la duración de tal interrupción o si la misma ha de darse necesariamente en los términos establecidos en el art. 34.3 cuando lleguen a las seis horas continuadas.

En otros términos, nada impediría una absoluta división de la jornada si la misma es igual a la jornada diaria de un trabajador a tiempo completo aunque aquí también cabría afirmar que, en todo caso, sería de aplicación el límite de jornada continuada aplicable conforme los límites de descanso previstos en el citado art. 34.3.

3.3. Prohibición de realización de horas extraordinarias y nueva regulación del pacto de horas complementarias

Con todo, la modificación más importante que incorpora el Real Decreto-Ley 16/2013, por conceptual, hace referencia a la retomada prohibición de realización de horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial y, en paralelo, a la ampliación y facilitación de la realización de horas complementarias.

El apartado c) del nuevo art. 12.4, por tanto, vuelve a la inicial redacción que contemplaba el Real Decreto-Ley 15/1998 y que se había mantenido hasta la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012.

Pero esta remisión al pacto de horas complementarias que contiene la norma adquiere una nueva significación por las modificaciones incorporadas a su régimen jurídico, modificaciones importantes sin duda.

3.3.1. Se amplían los supuestos en que se permite el pacto de horas complementarias

Tal como dispone el nuevo apartado b) del art. 12.5, “sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual”.

El Gobierno, como legislador urgente, y pese a la redacción aparentemente restrictiva (“sólo se podrá formalizar...”), opta por ampliar a todos los contratos (temporales o indefinidos según lo dicho y salvo la excepción prevista -que no distingue en función de la vigencia del contrato-) un pacto de horas complementarias que se regula, de nuevo, con criterios de mayor flexibilidad y posibilidades de incremento de la dedicación (a instancia del empresario una vez pactado).

La referida excepción recuerda a la contemplada en su momento en materia de protección social respecto a los denominados contratos a tiempo parcial marginales (en aquel caso, contratos a tiempo parcial con una jornada inferior a doce horas semanales o cuarenta y ocho horas al mes) y se fundamenta en un criterio absoluto de dedicación, independientemente de cuál sea el modo de distribución.

En relación con dicha exclusión pueden hacerse una serie de consideraciones.

Como decimos, la referida limitación es independiente de cuál sea el criterio o modo de distribución de la jornada en el contrato a tiempo parcial. La dedicación tenida en cuenta es de diez horas semanales pero en cómputo anual. Podemos estar, por tanto, ante formas de trabajo a tiempo parcial de distribución vertical u horizontal de la jornada; es decir, horas al día, a la semana, pero también horas al mes o al año y se permitiría el pacto de horas complementarias si la dedicación supera el promedio (término éste expresamente evitado) de diez horas semanales en cómputo anual.

Obviamente esta referencia anual incorpora elementos de dicotomía en los supuestos de contratos a tiempo parcial de vigencia temporal inferior al año, para cuyos casos habría que aplicar una regla de proporcionalidad de la jornada contratada en relación a la referida vigencia del contrato. En todo caso, el módulo de cálculo a estos efectos debe ser la vigencia inicial del contrato o de sus posibles prórrogas (entendemos que comprendidas aisladamente ya que difícilmente se puede aplicar dicho límite sobre la base de una hipotética prórroga que no deja de ser un futuro).

Para solventar problemas como éste se podría haber acudido al coeficiente de parcialidad del contrato, concepto evidente en la formalización del mismo y necesario a los propios efectos del cálculo en materia de seguridad social, por ejemplo (como, por otra parte utiliza en el Real Decreto-Ley 3/2014 para determinar en qué supuestos se aplica la reducción de cotización que contempla el mismo). De esta forma, se podría haber dicho que no se aplicaría a los contratos con un coeficiente de parcialidad inferior al 25 % (que correspondería a un cómputo de 10 horas para el caso de que la jornada de referencia fuese la legal de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual). Sin embargo, como vemos, el legislador ha preferido recoger este criterio absoluto seguramente por su significación.

Esta dedicación “en cómputo anual” debe tenerse en cuenta en el promedio de la propia vigencia del contrato e independientemente, insistimos, de los criterios de distribución de la jornada. Ello puede tener una incidencia conceptual en determinadas modalidades típicas legalmente aún como formas de trabajo a tiempo parcial. Nos referimos concretamente a los denominados contratos fijos periódicos con dedicación inferior al coeficiente de parcialidad indicado (25 % si la jornada del trabajador comparable fuera igual a la máxima legal) y que concentraran la actividad en unos días o meses al año. En este caso se estaría evitando cualquier posibilidad de incremento de la dedicación; algo que no ocurriría si pudiera calificarse dicha relación laboral como fijo discontinua y se aplicara el régimen común de horas extraordinarias.

3.3.2. Se flexibiliza el régimen jurídico de las horas complementarias

El Real Decreto-Ley 16/2013 flexibiliza los aspectos más importantes del régimen jurídico del pacto de horas complementarias; fundamentalmente, en

lo que se refiere al número de horas que pueden pactarse y los requisitos para su ejecución.

El número de horas complementarias se incrementa hasta el 30 % de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Antes, dicho número no podía ser superior al 15 %. Las que puede establecer el convenio colectivo siguen situándose en un máximo del 60 % del número de horas ordinarias previstas en el contrato, pero se recoge como novedad importante una limitación a la negociación colectiva: no puede disponer un porcentaje inferior al 30 % de las horas contratadas. De esta forma, el Real Decreto-Ley impone este límite del 30 % como límite mínimo indisponible y sustrae a la negociación colectiva la posibilidad de regular el número de horas complementarias si no es para incrementar el porcentaje legal.

En todo caso, el número de horas ordinarias más las complementarias (pactadas o voluntarias -a las que nos referiremos a continuación-) no podrán superar el límite previsto en el art. 12.1 para la consideración del contrato a tiempo parcial.

Además se flexibilizaban los requisitos para su ejecución.

Efectivamente, el actual apartado d) del art. 12.5 dispone, como disponía la regulación precedente, que “el trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas”; pero, ahora, el preaviso mínimo legalmente establecido es de tres días (frente a los siete anteriores y frente a los cinco previsto en el supuesto de distribución irregular de la jornada del art. 34.2 con que pueden concurrir como mecanismo, en distinto plano pero intercurrentes, de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo).

Además, como otra novedad, prevé la posibilidad de que por convenio colectivo se pueda establecer un plazo aún inferior (“salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior” dice la norma). En nuestra opinión, la norma no impide, empero, que el convenio disponga también un plazo superior, aunque su redacción promociona clara y exclusivamente la posibilidad de que establezca sólo una reducción del plazo legal.

Sin duda, uno de los problemas principales que pueden plantearse en relación con esta regulación tiene que ver con la concurrencia con otros mecanismos de distribución irregular de la jornada (y la propia dinámica de estos) como, principalmente, el previsto en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Admitida la posibilidad de que dicha previsión es aplicable también a los contratos a tiempo parcial¹⁴, la propia dinámica de la concreción de los meca-

¹⁴ Por todos, con las interesantes reflexiones que aporta, confí. Ginés Fabrellas; “Contrato para la formación y el aprendizaje y contrato a tiempo parcial”. En AA.VV. (Del Rey Guanter dir. Martínez Fons y Serrano Olivares coord.); “La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales”. La Ley. 2013; pág. 108 y ss.

nismos de distribución irregular de la jornada que prevé la misma (en defecto de pacto convencional) es similar a la prevista para la realización de horas complementarias: fundamentalmente, la existencia de un preaviso previo –distintos en cada caso– y el necesario respeto a límites diferentes pero conceptualmente comparables. Ello supone que, desde la propia perspectiva del legislador, se dan elementos de similitud ineludibles. Insistimos, fundamentalmente desde la dinámica de aplicación. Por consiguiente, aunque desde un punto de vista conceptual ambos instrumentos serían distintos, lo cierto es que pueden darse, cuando menos, puntos de intersección entre ambos. Podría ser difícil delimitar en el caso preciso entre cuándo un empresario puede determinar la realización de horas complementarias pactadas o cuándo está determinando la concreción de unas determinadas horas de trabajo derivadas de una aplicación irregular de la jornada pactada (sin perjuicio de que las consecuencias jurídicas son obviamente diferentes).

Esta difícil delimitación en el caso concreto se había planteado, con carácter general, en relación con las horas extraordinarias¹⁵. Aún puede seguir planteándose respecto al régimen común aplicable al contrato a tiempo completo y, obviamente, también puede plantearse respecto a las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial, con el añadido referido sobre la similitud de las dinámicas aplicables a cada caso¹⁶. De esta forma, estamos ante mecanismos intercurrentes en determinados supuestos que permiten al empresario disponer de medidas que son al tiempo de incremento de dedicación y de distribución irregular de la jornada. Cada una de ellas, ciertamente, incidiendo más en uno que en otro; pero ambas concurrendo en aspectos que se entrelazan.

Evidentemente el pacto de horas complementarias incide más en la disponibilidad del trabajador; pero dentro de este posible incremento de dedicación (y aun centrándolo en el mismo) el empresario tiene absoluta discrecionalidad para determinar cuándo se puede dar. Por su parte, el mecanismo recogido en el art. 34.2 se trata de un supuesto posible de distribución irregular de la jornada que entra dentro de las facultades ordinarias de dirección del empresario (aplicable en defecto de pacto sobre la materia); pero si atendemos a la dinámica del mismo puede implicar un incremento de dedicación en un período de referencia concreto que se regularizaría en el período previsto para ello (ahora de doce meses, superando incluso el límite anual de referencia lógico previsto en el art. 34.1 del Estatuto de los Trabajadores). Por tanto, como vemos, uno

¹⁵ Ya lo habíamos planteado. Valverde Asencio; “Tiempo de trabajo. En particular sobre la nueva facultad empresarial de distribución irregular de la jornada como mecanismo de flexibilidad interna”. En AA.VV. (Del Rey Guanter dir. Martínez Fons y Serrano Olivares coord.); “La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales”. La Ley. 2013; págs. 194 y ss.

¹⁶ Lo que implica una evidente “inde?nición de la jornada del trabajador a tiempo parcial”. Ginés Fabrellas; “Contrato...”; cit.; pág. 111.

y otros mecanismos tienen elementos si no en común, que también, al menos intercurrentes en el sentido expresado.

De ello se deriva que una mayor flexibilidad en la realización de horas complementarias pactadas se entrelace necesariamente con un nuevo régimen aplicable al mecanismo de jornada irregular recogido en el art. 34.2 del Estatuto de los Trabajadores; interactúe en el sentido de permitir una duplicidad de mecanismos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo en el caso concreto del contrato a tiempo parcial; y concurren en la medida en que los instrumentos de ejecución o dinámica sean parecidos.

3.3.3. Se introduce un nuevo supuesto de ampliación de la dedicación: las horas complementarias de aceptación voluntaria (en contratos indefinidos a tiempo parcial)

Pero, además del incremento posible de horas complementarias legalmente establecidas (límite indisponible a la baja por convenio colectivo), el Real Decreto-Ley introduce otra novedad importante para los supuestos de contratos a tiempo parcial indefinidos (también con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual). Se trata de la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria. Se trata de un supuesto distinto del pacto de horas complementarias (no se requiere pacto expreso) y se contempla como un supuesto añadido de incremento posible de dedicación a instancia del empresario. No tiene más regulación que su límite (15 % de las horas objeto del contrato ampliable hasta el 30 % por convenio colectivo -aquí no se establece expresamente la posibilidad de que un convenio pueda limitar su propia utilización o rebajar el límite legal inicialmente previsto); el carácter adicional, en su caso, al pacto de horas complementarias (se establece legalmente "sin perjuicio del pacto de horas complementarias"; su realización "no se computarán a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas"); y el carácter necesariamente voluntario por parte del trabajador (como, por otra parte, es ineludible dado su propia conformación jurídica). Téngase a estos efectos que "la negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable".

Pero más allá de estos caracteres generales, el principal aspecto a tener en cuenta es que su realización (o, para ser más correctos, la petición por parte del empresario de su realización) queda al arbitrio del propio empresario. La norma no recoge ningún requisito de preaviso ("el empresario podrá, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria"). Sólo a través de la cláusula general de exculpación del trabajador en caso de que se niegue a su realización (como en el caso de horas complementarias normales cuando no se respeten las reglas legales previstas) se pretende insistir en su carácter voluntario. No se prevé, por el contrario, una

declaración expresa sobre la nulidad de cualquier posible decisión sancionadora del empresario ante la negativa del trabajador. Así se podría haber reforzado el referido carácter claramente voluntario del trabajador en su realización.

Las consideraciones hechas antes sobre la concurrencia del mecanismo de horas complementarias con la distribución irregular de la jornada que prevé el art. 34.2 pueden hacerse aquí igualmente. Quizá en este caso con mayor similitud al tratamiento de las horas extraordinarias por el carácter voluntario en su realización y por la inmediatez en su solicitud por parte del empresario (lo que la aleja de la similitud de dinámicas que antes destacábamos por la falta de requisitos de preaviso).

3.3.4. Y, finalmente, se instauran nuevas obligaciones formales sobre horas realizadas por los trabajadores a tiempo parcial

Recoge la norma una serie de obligaciones formales sobre registro y control documental de las horas realizadas por parte del trabajador.

De esta forma, parece que se pretende suplir, de alguna forma, los problemas que puede tener el trabajador ante una regulación que deja demasiada discreción al empresario en la determinación de la dedicación del trabajador y, sobre todo, en el sentido antes visto, la difícil determinación de cuándo estamos ante un supuesto de incremento de la dedicación (derivado de la realización de horas complementarias) y cuándo ante un supuesto de distribución irregular de la jornada.

Por eso, y por las implicaciones consiguientes -salariales y de seguridad social- la norma deriva hacia un seguimiento formal el cumplimiento de las obligaciones del empresario.

Como puede comprobarse, las obligaciones formales incluidas en la nueva regulación del contrato a tiempo parcial van más allá, además, de las previstas en el art. 35 para las horas extraordinarias. Su incumplimiento, además de la posible responsabilidad administrativa¹⁷, conlleva la consideración del mismo a tiempo completo lo que implica reiterar la sanción sustantiva recurrente para los supuestos de incumplimientos más graves a la hora de la formalización del contrato de trabajo.

3.3.5. En conclusión, se modifica de forma sustancial el régimen del contrato a tiempo parcial y se establece un nuevo régimen transitorio

En definitiva, como vemos, se modifican aspectos principales de la regulación del contrato a tiempo parcial de forma tal que podemos concluir que

¹⁷ Por otra parte, no se recoge infracción específica al respecto y habría que encuadrarla dentro del tipo genérico del art. 6.5 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social dado que, pese a la sanción sustantiva, no sería más que el incumplimiento de una obligación formal.

estamos ante un auténtico nuevo régimen (y, podríamos decir, comprensión) de esta modalidad contractual.

Se ha ampliado la disponibilidad del trabajador, sustituyendo la posibilidad de realización de horas extraordinarias por la ampliación y facilitación de las horas complementarias como nuevo criterio de ampliación de la dedicación. La ampliación del número de horas complementarias mínimas establecidas legalmente (del 15 al 30 %), la indisponibilidad del convenio colectivo para rebajar dicho número, y la posibilidad de incrementar dicho porcentaje hasta duplicarlo, inciden claramente en ello. La posibilidad, además, de solicitar al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria en contratos a tiempo parcial indefinidos lleva a ampliar hasta el 90 % la dedicación inicial del trabajador; casi duplicando la misma pero en un montante cuya realización queda a disposición del empresario (al menos, a su iniciativa), donde se centra una absoluta discrecionalidad en la distribución del tiempo de trabajo.

Efectivamente, es una opción distinta de la precedente, lo que implica un cambio en la concepción del tratamiento del contrato a tiempo parcial y de sus posibilidades. Si con la incorporación en 2012 de la posibilidad de realización de horas extraordinarias decíamos que se modificaba sustancialmente el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial (y su propia concepción) ahora, de nuevo, modificando este aspecto se altera tanto una cosa como otra. El aspecto central no está en la absoluta discrecionalidad que podría darse en materia de distribución del tiempo de trabajo. El eje central de la reforma pone el énfasis en el incremento (indisponible por la negociación colectiva en el porcentaje establecido legalmente) del trabajador que pacta la realización de horas complementarias (o que quedan a la iniciativa del empresario si el contrato se formaliza como indefinido).

La opción contenida en la reforma de 2012 planteaba problemas importantes, que no se evitan con la nueva opción, fundamentalmente en lo que se refiere a la posible confusión entre mecanismos de incremento de la dedicación y de flexibilidad en la distribución (por otra parte, intrínsecos a instrumentos legales como los regulados en el art. 34.2 –que se intentan corregir, como decimos, aunque con una solución que seguro que plantea problemas de mayor índole-). Pero es cierto que esta opción de calificar cualquier incremento de dedicación posible como horas complementarias (salvo en el caso de horas extraordinarias debidas a fuerza mayor) resuelve el problema del tratamiento de estos supuestos de incrementos de dedicación a efectos de cotización y a efectos de cómputo de cotizaciones. Ya no son horas extraordinarias, ya no se requiere una norma especial al respecto, deben tener su tratamiento como horas de trabajo ordinarias y deben ser tenidas en cuenta dentro de la base de cotización y deben computarse a efectos de futuras prestaciones.

Es cierto, no obstante, que este modelo por el que opta el legislador de fomentar el contrato a tiempo parcial sobre la base de una casi absoluta disponibilidad del trabajador mantiene (e incrementa) otros problemas. Los límites de las horas complementarias son mucho más amplios, y por tanto permisivos en cuanto a la ampliación de la dedicación, que los previstos para las horas extra (80 al año o en proporción a la dedicación pactada del trabajador frente al 60 % si así lo dispone el convenio -pudiendo ampliarse de un 15 % a un 30 % más en contratos a tiempo parcial indefinidos a través de las denominadas horas complementarias de aceptación voluntaria-). Por eso decimos que la opción del legislador permite una mayor flexibilidad en las posibilidades de disposición de la propia dedicación del trabajador en favor de la discreción del empresario. A partir de una determinada jornada comprometida inicial, que determinará proporcionalmente el salario a percibir, se consigue legalmente que en caso de establecerse un pacto de horas complementarias -que podrá indicar el empresario a su iniciativa en el propio momento de la formalización del contrato a tiempo parcial, condicionando incluso su forma con el trabajador seleccionado-, el trabajador queda a disposición del empresario para cuando éste lo necesite en un porcentaje mínimo del 30 % de la jornada inicialmente pactada, ampliable hasta un 60 % en caso de que el convenio colectivo así lo dispusiera e incrementándola entre un 15 y un 30 %, si el contrato es indefinido, a través de las denominadas horas complementarias de aceptación voluntaria.

La concepción es similar, pues, a un contrato a disposición anejo a un contrato a tiempo parcial base cuya dedicación inicial debe ser simplemente al menos de más de diez horas semanales de promedio anual.

En este sentido, es sin duda curioso el papel que se reserva a la negociación colectiva. Se contempla a la misma, exclusivamente, desde un punto de vista de mayor flexibilidad de lo dispuesto legalmente: sobre porcentaje de horas complementarias, sobre plazo de preaviso. Y se sustrae a la misma elementos que antes se entendía consustanciales. El legislador urgente ha ocupado el rol que tenía la negociación y que le es esencial, limitando cualquier posibilidad de regular lo que ha entendido como indisponible, con el agravante de que llega a plantear esta indisponibilidad en aspectos que deberían ser menores (como los indicados). De esta forma, se ahonda en los criterios ya reflejados en la reforma de 2012, no solo se condiciona la negociación sino que se llega a limitar su contenido en el sentido referido; se potencia la autonomía individual y se salvaguarda la propia discrecionalidad del empresario en la determinación de la dedicación de un trabajador, al que, por tanto, se le puede exigir una casi absoluta disponibilidad.

Es cierto que se excluye a los contratos a tiempo parcial marginales, pero se incluyen dentro de esta medida de fomento, basada en una mayor flexibilidad, tanto a contratos a tiempo parcial temporales como indefinidos, lo que se hace coherente con la rebaja inicial de los tipos de cotización por desempleo para

estos contratos, concebidos, según la propia exposición de motivos, como una forma de evolución a un trabajo más estable.

Finalmente, se incluye un nuevo régimen transitorio para incorporar estas novedades.

De esta forma, el apartado primero de la disposición transitoria única (cuya rúbrica es precisamente “régimen aplicable a los contratos vigentes”) trata de coherente el criterio general de mantenimiento del régimen jurídico aplicable a los contratos según la fecha en que se formalizaron (con las precisiones que haremos) con las novedades introducidas, dejando dicha posibilidad a la propia voluntad de las partes.

De esta forma, tal como dispone dicho apartado, “el régimen de horas complementarias pactado con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley continuará siendo de aplicación en los contratos vigentes a dicha fecha, salvo que las partes acuerden modificarlo en los términos establecidos en la nueva redacción de los apartados 4 y 5 del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores”.

Pero este régimen transitorio se refiere exclusivamente al pacto de horas complementarias (y así lo aclara la propia exposición de motivos). No a la posibilidad de realización de horas extraordinarias. En nuestra opinión, la realización de horas extraordinarias queda obviamente excluida en todo caso, dado que dicho régimen transitorio no dice nada al respecto y que se trata de una norma imperativa de ineludible cumplimiento.

Sin duda, cualquier referencia al régimen transitorio aplicable en materia de contratos hace que se ponga de manifiesto la necesidad de sosegar, si se nos permite la expresión, el constante cambio en el régimen de contratación en nuestro país. Una necesidad que parece especial en una modalidad como esta, que constantemente se ha contemplado como objeto de fomento de contratación.

Por lo demás, y con carácter general, en el resto de aspectos se mantienen con carácter general los criterios precedentes: formalización del contrato y del pacto de horas complementarias (salvo en la exigencia de que sea en modelo oficial), respeto a los límites de jornada así como criterios de retribución de las horas complementarias y cómputo a efecto de bases de cotización de las horas complementarias (resolviendo así los problemas previos sobre cómputo a efecto de las referidas bases de cotización de las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial).

3.4. Nuevas medidas de fomento de la contratación a tiempo parcial: reducción de cotizaciones por desempleo y permisión del contrato de fomento de emprendedores a tiempo parcial

El Real Decreto-Ley prevé otras medidas de fomento del contrato a tiempo parcial junto a las ya previstas en la normativa precedente (Ley 11/2013).

En primer lugar, se contempla la ampliación de las posibilidades de concertar el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores a los contratos a tiempo parcial.

El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores se recogió en el art. 4 de la Ley 3/2012 estableciendo como aspecto fundamental de su régimen jurídico que en todo caso el período de prueba tendría una duración de un año (no disponible por convenio colectivo).

Independientemente de la discusión sobre la adecuación constitucional de la figura (pendiente de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional¹⁸) y al margen de algunos pronunciamientos judiciales de instancia que cuestionan la adecuación de la decisión empresarial de poner fin al contrato próxima a la finalización del período previsto para dicho período de prueba y a la contratación de un nuevo trabajador bajo la misma modalidad por entender que dicha actuación es abusiva¹⁹, esta modalidad contractual se limitaba a los contratos indefinidos a tiempo completo. La primera novedad que incorpora el Real Decreto-Ley es permitir que dicho contrato sea también a tiempo parcial.

De esta forma, el nuevo apartado 2 del art. 4 de la Ley 3/2012 no distingue entre dedicación a tiempo completo y dedicación a tiempo parcial para esta modalidad contractual. Según el mismo, simplemente se dispone que “el contrato se celebrará por tiempo indefinido y se formalizará por escrito”.

Sí se mantiene la necesidad de que este contrato tenga vigencia indefinida.

De esta forma, la norma pretende, en conexión con la nueva regulación, insistir en el fomento del contrato a tiempo parcial, de lo que esto es una expresión más. El legislador urgente, partiendo de la concepción de esta modalidad en el sentido que hemos visto, plantea unas nuevas medidas de fomento de la misma. En relación concreta con la posibilidad de que el contrato de apoyo a los emprendedores se formalice a tiempo parcial, la citada exposición de motivos declara que con ésta “se ahonda también en el fomento de la estabilidad en el empleo”, partiendo, como declara, de que “este contrato se ha revelado como una medida eficaz para fomentar la realización de contratos de trabajo indefinidos”, “al permitir a miles de PYMES comprobar si el trabajador reúne la aptitud profesional requerida y el resto de cualidades necesarias para el desempeño del puesto de trabajo y si éste es además económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo, se considera razonable ampliar las posibilidades de realización del mismo, suprimiendo la anterior exigencia de que se realice a jornada completa”.

¹⁸ Admitida la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por providencia del Tribunal Constitucional de 10 de marzo de 2014.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sala de lo Social) de 6 de junio de 2013 (Recurso núm. 1868/2013).

Además, la reforma que de este art. 4 de la Ley 3/2012 incorpora el Real Decreto-Ley 16/2013 prevé algunas disposiciones interesantes para el supuesto como las siguientes: a) se aplicarán los incentivos fiscales previstos para esta modalidad contractual de modo proporcional a la jornada pactada en el contrato; y, b) se prevé la posibilidad de que el trabajador contratado bajo esta modalidad a tiempo parcial pueda voluntariamente compatibilizar, junto con el salario, el 25 % de la cuantía de la prestación por desempleo que tuviera reconocida y estuviese pendiente de percibir.

En segundo lugar, como hemos referido antes, se contempla la rebaja en un uno por ciento de los tipos de cotización por desempleo de los contratos a tiempo parcial. Así lo prevé la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 16/2013 (no recogida en la letra inicial de la Ley de Presupuestos Generales publicada en el BOE solo pocos días después)²⁰.

3.5. Supresión de las preferencias sobre conversión de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo y viceversa

Finalmente, desaparecen dos aspectos no menores en la regulación actual del art. 12.4. Por una parte, se suprime cualquier referencia a la antecedente preferencia del trabajador a tiempo parcial a ocupar un puesto a tiempo completo vacante (o viceversa) si la conversión previa derivó de un proceso voluntario conforme lo previsto en el apartado e) o llevaba más de tres años bajo esa modalidad de contratación. Por otra, se suprime igualmente el anterior apartado g) del art. 12.4, que recogía una previsión general de remisión o indicación a la negociación colectiva (“podrán establecer, en su caso”, decía) sobre la posibilidad de disponer “requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando ello esté motivado principalmente por razones familiares o formativas”.

En ambos casos se deduce la supresión de fórmulas que podrían condicionar la decisión discrecional del empresario en supuestos de conversión de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo o, como en el caso del apartado g) ya inexistente, viceversa. Puede haber entendido el legislador que en el primer caso, es suficiente con las obligaciones de información contenidas en el referido apartado e) y que no es necesaria vincular ninguna decisión posible del empresario a una previa conversión voluntaria que diera lugar a derecho preferente alguno. En el segundo caso, puede haber entendido que la previsión contenida en el apartado g) es redundante si se toma en cuenta la pre-

²⁰ Cuyo art. 128.diez.2, dispone: “A partir de 1 de enero de 2014, los tipos de cotización serán los siguientes: A) Para la contingencia de desempleo: (...) b) Contratación de duración determinada: (...) 2.º Contratación de duración determinada a tiempo parcial: el 9,30 por 100, del que el 7,70 por 100 será a cargo del empresario y el 1,60 por 100 a cargo del trabajador”.

visión también genérica y meramente indicativa contenida en el art. 34.8. Pero, en todo caso, la supresión de ambos aspectos representa una reducción de las trabas que, bien por decisión de la negociación colectiva, o bien en forma de normas de preferencia, pudieran o debieran condicionar la decisión unilateral del empresario que ahora, en línea con las últimas modificaciones normativas, se refuerza.

4. UNA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA PREVISTA (CON CARÁCTER SUPLETORIO) EN EL ART. 34.2 DEL ET: ¿UNA NORMA ACLARATORIA?

Como es conocido, la Ley 3/2012 incorporó una medida de distribución irregular de la jornada en caso de que la misma no se hubiera previsto mediante convenio colectivo o por acuerdo de la empresa y los representantes de los trabajadores. Así, conforme dispone el vigente segundo inciso del primer párrafo del citado art. 34.2 del ET: “en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”.

El segundo párrafo de dicha norma establecía un mínimo régimen jurídico sobre esta posibilidad de distribución irregular de la jornada que se reconocía al empresario (insistimos, aplicable en defecto de pacto sobre otro criterio de distribución irregular que pudiera establecer la negociación colectiva). Dicho régimen jurídico se centraba exclusivamente en la necesidad de respetar, en todo caso, “los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley” (no en la forma en que se hace la remisión expresa en el supuesto de horas complementarias²¹) y en la obligación de preavisar al trabajador con una antelación mínima de cinco días “el día y la hora de la prestación resultante de aquella” (de la citada distribución irregular de la jornada que podía decidir el empresario).

La norma, no obstante, dejaba cuestiones y dudas importantes.

En primer lugar, no establecía criterios de distribución concretos. Estos se contemplaban con una absoluta generalidad (quizá no podía ser de otra forma en la propia concepción del legislador) y, por tanto, tampoco se contemplaban parámetros temporales de referencia sobre los que calcular la referida potestad empresarial.

Es decir, la falta de referentes temporales sobre los que aplicar la posibilidad del empresario de distribuir irregularmente la jornada de trabajo podría

²¹ Al respecto confr. la regulación de este apartado 2 del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores con lo dispuesto en el art.12.5. En este último caso, el apartado i) del mismo dispone lo siguiente: “La realización de horas complementarias habrá de respetar, en todo caso, los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34, apartados 3 y 4; 36.1 y 37.1, de esta Ley”. Incluye, por tanto, no solo una referencia a los períodos mínimos de descanso semanal o diario sino también a la jornada nocturna por ejemplo y las referencias a los límites de jornada diario son genéricos (apartados 3 y 4 del art. 34).

provocar disonancias o dudas sobre los efectos reales de dicha facultad unilateral. Por ejemplo, computadas sobre un módulo semanal, la distribución irregular de la jornada podría conllevar necesariamente superar la jornada máxima semanal de forma tal que dicho exceso de jornada en ese período concreto de referencia tenía que ser necesariamente compensado con tiempo de no trabajo (por no llamar descanso) en otro momento (otra semana si continuamos con este ejemplo). Siendo así, y concurriendo con otros regímenes jurídicos como el de las horas extraordinarias (cuya compensación en los cuatro meses siguientes no conllevaba su cómputo como tales), se podrían presentar supuestos de concurrencia de difícil o imposible delimitación. Sólo los aspectos formales incluidos en la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 3/2012 como proyecto de ley incorporaron algún elemento de certidumbre (fundamentalmente al trabajador) pero la propia falta de sanción sustantiva a este incumplimiento podría incidir en las dudas planteadas. Sobre todo cuando las mismas podrían derivar de la calificación jurídica de un incremento de la jornada en un período determinado.

En definitiva, la regulación contenida en el art. 34.2 no resolvía los problemas de compensación y posible incremento de la jornada en un período de referencia determinado. Entre otras cosas, porque no establecía cuál era el período de referencia sobre el que debería tenerse en consideración esta potestad empresarial. Este período de referencia en todo caso tendría que ser, como máximo, el anual. Por varias razones además. Por un lado, porque sistemáticamente la posibilidad legal de distribuir irregularmente la jornada se extendía a la jornada anual conforme la previsión del mismo art. 34 desde su primer apartado (y, en concordancia, desde su apartado segundo)²². Pero, por otro lado, porque el calendario laboral, aunque de regulación muy genérica,

²² Sin perjuicio de que los descansos compensatorios pudieran desplazarse más allá del año, tal como, por otra parte, recogen varios convenios. A este respecto, por ejemplo, con carácter muy genérico, el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE 23 agosto 2013) o con períodos concretos el Convenio colectivo estatal de estaciones de servicio (BOE 3 octubre 2013). Dicho esto sin perder de vista lo planteado por la Audiencia Nacional (sala de lo social) en su sentencia de 25 de mayo de 2013 (núm. 147/2013) y que destacan muy oportunitamente Sempere Navarro y San Martín Mazzuconi (“Contenido socio laboral del RDLey 16/2013 y de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre”; Aranzadi Social nº 11/2014, parte Tribuna –westlaw-). Según la doctrina de dicha sentencia, “...si los trabajadores no pudieran realizar las 120 horas de distribución irregular durante una anualidad, por razones no imputables a ellos, la empresa podría exigirles que las realizaran al año siguiente, con lo que su jornada se prolongaría desproporcionadamente durante esa anualidad como consecuencia de las deficiencias organizativas de sus empresas y se les obligaría a recuperarlas en período distinto al período en que debieron realizarse, lo cual vulnera frontalmente lo dispuesto en el art. 30 ET”. No obstante, sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de noviembre de 1999 (recurso nº 5608/1999) no cuestionan esta posibilidad, analizando en el caso enjuiciado la improcedencia de que la empresa pretenda reducir la jornada en el ejercicio en cuestión para incrementarla en el año siguiente por razones económicas haciendo un uso abusivo de la permisión convencional que, insistimos, no cuestiona el Tribunal.

tiene carácter originalmente anual, conforme el criterio de fijación legal de la jornada²³.

La reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2013 pretende aportar una solución a este problema incorporando un nuevo párrafo al art. 34.2.

Según el mismo “la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Y, a falta de dicho acuerdo o pacto, las diferencias “deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan”.

De esta forma, y ésta sería la primera valoración que cabría hacer, el legislador urgente es consciente del problema que hemos destacado²⁴. Puede darse una diferencia entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria (“legal o pactada”). Y, en estos casos siempre se puede plantear un problema sobre la calificación jurídica de dicho exceso (o defecto) de jornada y, por tanto, sobre la consecuencia jurídica a valorar. La dificultad de confundir mera distribución del tiempo de trabajo con incremento de dedicación en determinados períodos de referencia (y, por ende, concurrir con otros instrumentos como las horas extraordinarias) representa sin duda un problema que derivaba de la absoluta flexibilidad con que se contemplaba esta posibilidad que se otorgaba al empresario dentro de su poder de dirección ordinario (por tanto, dentro del deber de obediencia del trabajador²⁵).

Por tanto, el legislador es consciente del problema, pero la solución o soluciones que plantea pueden provocar dudas ciertas sobre la interpretación y, sobre todo, sobre la intención de las mismas.

²³ Sobre la afectación del calendario laboral en caso de distribución irregular de la jornada, Valverde Asencio; “Tiempo de trabajo. En particular sobre la nueva facultad empresarial de distribución irregular de la jornada como mecanismo de flexibilidad interna”. En AA.VV. (Del Rey Guanter dir., Martínez Fons y Serrano Olivares coord.); “La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales”. La Ley.2013; pág. 201 y 202. Y todo ello sin entrar en consideraciones sobre el carácter o no de modificación sustancial de cualquier cambio del calendario laboral conforme la previsión legal comentada. Confr. lo dicho en op.cit. pág. 202.

²⁴ Y que había sido puesto de mani?esto con anterioridad. Vid. nuestro trabajo al respecto; op.cit. supra. págs. 190 y ss.

²⁵ No existe una cláusula como la contenida en la regulación de la dinámica de realización de las horas complementarias. Recuérdese que en el apartado f) del art. 12.5 se dispone que “en caso de incumplimiento de tales reglas, la negativa del trabajador a la realización de las horas complementarias, pese a haber sido pactadas, no constituirá conducta laboral sancionable”. Se refiere a las reglas de preaviso y de respeto a los límites de jornada que afectan a la realización de las horas complementarias. Similar norma se encuentra en el apartado g) cuando regula las horas complementarias de aceptación voluntaria para los contratos indefinidos (“La negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable”).

En primer lugar, dice la norma que dicha diferencia puede ser por exceso o por defecto. Los problemas de calificación jurídica a que nos hemos referido hasta ahora se plantean cuando estamos ante supuestos de ampliación de la dedicación. Sin embargo, la mención a la posibilidad de que también se tuvieran en cuenta los casos de diferencia por defecto nos abre otra duda no menor. Si las posibilidades de distribución irregular de la jornada permite la comprensión de diferencias por defecto podríamos estar ante un supuesto muy similar a la recuperación de tiempo de trabajo no realizado por causa imputable al empresario. Se podría estar dando una posibilidad al empresario de absorber, cuando menos, la previsión de una imposibilidad de dar trabajo a los trabajadores, llegando a relativizar, incluso, la aplicación del art. 30 del Estatuto de los Trabajadores y neutralizar los supuestos previsibles de mora accipiendi²⁶. Es cierto que la propia dinámica de la potestad empresarial regulada en el art. 34.2 (a través del preaviso al trabajador) parece estar pensando exclusivamente en un supuesto de incremento temporal de la dedicación derivada de esta distribución irregular de la jornada; pero la referida mención a la diferencia por exceso o por defecto, nos hace plantearnos esta duda. De cualquier forma, la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo que pretende la nueva dicción del art. 34.2 (aun de forma supletoria pero condicionando la negociación colectiva) conlleva que se asuman o absorban, por seguir empleando la misma expresión, supuestos de necesidades empresariales, tanto de incremento como de reducción de jornada. Sobre todo si se permite, como indica la norma, su compensación en un período de tiempo tan largo como el indicado (doce meses).

En segundo lugar, la norma aporta como primera solución una remisión a lo dispuesto en la negociación colectiva (convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores) y, en su defecto, permite la compensación en el plazo ya referido de doce meses desde que se produzcan las diferencias entre la jornada realizada y la jornada máxima ordinaria.

Esta remisión a la negociación colectiva es curiosa, si se nos permite la expresión. No debemos olvidar que la previsión legal que otorga esta potestad empresarial tiene carácter supletorio. Se aplicará en defecto de regulación de cualquier forma de distribución irregular de la jornada en convenio colectivo o por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; por tanto, si no ha habido regulación convencional. En este caso, en este nuevo párrafo incorporado por el Real Decreto-Ley, encontramos la remisión a un

²⁶ Como, por otra parte, destaca la sentencia de la Audiencia Nacional citada. En un sentido distinto, pero no contrapuesto en este punto, hay que tener presente el supuesto enjuiciado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 26 de noviembre de 1999 también citada, imposible con la previsión del momento pero que ahora podría plantearse en el sentido que decimos. En similar sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sala de lo social) de 18 de junio de 2003 (nº de recurso 1308/2003).

convenio o acuerdo de empresa sobre una materia que inicialmente no ha debido regular porque, de lo contrario, se aplicaría lo previsto por la negociación colectiva y no la previsión legal.

Sin duda lo que parece presente en la norma es que pese al carácter supletorio de la previsión legal ésta tiene un evidente carácter promocional de un determinado contenido. Tanto que para el legislador urgente cabe una regulación solo específica sobre la compensación de las diferencias entre la jornada realizada y la duración de la jornada máxima de trabajo legal pactada.

Pero la segunda solución, supletoria formalmente conforme hemos visto, es establecer un mecanismo de compensación dinámico durante un plazo de doce meses desde que se produzcan (debe entenderse que las diferencias por exceso o por defecto entre la jornada realizada y la máxima legal o pactada).

Y esto tiene una serie de implicaciones importantes que, en nuestra opinión, trascienden incluso la mera regulación de una potestad empresarial sobre flexibilidad interna en materia de tiempo de trabajo.

Cuando la distribución irregular de la jornada ha sido tratada por la negociación colectiva, se ha planteado en períodos de referencia determinados (como en el caso de bolsa de horas, general o por funciones determinadas). Muchos convenios colectivos establecían formas de distribución irregular sobre períodos de referencia determinados y, en todo caso, nunca superior al anual²⁷ (sin perjuicio de que, en el sentido que hemos visto, la compensación de los excesos de jornada resultantes se pudiera hacer en fechas siguientes al año).

Pero es más, cuando la ley regula la jornada de trabajo siempre lo ha hecho en parámetros anuales como máximo. Tanto de manera sustantiva, en el art. 34.1 y, por ende, cuando ha tratado tradicionalmente la distribución irregular de la jornada en el art. 34.2 (de ahí que la negociación colectiva haya aceptado esta referencia máxima como regla general); como procedimentalmente cuando ha hecho referencia al calendario laboral.

Sin embargo, ahora, cuando legalmente se intenta aportar una solución a los supuestos de diferencias entre la jornada realizada y la máxima ordinaria derivada de una decisión empresarial de distribución irregular del tiempo de trabajo, se establece un nuevo plazo de referencia para establecer la compen-

²⁷ Por ejemplo, entre los más recientes (y de carácter sectorial), el Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE 23 diciembre 2013); Convenio colectivo del sector de la mediación de seguros privados (BOE 19 agosto 2013); Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 23 septiembre 2013); incluso, el Convenio colectivo de grandes almacenes (BOE 22 abril 2013) adopta el criterio anual para referirse a la distribución irregular de la jornada –con claridad respecto al porcentaje aplicable– y a lo que el propio convenio llama “verificación de la jornada” disponiendo a lo sumo que “la liquidación de los tiempos de exceso que se hayan podido producir sobre la jornada del artículo 26 mediante su compensación con igual tiempo de descanso, salvo acuerdo para su acumulación y disfrute en días completos, dentro de los tres meses desde la finalización del cómputo anual...”.

sación de los excesos o defectos a que puede dar la misma. Este plazo de referencia es, como ya hemos reiterado, de doce meses desde que se produce la diferencia (debe entenderse). Por tanto, parece que se trata de un plazo dinámico, si se nos permite la expresión, ya que se cuenta a partir de la decisión empresarial que da lugar a dicho exceso o defecto (como sucede con los cuatro meses de compensación con descansos de las horas extra para que no computen a efecto del número máximo previsto para las mismas). Y esta decisión empresarial puede repetirse en el tiempo.

Por ello, esta solución legal tiene una serie de repercusiones importantes.

Rompe el criterio anual general de distribución irregular de la jornada, que originalmente no se contempla como dinámico, sino como un plazo dentro del cual podría la negociación colectiva establecer dicha distribución irregular²⁸. Y es más, aporta un criterio que si se nos permite la expresión podríamos calificar como “subjetivo”, aplicable a cada trabajador afectado, como el previsto para las horas extraordinarias pero superando con creces un límite razonable; alejándose de un criterio más objetivo como plazo dentro del cual cabría regularizar cualquier exceso de jornada derivada de una distribución irregular de la misma.

En segundo lugar, y en relación con lo que acabamos de decir, lejos de aportar una solución a la difícil distinción entre distribución irregular de la jornada y ampliación de la dedicación (por ejemplo, en comparación con el régimen jurídico de las horas extraordinarias) asemeja aún más al régimen jurídico de uno y otro instrumento.

Eso sí con criterios distintos: aquí estamos ante una facultad directiva del empresario de carácter ordinario (no cabría por tanto voluntariedad en la aceptación por parte del trabajador); se amplía el plazo de compensación, se percibe desde una perspectiva individual más que colectiva (frente a la regulación convencional a que se remite en primer lugar) y todo ello simplemente desde el cumplimiento de una serie de requisitos de preaviso establecidos (cinco días).

En definitiva, se llega a una solución que rompe con los criterios generalmente admitidos de distribución de la jornada e, incluso, de compensación de los supuestos que podrían derivar de una distribución irregular. Se supera el límite anual y, además, desde una perspectiva individual, no como un plazo dentro del cual la negociación colectiva podría adecuar las compensaciones adeudadas. Y ello tiene una trascendencia que va más allá de la solución concreta a un problema que el propio legislador crea al incorporar un nuevo mecanismo de gestión del tiempo de trabajo concurrente con otros anteriores. Es más, habilita, en el sentido que vemos, situaciones o pretensiones hasta ahora

²⁸ Vid. nota infra por ejemplo; o la propia regulación del convenio de grandes almacenes citado.

vedadas por nuestros tribunales porque llegan a interferir incluso con supuestos posibles de disminución de la jornada para su compensación posterior por las razones que sean (dado que no se requiere justificación alguna al estar ante una potestad individual del empresario).

5. MODIFICACIONES EN MATERIA DE RÉGIMEN DE LAS MODALIDADES DE CONTRATOS DE TRABAJO

En materia de régimen de contratos, el Real Decreto-Ley 16/2013 incorpora otras modificaciones además de las referidas al contrato a tiempo parcial. Estas modificaciones pueden tener un carácter más técnico pero no dejan de ser aspectos también esenciales en el propio régimen de las modalidades contractuales.

5.1. Duración del período de prueba en supuestos de contratos de duración determinada

En materia de período de prueba, el Real Decreto-Ley 16/2013 incorpora una modificación interesante: en los casos de contratos temporales causales del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores concertados por tiempo no superior a seis meses “el período de prueba no podrá exceder de un mes”. Eso sí, manteniendo la regla de supletoriedad contemplada en la regulación general; es decir, como dispone con claridad el nuevo segundo párrafo del apartado 1 del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, “salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo”.

De esta forma, se intenta dar una solución técnica (insistimos, manteniendo la regla de supletoriedad) a los supuestos planteados sobre duración del período de prueba y vigencia temporal de los contratos de esta naturaleza. La coincidencia de ambos períodos había suscitado, en la propia jurisprudencia, la relativa duda sobre su oportunidad o legalidad, fundamentalmente desde la perspectiva del posible abuso del derecho. Sin embargo, sentencias como, por ejemplo, la del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2008²⁹, que declara que no es abusiva, *per se*, la duración del período de prueba que coincide con la vigencia inicial del contrato temporal y que, salvando las distancias, puede concurrir con la doctrina general sobre duración abusiva del período de prueba contenidas en otras sentencias³⁰ habían admitido, por tanto, la legalidad de establecer

²⁹ Recurso unificación de doctrina nº 1210/2007.

³⁰ Paradigmáticamente en las sentencias de Sentencia de 12 noviembre 2007 (recurso unificación de doctrina nº 4341/2006) o de 20 de julio de 2011 (recurso unificación de doctrina nº 152/2010).

un período de prueba cuya duración pudiera coincidir con la propia vigencia inicialmente prevista para el contrato temporal.

Sin embargo, la falta de regulación legal, aun supletoria, había planteado una disyuntiva difícil de resolver si no era desde la aplicación general de la interdicción del abuso del derecho en el sentido expresado en estas sentencias. Por ello, la solución aportada puede dar cierta luz al menos desde la existencia de un criterio legal sobre la cuestión.

Finalmente, dentro de las situaciones que pueden interrumpir el cómputo del período de prueba (“siempre que se produzca acuerdo entre las partes”) se incluyen situaciones no contempladas con anterioridad referidas a situaciones de maternidad como son el “riesgo durante la lactancia y paternidad”.

5.2. Se amplía a los contratos en prácticas la posibilidad de contratación a través de ETT

La Ley 11/2012 amplió a los supuestos en que se permite la contratación para la formación y el aprendizaje los casos en que se permitía los contratos de puesta a disposición. Ahora, el RDL 16/2012 amplía también a los supuestos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas la posibilidad de celebrar un contrato de puesta a disposición.

De esta forma, conforme el nuevo segundo párrafo del art. 6.2 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, además de “en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición “en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores”.

En conexión con esta previsión se modificó el art. 7. de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, que, en materia de duración del contrato de puesta a disposición, “se estará a lo dispuesto en los artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad de contratación correspondiente al supuesto del contrato de puesta a disposición” (sin perjuicio de los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios).

En concordancia con esta previsión, el apartado 2 del art. 10 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal obvia la antigua prohibición de formalizar con los trabajadores en misión contratos “de aprendizaje” y permite directamente la posibilidad de que las ETT celebren “contratos en prácticas y contratos para la formación y el aprendizaje con los trabajadores contratados para ser puestos

a disposición de las empresas usuarias de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora de dichos contratos”.

Finalmente, como medida de fomento de la utilización de los supuestos en que se permite la contratación por razones formativas (en prácticas), se incluyen, a los efectos de las bonificaciones recogidas en el art. 7.2 de la Ley 3/2012, los supuestos de trabajadores contratados sin solución de continuidad como indefinidos y hayan estado en misión en la referida empresa y contratados bajo estos supuestos por la respectiva empresa de trabajo temporal.

6. OTRAS MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL RDL 16/2012

Además de las anteriores, el RDL 16/2012 prevé la ampliación de la edad que da lugar al derecho de reducción de jornada por cuidado de menores.

Se incorpora, en este sentido, una modificación del art. 37.5 del ET, que regula el derecho a la reducción de la jornada de trabajo diaria entre un octavo y un máximo de la mitad de la referida jornada (con reducción proporcional del salario correspondiente) en caso de guarda legal del menor. Se amplía la edad del menor que da derecho a dicha reducción de jornada que pasa de ocho a doce años. Por tanto, la guarda legal del menor que da derecho a esta reducción de jornada se amplía de ocho a doce años.

Igualmente contempla la concreción de los supuestos o requisitos en que se entiende la procedencia de otro sector de actividad contemplados en el art. 9 de la Ley 11/2013 en relación con los casos en que se permite el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, cuestión que había quedado pendiente en dicha norma y que, curiosamente con rango legal (debería tener solo rango reglamentario), se contempla en este Real Decreto-Ley.

También se define (o, más correctamente, se acude al concepto persistente de) grupo de empresas a los efectos de las aportaciones económicas en materia de seguridad social a que obliga la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, en caso de despido colectivo de trabajadores con más de 50 años en empresas con beneficios. En estos casos, se remite directamente a la definición de grupo de empresa recogido en el art. 42 del Código de Comercio, aunque la determinación del resultado del ejercicio en cuestión sólo tendrá en cuenta los resultados obtenidos en España.

Y finalmente, se amplía el plazo hasta 31 de diciembre de 2014 para admitir como actividad formativa inherente a estos contratos los contenidos mínimos orientativos establecidos en el fichero de especialidades formativas o, en su defecto, por los contenidos formativos determinados por las propias empresas o comunicados por éstas a los correspondientes servicios de empleo. Ello

será en los casos en que no exista título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, o centros formativos disponibles para su realización.

Queda una serie de modificaciones concretas en materia de seguridad social que no son de menor entidad. Antes al contrario, han representado uno de los principales problemas de gestión (y de coste laboral) en el ámbito de recursos humanos de cualquier empresa. Nos referimos, como veremos muy sucintamente a continuación, a la modificación del régimen de cotización y muy particularmente a la modificación del art. 109 de la Ley General de Seguridad Social.

7. ESPECÍFICAMENTE, SOBRE LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL. EN PARTICULAR, LA MODIFICACIÓN DEL ART. 109 DE LA LGSS

Como decimos, el Real Decreto-Ley incorpora una serie de modificaciones en materia de cotización a la Seguridad Social (además de la ya señalada sobre reducción de la cotización por desempleo en el contrato a tiempo parcial de carácter temporal). Estas modificaciones –salvo la señalada– tienen una clara finalidad de incrementar la recaudación (lo que contrastará con las medidas previstas en el Real Decreto-Ley 3/2014 tal como veremos a continuación).

La primera de las modificaciones a que nos referimos es la contemplada en la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 16/2013, que cambia la redacción del art. 109 de la Ley General de Seguridad Social. Esta norma había sido modificada previamente por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad³¹, con el fundamento declarado, según la exposición de motivos de éste, de corregir las diferencias de tratamiento entre la normativa de Seguridad Social y la del impuesto de la renta respecto determinadas partidas retributivas o compensatorias del trabajo³².

Sin embargo, el Real Decreto-Ley 16/2013 va más lejos en la intensidad de la modificación que su precedente a estos efectos. Y no sólo porque

³¹ BOE de 14 de julio.

³² Decía la citada exposición de motivos: "...persisten de forma injustificada una serie de diferencias entre ambos regímenes que se debe corregir con el objetivo de homogeneizar la normativa en materia tributaria y de Seguridad Social, de tal manera que aquellos conceptos que son considerados como renta en la normativa tributaria, y como tal tributan a efectos del IRPF, sean incluidos también en la base de cotización. Carece de fundamento que los mismos conceptos tengan una consideración jurídica diferente en distintos ámbitos de la normativa vigente. La medida contribuye a simplificar y homogeneizar el sistema, liberando de cargas administrativas a las empresas".

la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 20/2012 parecía dejar su efectividad al desarrollo reglamentario de la misma³³ y ahora determinados aspectos como los apuntados entonces se concreten directamente, que también; sino porque la más reciente reforma supone una previsión más restrictiva de las partidas exentas del cálculo de las correspondientes bases de cotización.

En este sentido, como decimos, el Real Decreto-Ley 16/2012 introduce una serie de modificaciones sustanciales en el tratamiento de las partidas exentas.

En primer lugar, aclarando algunos extremos –siempre desde la perspectiva que hemos destacado-. Por ejemplo, la inclusión, dentro del cálculo de las bases de cotización, de la remuneración total “cualquiera que sea su forma o denominación” (hasta aquí como en redacciones anteriores) pero precisando: “tanto en metálico como en especie”. Por consiguiente, se suprime cualquier duda al respecto que pudiera mantenerse por la supresión en el Real Decreto-Ley 20/2012 de la dicción del apartado d) del art. 109.2 en su versión previa al mismo, según el cual quedarían exentos “los productos en especie concedidos voluntariamente por las empresas en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

En segundo lugar, incluyendo –al ser expresamente omitidas de las partidas exentas- dentro de la base de cotización determinadas partidas retributivas, compensatorias o devengadas con ocasión del trabajo³⁴. Esta ampliación de las partidas a incluir dentro del cálculo de la base de cotización y, por tanto, por las que se comenzaría a cotizar a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley³⁵, afectan fundamentalmente al tratamiento de las dietas (y asignaciones para gastos de locomoción y manutención y estancia) y al régimen de mejoras de Seguridad Social y acción social de las empresas –junto a los gastos de estudio-.

En estos casos, la comprensión de la exención es, como decimos, bastante restrictiva, lo que supone un incremento del coste de la cotización.

Por ejemplo, las asignaciones por gastos de locomoción que se realicen con transporte público requieren en todo caso que se justifique mediante fac-

³³ Tal como disponía en su versión precedente en relación con las partidas exentas se disponía en todo caso (en el entonces nuevo apartado 3 del art. 109) que “sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2, la cuantía máxima exenta de cotización por todos los conceptos indicados en el mismo no podrá exceder, en su conjunto, del límite que se determine reglamentariamente”.

³⁴ La propia Tesorería General hace una sistematización en el Boletín Red 2013/10 de 27 de diciembre. Confr. al respecto <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/178628.pdf>.

³⁵ A estos efectos hay que tener en cuenta que la Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 23 de enero de 2014 (BOE de 31 de enero) autorizó la ampliación del plazo de liquidación e ingreso de los nuevos conceptos computables en la base de cotización correspondientes a los periodos de liquidación de diciembre de 2013 a marzo de 2014. Según dispone, “los referidos conceptos podrán ser objeto de liquidación complementaria e ingreso, sin aplicación de recargo o interés alguno, hasta el 31 de mayo de 2014”.

tura o documento equivalente; el resto de gastos de locomoción y los gastos de manutención y estancia (se evita expresamente el concepto dieta) tendrán el límite previsto en la normativa sobre el IRPF, pero aclara en todo caso que serán generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual y del que constituya su residencia. Y por supuesto, en materia de mejoras de Seguridad Social o de acción social de las empresas se incluye, por tanto, cualquier otra mejora del carácter que fuera dentro de la base de cotización (primas de seguro, bonificaciones por gastos ortopédicos, tratamientos odontológicos, prótesis, gafas, mejoras en supuestos de jubilación, incapacidad permanente, etc.). Las únicas que se encuentran exentas son las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal.

Los gastos de estudio también se encuentran exentos pero con alguna precisión. Lo estarán si están dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del trabajador y cuando dichos estudios “vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o características de los puestos de trabajo”, lo que implicaría excluir cualquier ayuda de estudios que lo fuera para el propio aprovechamiento personal del trabajador y, por supuesto, cualquiera que pudiera afectar a familiares del mismo.

Por tanto, nos encontramos con una norma restrictiva en la comprensión de las partidas exentas de cotización; que incluye algunas no contempladas anteriormente, lo que supone ir más allá de aquel objetivo declarado en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 20/2012; y que, sin duda, exigen una actuación por parte de las empresas que, por sus propios criterios de gestión, pueden exceder de los inevitables incrementos de gastos. Sin duda se relativiza la siempre exigida delimitación precisa entre partidas salariales y no salariales cuyo efecto principal está aquí –junto a la delimitación de la cuantía de las indemnizaciones en caso de despido-. Por ello, esta modificación trasciende la propia previsión en materia de Seguridad Social y se adentra en la propia regulación de determinadas partidas afectando tanto al tratamiento legal como al convencional en la materia (fundamentalmente en relación con las mejoras de acción social).

Pero junto a esta norma, y con similar afán, se establece una nueva norma sobre la determinación de la base mínima de cotización de los trabajadores autónomos, que si en cualquier período del ejercicio han tenido a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a diez (la previsión anterior era de cincuenta trabajadores), se equipara necesariamente a la base de cotización del régimen general del grupo 1.

En definitiva, normas que implican un incremento de la recaudación y que contrastan con medidas de fomento (nuevas) como las planteadas en el Real Decreto-Ley 3/2014 que ahora presentamos.

8. EL REAL DECRETO-LEY 3/2014: UNA (NUEVA) ACTUACIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DE COTIZACIÓN COMO MEDIDA DE FOMENTO DE EMPLEO

8.1. Una nueva medida de fomento de empleo no concordante con medidas anteriores

La disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 16/2013 prevé que el Gobierno “procederá a una reordenación normativa de los incentivos a la contratación en relación con la cotización a la Seguridad Social, a cuyo fin incluirá en una disposición las bonificaciones y reducciones en la cotización a la Seguridad Social vigentes a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-Ley y procederá, en su caso, a la armonización de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente previstos”. Y lo hace, “con el fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica”.

Sin embargo, poco más de dos meses después se publica en el BOE el Real Decreto-Ley 3/2014 cuyo único artículo tiene por rúbrica (y por contenido en definitiva) la “reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida”.

Independientemente del contenido de la disposición, al margen de la valoración que pueda hacerse sobre la misma y las razones de oportunidad y el análisis concreto de su contenido, lo cierto es que refleja una clara incoherencia con la previsión anteriormente transcrita. Desde la citada disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 16/2013, que plantea la necesaria “reordenación normativa” de los incentivos, hasta la publicación de esta otra medida de incentivos ha pasado solo algo más de dos meses y el nuevo Real Decreto-Ley 3/2014 no hace mención alguna (lo podría haber hecho en alguna disposición adicional) y no recuerda por tanto el mandato que el propio Gobierno se hizo en el decreto ley precedente.

De esta forma, teniendo en consideración que las medidas de fomento se interfiere, se confunden en los sujetos destinatarios y en la forma de aplicación de las reducciones de cotizaciones propuestas es necesaria una reordenación

Esta norma es, pues, como el Real Decreto-Ley 16/2013, la demostración de que constantemente nos estamos encontrando con una sucesión de decisiones normativas no siempre coherentes, aprobadas por decreto ley y donde, como en este caso, se relativiza la justificación de las razones de urgencia que permiten legislar con este instrumento. En la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 3/2014, la justificación es parca. Tal como dice: “La adopción de la medida regulada en este Real Decreto-Ley obedece a la necesidad de

fomentar la estabilidad del mercado laboral, mediante la contratación indefinida de trabajadores, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, así como de contribuir a la creación de empleo y de disminuir, a su vez, la dualidad del mercado laboral. Todo ello requiere una respuesta inmediata, que justifica la adopción de esta medida con la mayor urgencia posible". Aunque sea incoherente con las medidas adoptadas por el propio Gobierno con anterioridad.

La citada reordenación normativa se torna, por tanto, ciertamente más necesaria. Sobre todo ahora, cuando ahora concurren criterios no necesariamente concordantes con los anteriormente planteados, por ejemplo, en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 27 de julio) que pretendía incorporar las medidas propuestas en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 del Gobierno.

El Real Decreto-Ley 3/2014 incorpora una novedad en el tratamiento tradicional de las bonificaciones y reducciones de cotizaciones en materia de seguridad social como mecanismo de fomento de la contratación. La reducción se contempla como una cuantía fija de cotización (sólo por contingencias comunes) en los supuestos contemplados en la norma. Tarifa plana la denomina la propia exposición de motivos, en lo que es una utilización de un término comercial más que jurídico. Sólo quizá en los supuestos de cotización del contrato para la formación y el aprendizaje, y en todos sus antecedentes, se contemplaba con claridad una cotización a tanto alzado.

Por tanto, la primera novedad que incorpora tiene que ver con la fórmula escogida para determinar el beneficio en materia de seguridad social establecido, diferenciando entre contratos a tiempo completo y contratos a tiempo parcial, de forma que "si la contratación es a tiempo completo, 100 euros mensuales"; "si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 75 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo comparable, 75 euros mensuales"; "si la contratación es a tiempo parcial, cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo comparable, 50 euros mensuales". Debe entenderse que en el resto de supuestos, por ejemplo, en caso de contratos a tiempo parcial con dedicación inferior al 50 por ciento, no se aplicará esta reducción.

Pero el segundo elemento de diferencia evidente tiene que ver con el cambio de criterio en la determinación del objeto de promoción del empleo. Ahora, se pretende el fomento de la contratación estable, indefinida, e indiscriminada; es decir, sin que se seleccione colectivo específico alguno al que dirigir la medida de incentivo.

Este criterio, fomento de la contratación exclusivamente indefinida, a tiempo completo o a tiempo parcial (pero siempre por encima de una deter-

minada dedicación: el 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable), no se corresponde con los criterios empleados en las normas inmediatamente precedentes.

Por ejemplo, en el Real Decreto-Ley 16/2013, por no ir más lejos, se fomenta el contrato a tiempo parcial, aun temporal, y siempre que la dedicación sea de más de diez horas a la semana en cómputo anual. A todos estos supuestos se va a permitir o a extender el pacto de horas complementarias, en la comprensión del contrato a tiempo parcial como una forma de transición “hacia el trabajo a tiempo completo y la contratación indefinida”, tal como declara el propio Gobierno.

Antes, los supuestos incluidos dentro de la Ley 11/2013 trataban de medidas de fomento de empleo basados precisamente en reducciones de cuotas a la Seguridad Social que discriminaban por colectivos. Principalmente menores de treinta años dentro de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven³⁶.

En estos casos, las medidas inter?eren unas con otras, dado que hay elementos de intersección en los presupuestos que dan lugar a las mismas. Pero además, su extensión y su propia dinámica son distintas, lo que incrementa la sensación de falta de concordancia entre las medidas de fomento de la contratación que ?nalmente concurren.

Por ejemplo, la duración de las medidas dispuestas en la Ley 11/2013 gira en torno a doce meses o un año, prorrogables por otros doce meses en deter-

³⁶ Es más, si tenemos en cuenta la previsión contenida en el Real Decreto-Ley 20/2012, que declaraba suprimido el derecho de las empresas a la aplicación de boni?caciones por contratación en las cuotas a la seguridad social salvo las expresamente mantenidas nos encontramos ante un aparente cambio de criterio, dado que ahora se extiende a cualquier colectivo el fomento de la contratación indefinida (particularmente, las previstas en el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral o las recogidas en los apartados 2, 3, 4, 4 bis, 5 y 6 del artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. También las recogidas en el Real Decreto-Ley 18/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las boni?caciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad por la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE); art. 21.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Real Decreto-Ley 11/98, de 4 de septiembre, por el que se regulan las boni?caciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento; Disposición adicional novena de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; Disposición adicional trigésima quinta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio; Disposición adicional undécima de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; art. 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; la disposición adicional trigésima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

minados casos³⁷; en el Real Decreto-Ley 3/2014, la reducción de la cotización a la Seguridad Social se plantea sobre veinticuatro meses, prorrogándose otro tipo de reducción por doce meses más. Este tema no tendría mucha importancia si no hubiera concurrencia de supuestos; pero, como decimos, esta se sucede reiteradamente en casi todos los supuestos de incentivo a la contratación previstos en la citada ley, cuando su objeto puede coincidir con una contratación indefinida, a tiempo completo o a tiempo parcial y, en este último caso, cuando la dedicación pueda ser del 50 por ciento de la jornada de un trabajador comparable³⁸.

Pero es más, como decimos, en la propia dinámica de la bonificación o reducción de la cotización también se encuentran diferencias no menores. La sanción sustantiva a los incumplimientos previstos se encuentran en el propio texto del decreto ley; en concreto en el apartado 7 del artículo único e incorpora diferencias importantes respecto a la norma general sobre reintegro de los beneficios en caso de incumplimiento o de falta de requisitos (por ejemplo, respecto a los previstos en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo).

Por tanto, estamos ante una medida de fomento de la contratación muy distinta de las medidas previamente adoptadas, de tal forma que podríamos decir que no guarda coherencia con las mismas. Es más, si nos atenemos a la sucesión de normas al respecto (Ley 3/2012; Real Decreto-Ley 20/2012; Ley 11/2013 y finalmente Real Decreto-Ley 3/2014) nos encontramos con criterios diferentes, que no siempre van en la misma dirección, y que, por ello, aportan inseguridad jurídica, requiriendo lo que reconocía el propio Gobierno como legislador urgente: una reordenación normativa que, en nuestra opinión, debe aportar coherencia y sentido a un tema en principio tan importante como éste.

8.2. El régimen jurídico de esta reducción de cotizaciones por contratos indefinidos

8.2.1. Contenido y objeto de la reducción de cotizaciones

Como hemos dicho, con carácter general, esta nueva medida de fomento del empleo, basada en un nuevo criterio o definición de reducción de la cotización a

³⁷ En los casos de contratos a tiempo parcial con vinculación formativo (art. 9); de contratación indefinida de un joven en microempresas, que será de un año (art. 10); o en el caso de incentivos a la contratación de nuevos proyectos de emprendimiento joven (art. 11). No obstante, la duración será de tres años en el caso de incentivos a la contratación en empresas de economía social (art. 14 de la Ley 11/2013) y durante toda la vigencia del contrato en prácticas en caso de que se formalice el mismo con un menor de 30 años, independientemente de cuándo acaban sus estudios (art. 13).

³⁸ No hablamos obviamente de identidad de supuestos, sino de concurrencia en determinados casos. Y esta concurrencia o intersección de supuestos en uno y otro caso se puede dar en casi todos los supuestos previstos en los arts. 9 y ss. de la citada ley. En ellos siempre podemos encontrar algún contrato indefinido a tiempo completo o a tiempo parcial con dedicación mínima del 50 por ciento de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable que, por tanto, coincide con el presupuesto de hecho de la medida contemplada en el Real Decreto-Ley 3/2014.

la Seguridad Social (de la parte correspondiente al empresario por contingencias comunes), responde a criterios y dinámicas distintas de las precedentes, aunque, obviamente, permanecen algunos aspectos indispensablemente comunes.

Esta “tarifa plana”, tal como la denomina la exposición de motivos del Real Decreto-Ley, presenta un régimen jurídico que puede sistematizarse en los rasgos que presentamos a continuación.

Se parte del establecimiento, como medida principal, de una reducción en las cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes en caso de contratación indefinida (no se aclara si de un trabajador desempleado o de la conversión de un contrato temporal en indefinido, con lo que habría que contemplar ambos supuestos siempre que suponga un incremento neto del nivel de empleo en el sentido que veremos a continuación). Dicha reducción de las cotizaciones se produce estableciendo una cuantía fija en la cotización por estas contingencias. Se excluye de la medida cualquier reducción en las cotizaciones por los demás conceptos cotizables.

La cuantía fija por la que se cotizaría por la parte empresarial por contingencias comunes es de 100 euros mensuales en caso de que la contratación indefinida lo fuera a tiempo completo. En caso de contratación a tiempo parcial, dicha cuantía será de 75 euros mensuales “cuando la jornada de trabajo sea, al menos, equivalente a un 75 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable”; y de 50 euros mensuales cuando lo sea “al menos” equivalente al 50 por 100. Por tanto, no daría derecho a reducción alguna conforme a esta medida si la dedicación del contrato indefinido fuera inferior al citado 50 por ciento. En este caso, habría que acudir a otras medidas selectivas de fomento como las previstas para el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa si se reunieran los requisitos objetivos y subjetivos para ella.

Por otra parte, tal como dispone la disposición adicional única del Real Decreto-Ley, no le será de aplicación esta reducción a la cotización por horas complementarias de aquellos contratos a los que le fuera de aplicación la misma. Las horas complementarias, instrumento esencial en el fomento del contrato a tiempo parcial (indefinido o temporal) en la modificación que del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial ha hecho el Real Decreto-Ley 16/2013, se excluyen de esta medida. La propia disposición de una cotización a tanto alzado por contingencias comunes (de la parte correspondiente al empresario) casa mal con un modelo dinámico de dedicación como el que plantea el pacto de horas complementarias. La opción del Gobierno ha sido, de esta forma, excluir a las mismas de este criterio de reducción de la cotización frente, por ejemplo, a otro modelo como el previsto en el art. 9 de la Ley 11/2013, que establecía, para el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, un porcentaje de reducción de cotización que podría llegar al 100 por 100 de la parte empresarial de cotización por contingencias comunes.

En todo caso, esta medida dispuesta tiene carácter temporal. Es por tanto coyuntural, lo que la diferencia, en este aspecto, de otras medidas selectivas de fomento de empleo como las previstas en la Ley 11/2013. Esta medida, conforme dispone el segundo párrafo del apartado 1 del artículo único del Real Decreto-Ley 3/2014, se aplica a los contratos formalizados entre el 25 de febrero de 2014 y el 31 de diciembre del mismo año.

Como decíamos, se trata de una medida no selectiva; no se distingue ni sujetos destinatarios de la misma (no se discrimina en este sentido), ni distintas modalidades de contratos indefinidos (más allá obviamente de las vinculadas a otras medidas de fomento que puedan ser concurrentes). Por ejemplo, y a ello nos referimos, no hay exclusión de los contratos discontinuos. Dicho esto sin perjuicio de las exclusiones que dispone el apartado 3 del artículo único del Real Decreto-Ley, que, en todo caso, no toman en cuenta como criterio para las mismas ninguna modalidad sustantiva de contrato indefinido, como la citada.

Tampoco parece limitarse el número de contratos que pueden ser objeto de la reducción en la misma empresa. La medida de fomento se aplicará a todos los contratos formalizados dentro del período establecido, sin más límite que los vinculados al mantenimiento del empleo, total e indefinido, en la empresa en el sentido que veremos a continuación.

La duración de la reducción es de 24 meses desde la formalización del contrato. Además se prevé que durante los 12 meses siguientes determinadas empresas puedan tener derecho a una reducción equivalente al 50 por ciento de la aportación empresarial por contingencias comunes. Esta reducción sólo se dará si la empresa cuenta con menos de diez trabajadores “al momento de celebrar el contrato al que se aplique la reducción”. Este último número, por tanto, deberá referirse a ese momento inicial en que se formaliza la contratación indefinida que da lugar a la aplicación de la citada reducción de las cotizaciones y no se distingue entre contratos indefinidos o temporales. Además, no alude las vicisitudes que puedan haberse dado en la plantilla de la empresa, aunque obviamente deben entenderse aplicable los requisitos de incremento y mantenimiento de empleo a que se condiciona la aplicación de la medida. No habla en esta ocasión de promedio de trabajadores –como sí hace cuando alude a la necesidad de mantener un nivel determinado de empleo-.

8.2.2. Requisitos para acceder a la reducción

Los requisitos para tener derecho a los beneficios de cotización establecidos son los siguientes:

En primer lugar, de cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social. La empresa debe encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Debe ser así en el momento del alta del trabajador y durante la aplicación de la medida (los 24 meses

con carácter general; debe entenderse también durante la reducción aplicable en los 12 meses siguientes para empresas inicialmente de menos de 10 trabajadores). El incumplimiento de las obligaciones (la norma habla de “falta de ingreso, total o parcial, de las obligaciones en plazo reglamentario”, debiendo entenderse tanto tributarias como de Seguridad Social aunque esté refiriéndose a éstas últimas) conllevará la pérdida automática de la reducción a partir del mes en que se produzca el incumplimiento.

En segundo lugar, de no extinción de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios declarados improcedentes en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos. Tampoco deben haberse producido despidos colectivos en los mismos seis meses anteriores a la formalización del contrato que da derecho a la reducción.

No se contemplan, pues, todos los supuestos tradicionalmente incluidos como excluyentes de bonificaciones, ayudas o autorización para contratación temporal como medida de fomento (o, incluso, para permitir la contratación a través de una ETT). Sólo se incluyen los despidos individuales declarados improcedentes (disciplinarios u objetivos) y los despidos colectivos. Otras formas de extinción por causa imputable al empresario como los despidos indirectos o los despidos por razones objetivas procedentes o simplemente no recurridos no darían lugar a la exclusión de la aplicación de la reducción en la cotización de la seguridad social. Tampoco, habría que precisar, aquellos despidos que no concluyen con una declaración judicial de improcedencia ya que este es el término, aparentemente estricto, que usa la norma y que amplía grandemente por la propia dinámica del despido los supuestos contemplados (un despido reconocido como improcedente que no da lugar a la acción correspondiente no da lugar a su declaración como tal, que corresponde en exclusiva al juzgado de lo social correspondiente. Se excluirían igualmente los supuestos resueltos en conciliación previa).

Pero, además, y en todo caso, el decreto ley excluye expresamente “a los efectos del cumplimiento de este requisito” las extinciones, cualquiera que fuera su causa, producidas con anterioridad a la fecha de efectos de la aplicación de la reducción (25 de febrero de 2014). De esta forma, no se toman en consideración ni siquiera los despidos individuales improcedentes o los despidos colectivos si estos se produjeron antes de la fecha a partir de la cual el Real Decreto-Ley dispone la aplicación de la reducción de cotizaciones.

En tercer lugar, la celebración de contratos indefinidos que dan lugar a la reducción de cotización ha de suponer un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel total de empleo de la empresa. Para ello se acude a una referencia diaria de promedio de trabajadores que hayan prestado servicios en los treinta días anteriores a la celebración del contrato. Por tanto, ha de considerarse dicho promedio de trabajadores (debe entenderse que distin-

guiendo entre tal promedio general y el promedio de indexados) y el contrato a celebrar debe suponer un incremento neto. Claro que como esta referencia puede variar, puede corresponder al empresario modular el momento en que se formaliza dicho contrato.

Se puede plantear un problema sobre cómo calcular dicho promedio. En principio, surge del número de días de trabajo con trabajadores fijos o temporales en el período indicado, pero se pueden plantear algunos problemas prácticos. Por ejemplo, ¿se computan los trabajadores que estén en situación de suspensión con derecho de reserva de puesto de trabajo? Parece que debe ser así, pero, ¿y los que los sustituyen con un contrato de interinidad?; por otro lado, ¿cómo se computan los trabajadores fijos discontinuos o fijos periódicos si los treinta días anteriores a coincide con un período de no actividad?

Son algunas de las preguntas que podrían hacerse. De cualquier forma, y en una primera aproximación, parece claro que, en general, esta medida no toma en cuenta que nuestro mercado de trabajo tiene un carácter fuertemente estacional. Así, si en un período relativamente corto anterior a la contratación indexada que da lugar a la reducción en la cotización se ha de calcular el promedio de empleo, general e indexado, parece evidente que se puede desincentivar la contratación de trabajadores tras un período estacional donde se ha podido producir naturalmente un incremento de la contratación, impidiendo de hecho la conversión de estos trabajadores estacionales en indexados si con ello la empresa tiene dificultades para incrementar el empleo neto en comparación con dicha fecha

También se puede plantear problemas con el cómputo de los trabajadores a tiempo parcial, sobre todo si su dedicación es unas horas a la semana o al mes (distribución vertical) porque, ¿cómo se computan estos trabajadores? La previsión legal no distingue y, por tanto, en nuestra opinión no cabe aplicar criterios de proporcionalidad no previstos (conforme el propio art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores sólo sería posible cuando lo previera la ley). Claro que el problema se plantea o, mejor, se hace evidente cuando la distribución de la jornada conlleva que el trabajador pueda trabajar unos días a la semana, donde la tentación puede ser computarlo a estos efectos en proporción a su dedicación en el mes o dentro del período de referencia para el cálculo del empleo que ha de mantenerse.

Todas estas cuestiones, en nuestra opinión, traslucen la premura con que parece que se han adoptado los términos de una medida como ésta. Es evidente que sólo si se produce un crecimiento neto del empleo y, en particular, del empleo indexado, puede justificarse una reducción tan general de las cotizaciones a la Seguridad Social como la dispuesta. Pero es clave también que dicha medida tenga referentes claros y posibles y no sea incoherente consigo misma ni sobre todo con algunos rasgos propios de nuestro maltrecho mercado de trabajo.

En este sentido, en nuestra opinión, y por intentar aportar soluciones a los problemas que estamos planteando, y al tratarse de empleo neto, no deberían computarse doblemente los trabajadores sustituidos y los trabajadores con un contrato de interinidad. En cambio, sí deberían tenerse en cuenta los trabajadores contratados bajo esta modalidad que suplieran o cubrieran una vacante, dado que, en este caso, estaríamos hablando de un puesto de trabajo estructural para cuya cobertura definitiva debería fomentarse la contratación indefinida; pero, precisamente, la norma no está contemplando directamente la conversión de contratos temporales en indefinidos como vía, al menos, para aceptar per se el cumplimiento de incremento neto de empleo indefinido.

El tema de los trabajadores estacionales requiere una reflexión más concreta. Los contratos indefinidos deberían contar como indefinidos a todos los efectos. Esta es su consideración y no otra. Además, la norma no habla de “jornadas de trabajo” contratadas; sino de promedio de trabajadores. Y aquí, como en el art. 72 del Estatuto de los Trabajadores, estas modalidades de contratación indefinida se computan como trabajadores a todos los efectos. Sin embargo, como hemos destacado, crea distorsiones precisamente en el sentido que decimos. Tras un período estacional con un incremento de las “jornadas” de trabajo, la referencia de empleo neto puede sufrir una comparación que dificulte su cumplimiento en los términos de la norma; por el contrario, en el supuesto opuesto, es fácil llegar a dicho cumplimiento si la contratación indefinida se hace tras dicho período estacional.

Teniendo en cuenta que la estacionalidad es una característica muy evidente de nuestro mercado de trabajo, es claro que condiciona la aplicación de una medida como ésta. Debería haberse tomado en cuenta este aspecto y condicionar el mantenimiento de empleo a estos rasgos. Por ello, quizá hubiera sido conveniente, desde la propia lógica de la norma, contemplar con criterios propios la conversión de contratos temporales en indefinidos y, también, de contratos a tiempo parcial en tiempo completo para así conseguir el objetivo declarado en la exposición de motivos.

En cuarto lugar, el mantenimiento del nivel de empleo indefinido y total alcanzado con dicha contratación debe mantener durante al menos 36 meses, a contar desde la fecha de efectos del contrato indefinido que da lugar a la ayuda. Se pretende, por tanto, una estabilidad en la situación de la plantilla. Para ello, la norma prevé que “se examinará el mantenimiento del nivel de empleo indefinido y del nivel de empleo total cada doce meses”. De nuevo, la referencia será el mes (treinta días decía el apartado anterior) de la contratación dado que para dicho examen “se utilizarán el promedio de trabajadores indefinidos y el promedio de trabajadores totales del mes en que proceda examinar el cumplimiento de este requisito”. No se toma en consideración, como hemos visto, el carácter estacional de estos servicios, condenando a la utilización de esta

medida fuera de los meses en que la actividad de la empresa requiriera de esta mano de obra estacional.

En todo caso, y como veíamos con anterioridad tampoco se tendrán en cuenta a los efectos de examinar el nivel de empleo referido y su mantenimiento, las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despido disciplinario no declarados expresamente improcedentes (ya nos hemos pronunciado al respecto). Se toman en cuenta por tanto, sólo los despidos colectivos y los despidos individuales (por motivos disciplinarios o por causas objetivas) que hayan sido recurridos y declarados improcedentes. No se dice nada de los supuestos de extinción de contratos de trabajo por otras causas, por ejemplo por ?nalización del término o plazo en los contratos temporales, que necesariamente tendrán incidencia en las reglas sobre el requisito de mantenimiento del nivel de empleo porque esta referencia es necesariamente objetiva (y se refiere, como hemos visto, al promedio de trabajadores durante el mes o treinta días –la norma recoge incorrectamente ambos períodos- anteriores a la formalización de la contratación independiente que da lugar a la reducción de cotizaciones).

Finalmente, y en quinto lugar, para acceder a la citada reducción la empresa no puede haber sido excluida del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de programadas de empleo conforme las sanciones previstas en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social por la comisión de determinadas infracciones administrativas (no todas las que pueden dar lugar a la exclusión de dichos beneficios). Estas infracciones son las previstas en el art. 22.2 (infracción grave por no dar de alta a los trabajadores) y las recogidas en los arts. 16 y 23 (infracciones muy graves en materia de empleo y en materia de seguridad social).

Debe recordarse a estos efectos que, conforme lo dispuesto en el art. 46 de dicha norma, y sin perjuicio de las sanciones administrativas previstas, los empresarios que hubieran cometido las infracciones recogidas en el art. 15.3 de la LISOS (referida al incumplimiento sobre reserva de plazas de personas con minusvalía y no contemplada a estos supuestos) y los arts. 16 (infracciones muy graves en materia de empleo) y 23 de la citada ley (infracciones muy graves en materia de seguridad social) “podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios por un período máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción”³⁹. En los supuestos en que el empresario

³⁹ Entre otras sanciones accesorias previstas en esta norma como, genéricamente, las siguientes: perderán automáticamente las ayudas o bonificaciones de los programas de empleo; podrán ser excluidos del acceso a tales beneficios durante dos años; y, en los casos previstos en los apartados 3 y 4 del art. 16 citado (con carácter general, obtener indebidamente ayudas o no aplicar o desviar las mismas a fines distintos), obligados a devolver las cantidades obtenidas indebidamente o no aplicadas o aplicadas incorrectamente.

hubiera cometido la infracción recogida en el art. 22.2 (“no solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido”) se prevé, además de la pérdida de las ayudas y bonificaciones, la referida exclusión, pero durante el plazo de un año (salvo en caso de reiteración de la referida infracción en cuyo supuesto se puede ampliar a dos años).

Por tanto, es requisito de acceso a la medida establecida no estar incurso en esta sanción accesoria, cuya vigencia temporal es la prevista en la norma sancionadora referida. Pero, si atendemos a la dicción legal y a la necesaria interpretación restrictiva de las normas sancionadoras, no se tomarían en cuenta la posibilidad prevista de aplicar esta sanción para los casos de incumplimiento de las normas sobre reserva de plazas de trabajadores con minusvalía. Ojalá sea un olvido del legislador urgente que se corrija (aún no se ha hecho), porque qué duda cabe de que, precisamente en este tema, la protección de los trabajadores minusválidos debería tener una atención especial.

8.2.3. Supuestos excluidos de la medida

Conforme lo previsto en el apartado 3, las reducciones previstas no se aplicarían a una serie de supuestos.

En primer lugar, no se aplicarían a las relaciones laborales de carácter especial; ni a la contratación de trabajadores cuya actividad conlleve su inclusión en cualquier sistema especial del Régimen General de la Seguridad Social.

Aunque evidentemente estas dos excepciones incluyen una pluralidad de supuestos⁴⁰, es obvio que afecta fundamentalmente tanto a empleados de hogar como a trabajadores agrarios por cuenta ajena. En ambos casos, la exclusión podría discutirse. Particularmente en el primero de los citados si se tiene en cuenta la posibilidad perdida de incrementar las tasas de regularización de estos trabajadores y de inclusión en el régimen de seguridad social. Téngase en cuenta que este fue el propio objetivo del Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (que modificó el inicial criterio de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuando dispuso la inclusión de estos trabajadores en el Régimen General).

En segundo lugar, excluye, en línea con otras medidas de fomento, a las contrataciones que afecten al cónyuge o parientes hasta segundo grado por

⁴⁰ A todas las relaciones laborales de carácter especial que impliquen la posibilidad de un contrato indefinido (aunque no son muchas) y a los incluidos en otros sistemas especiales de cotización, aun arcaicos, que con esta norma se ven excluidos (posiblemente sin motivos) de la medida. Evidentemente, por tanto, parece que la exclusión está referida a los supuestos citados: empleados de hogar y trabajadores agrarios.

consanguinidad o afinidad y extendiéndose a los casos de parentesco referidos a la persona que ostente el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración. No se incluye en esta exclusión a los hijos de trabajadores autónomos en el sentido que dispone la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo (que permite esta contratación por cuenta ajena, pero los excluye de las prestaciones por desempleo).

También se excluye a la contratación en el ámbito del sector público, que por tal disposición quedan excluidos de la medida. Dicha exclusión se hace en relación con la mención a la contratación de empleados en los términos establecidos en los arts. 20 y 21 y disposición adicional 20ª y 21ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que regulan, con carácter excepcional, las posibilidades muy restrictivas de contratación en este ámbito para 2014.

Y finalmente, a la contratación de trabajadores contratados en otras empresas del grupo. En este caso, exclusivamente si sus contratos previos se hubieran extinguido por despidos individuales (objetivos o disciplinarios) "declarados judicialmente como improcedentes", o por despidos objetivos, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la reducción.

Por tanto, aun cuando perteneciera a empresas del grupo, no se prevé exclusión alguna si la causa de extinción se debiera a cualquier otro motivo o, simplemente, si no ha sido recurrida o declarada judicialmente improcedente.

Si, por el contrario, el trabajador perteneciera a la misma empresa, no dará en principio derecho a la reducción si en los seis meses anteriores hubiera prestado servicios en la misma con un contrato indefinido.

No obstante, la norma prevé una excepción muy amplia en los dos supuestos anteriores (concurrente con el período de aplicación de los requisitos de no extinción previa de contratos): "no será de aplicación para el supuesto de trabajadores cuyos contratos de trabajo se hubieran extinguido antes del 25 de febrero de 2014". Por tanto, sólo es hábil dicha exclusión a partir del plazo de aplicación de la medida, con lo que se reduce de forma importante la efectividad de un requisito o de una exclusión aparentemente importante.

8.2.4. Efectos y dinámica de la medida

Los efectos de dicha medida en materia de seguridad social se recogen en los apartados 4 a 7 del artículo único del Real Decreto-Ley.

La aplicación de dicha reducción no afecta a la determinación de las prestaciones económicas a que pudiera acceder el trabajador; a efectos de cálculo de las mismas las bases reguladoras tendrán como referente el importe íntegro de la base de cotización que les corresponda. No puede ser de otra forma.

En otro orden de cosas, dentro de la dinámica de la medida y su régimen de compatibilidad, el Real Decreto-Ley declara expresamente la incompatibilidad

de la misma con la de cualquier otro beneficio en la cotización a la Seguridad Social por el mismo contrato y “con independencia de los conceptos a los que tales beneficios pudiera afectar”. Ya hemos hecho referencia a cómo una medida como esta puede tener elementos de intersección o concurrencia con otras medidas, más selectivas, como las previstas en la Ley 11/2013.

Y, por último, dentro del régimen jurídico que establece para esta medida, el Real Decreto-Ley regula los supuestos de aplicación indebida de la reducción, incluidos los relativos al incumplimiento del mantenimiento del nivel de empleo, general e indefinido, a que se condiciona la reducción de la cotización.

Con carácter general, y además de las sanciones administrativas que pueden derivarse por las infracciones administrativas que podrían devenir, en los supuestos de aplicación indebida de la reducción, por incumplir las condiciones establecidas, procederá el reintegro de las cantidades dejadas de ingresar con el recargo y el interés de demora correspondientes, conforme a lo establecido en la normativa recaudatoria de la Seguridad Social.

Pero, en el caso concreto de incumplimiento del requisito de mantenimiento durante un período de 36 meses de los niveles de empleo, general e indefinido, el reintegro se matiza en función de cuándo se produce el referido incumplimiento.

De esta forma, “si el incumplimiento de la exigencia del mantenimiento del nivel de empleo se produce a los doce meses desde la contratación, corresponderá reintegrar el 100 por 100 de la citada diferencia”; “si tal incumplimiento se produce a los veinticuatro meses desde la contratación, corresponderá reintegrar el 50 por 100 de la citada diferencia”; y, “en caso de que el incumplimiento se produjera a los treinta y seis meses desde la contratación, corresponderá reintegrar el 33 por 100 de la citada diferencia”.

En estos casos [en los mismos supuestos de reintegro por incumplimiento del requisito previsto en el apartado 2.d)], no procederá exigir recargo e interés de demora.

9. REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, nos encontramos con dos nuevas normas laborales que, no siendo las únicas que incorporan modificaciones a la regulación del contrato de trabajo (habría que incluir la curiosa suspensión de efectos –a esto lo llamábamos antes simplemente derogación- del art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores que hace la Ley 22/2013, de Presupuestos Generales del Estado para 2014), representan una forma de legislación basada en sucesivas reformas laxamente justificadas en razones de urgencia. Ello incorpora en nuestra opinión incertidumbre e inseguridad jurídica y coadyuva mal a una pésima

situación de nuestro mercado de trabajo. Si además los contenidos tienen una entidad como los analizados se pone de mani?esto con claridad un problema añadido de inde?nición ante la sucesión de reformas. Se están modi?cando aspectos previamente tratados en reformas inmediatas y que ahora se pretenden justificar bajo el eufemismo de “ajustes menores” que realmente no son. Cómo se puede cali?car así a la modi?cación esencial del régimen de contratación, particularmente del contrato a tiempo parcial, de la gestión del tiempo de trabajo o cómo puede obviarse un mandato de armonización de las medidas de fomento del empleo cuando se modi?can los criterios antecedentes en la concepción de esta materia.

Es necesario un debate previo y más sosegado sobre cuál es o cuál debe ser el marco jurídico estable en que se desarrolle nuestro denominado mercado de trabajo y que evite la inseguridad jurídica. La situación lo requiere.