

EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL DE 2021 SOBRE EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL: UNA NUEVA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA PARA ABORDAR LOS CAMBIOS PENDIENTES

CARMEN FERRADANS CARAMÉS
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

Palabras clave: reforma laboral de 2021, trabajo a tiempo parcial

Uno de los ejes sobre los que gira la reforma laboral de 2021 es la introducción de un cambio de paradigma en el sistema de contratación español y una nueva forma de entender las relaciones laborales en la empresa, que tiene por objeto mejorar la calidad del empleo. A este fin coadyuvan toda una serie de modificaciones que, de inicio, no están directamente relacionadas con la contratación a tiempo parcial, pero que, de facto, tienen cierto impacto sobre algunos aspectos de su régimen jurídico y sobre su expansión. Entre ellas se pueden destacar: la eliminación del trabajo fijo periódico como tipo del trabajo fijo a tiempo parcial, las limitaciones a la contratación fija discontinua a tiempo parcial o las novedades implantadas en torno a la contratación formativa a tiempo parcial.

Ahora bien, a pesar de las reformas realizadas al hilo del RDL 32/2021, no se puede dejar de observar que es necesario que el legislador intervenga en el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial, tanto desde un punto de vista contractual como prestacional, para garantizar una adecuada transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 y el cumplimiento de los requerimientos derivados de la jurisprudencia comunitaria y nacional.

ABSTRACT

Key words: 2021 labour reform, part-time work

One of the axis about which the 2021 labour reform turns is the introduction o a change of paradigm in the system of Spanish hiring and a new form of understand the labour relations in the companies, that have the objective of improving the quality of employment. To this end, they contribute a series of modifications that, from the start, are not directly related with part time hiring, but that, de facto, have an impact of some aspects of their legal system and about their expansion. Among this we can highlight: the elimination of periodical fixed work as a type of fixed part time work, the limitations to fixed hiring discontinuous part time work or the new implanted about part time training hiring.

However, despite the reforms realized in RDL 32/2021, we can't stop observing that it is necessary for the legislator to intervine in the legal system of part time work, as much as from this contractual point of view and Social Security, to guarantee an adequate changeover of the Directive (UE) 2019/1152 and the fulfilment of the requirements derived from the UE and national jurisprudence.

ÍNDICE

1. LA INTRODUCCIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA EN LA CONTRATACIÓN
2. LA ELIMINACIÓN DEL TRABAJO FIJO PERIÓDICO COMO ESPECIE DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL FIJO
3. LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN FIJA DISCONTINUA A TIEMPO PARCIAL
4. LA CONTRATACIÓN FORMATIVA A TIEMPO PARCIAL: NOVEDADES
5. IMPACTO DE LAS NUEVAS REGLAS SOBRE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN
6. ALGUNAS REFORMAS PENDIENTES
 - 6.1. Obligaciones derivadas de la implementación de la directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones de trabajo transparentes y previsibles
 - 6.2. Obligaciones derivadas de la aplicación de la jurisprudencia comunitaria y nacional en relación a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial
7. CONCLUSIONES

1. LA INTRODUCCIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA EN LA CONTRATACIÓN

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por el Gobierno español y aprobado por las instituciones europeas en julio de 2021, en el contexto de los efectos socio-económicos originados por la pandemia causada por el virus de la COVID-19, incluye el denominado “*Componente 23: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*”. Frente a la alta tasa de temporalidad y rotación de contratos se propone la Reforma 4: Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal, anunciándose una reforma laboral que, entre otros objetivos, “*simplificará y abordará las modalidades de contratación laboral*”.

A la consecución de este fin coadyuva la aprobación, tras llegar a buen término el diálogo social entre los interlocutores sociales más representativos y el Gobierno, del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, convalidado el 3 de febrero de 2022. Los cambios más relevantes en materia de contratación afectan a las causas y duración de los supuestos de contratación temporal “estructural”, al régimen jurídico y tipos de los contratos formativos, al favorecimiento del uso del trabajo fijo-discontinuo y a la configuración legal del denominado contrato indefinido de obra adscrito al sector de la construcción¹.

¹ De forma amplia, sobre la génesis y contenidos de este Real Decreto Ley, Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022 y Martínez Moreno, C., *Claves prácticas. Reforma laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.

Es obvio que entre los objetivos principales de esta reforma, que intenta cambiar la fisonomía del mercado laboral español y encauzar el camino a una nueva forma de entender las relaciones laborales en la empresa, se encuentra la plasmación de una mejor delimitación entre la contratación indefinida y la temporal, para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal. Ello es evidenciado de forma clara en la Exposición de Motivos de la norma adoptada², que indica lo siguiente: *“promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal constituye un elemento positivo por sí mismo, ya que supone un crecimiento del empleo sostenible en el tiempo, mejora las condiciones de trabajo, refuerza los sistemas públicos de protección social, genera inversiones en las empresas en capital tecnológico y humano y fomenta una auténtica capacidad de adaptación de las mismas, haciéndolas menos volátiles y sensibles a los desajustes coyunturales de cada momento. La reducción de la tasa de temporalidad es un objetivo evidente e ineludible de esta reforma y su consecución será medida del éxito de la misma”*.

Como es conocido, los datos de temporalidad españoles son más abultados que los de la mayoría de los países de nuestro entorno³, lo que revela que alguna anomalía ocurre en nuestro mercado laboral y provoca que desde las instituciones europeas se insista en que esta situación debe ser corregida con la mayor celeridad posible, más aún cuando a pesar de las numerosas reformas y contrarreformas acometidas en los años anteriores los datos de empleo y de calidad de los contratos no han mejorado de forma ostensible.

En este contexto, la modificación sustantiva del sistema de contratación laboral ha afectado de manera relevante al régimen jurídico de la contratación temporal, y pone un especial énfasis en la reforma del contrato de trabajo fijo discontinuo, en el marco de la cual se han introducido cambios en los artículos 16 y 12.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Concretamente, se ha eliminado la escisión entre el trabajo fijo periódico a tiempo parcial y el trabajo fijo discontinuo, precisando la citada Exposición de Motivos que *“desaparece por fin la artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al existir una identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas”* y que *“la presente normativa afina su definición de forma que lo decisivo es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados, de carácter estacional o vinculados a actividades productivas*

² Vid Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *Temas Laborales*, nº161, 2022, pág. 29.

³ En diciembre de 2021 la contratación temporal en España superaba el 26% del volumen de contratación total existente.

de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”.

En lo que se refiere al contrato a tiempo parcial, por consiguiente, no se han realizado cambios de hondo calado. No obstante, son varios los aspectos de la reforma cuya repercusión en esta modalidad contractual debe ser destacada y analizada de manera más detenida: la eliminación del trabajo fijo periódico como especie del trabajo a tiempo parcial fijo, la introducción de limitaciones a la contratación fija discontinua a tiempo parcial, la modificación realizada en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones sobre las infracciones laborales en materia de contratación, y algunas de las transformaciones introducidas en el régimen jurídico de los contratos formativos. Asimismo, hay que avanzar que en los primeros meses de andadura de la reforma laboral de 2021 uno de los primeros efectos que se constata es el aumento de la contratación indefinida a tiempo parcial y fija discontinua⁴, por lo que parece que las empresas han acudido, ante las restricciones a la contratación temporal implantadas, a estas modalidades contractuales para conseguir ciertos márgenes de flexibilidad. Ello tendrá un impacto directo en el aumento de la presencia del trabajo a tiempo parcial en nuestro mercado de trabajo, que actualmente gira en torno a un 14% del total de la contratación, afectando a un 22,73% de la contratación femenina y a un 6,46% de la masculina.

A este análisis debemos añadir, finalmente, que es conveniente efectuar una valoración crítica sobre los aspectos pendientes de ser abordados por el legislador español en relación a este tipo contractual, que no son pocos, y que inciden tanto en su regulación laboral como en su protección social. Aunque los cambios constantes en el sistema de regulación del trabajo a tiempo parcial han constituido un elemento negativo en su propia evolución, en este momento, sin embargo, hay que indicar

⁴ Según los datos precisados por el Ministerio de Trabajo a principios de mayo, el 60% de los contratos indefinidos firmados en abril de 2022, el primer mes en el que se aplican las disposiciones de la reforma sobre la contratación, fueron a tiempo parcial y fijos discontinuos. En concreto de los casi 700.000 contratos indefinidos firmados en abril, los contratos a tiempo completo sumaron 284.732, en tanto que los firmados a tiempo parcial y fijos discontinuos totalizaron 413.732. Además, hay que resaltar que en abril de 2022, del 1.450.093 contratos suscritos, 698.646 fueron indefinidos (el 48,2% del total), lo que revela que en una primera valoración, que deberá ser respaldada en los próximos meses, los resultados de la reforma legislativa son alentadores; y a ello hay que añadir que en abril de 2022 se han superado los 20 millones de afiliados a la Seguridad Social (concretamente 20.098.119), algo que no se había producido en los 22 años que contabiliza la serie histórica. A principios de junio, los datos anunciados se consolidan, de los 1.640.595 contratos suscritos en el mes de mayo de 2022, 730.427 son indefinidos (el 44,5%). De ellos 291.308 son a tiempo completo, 264.524 fijos discontinuos y 174.595 a tiempo parcial.

que tanto la normativa como la jurisprudencia comunitaria precisan una pronta intervención del legislador español en algunos aspectos de su régimen jurídico⁵.

2. LA ELIMINACIÓN DEL TRABAJO FIJO PERIÓDICO COMO ESPECIE DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL FIJO

Hasta la reforma laboral de 2021, en la regulación del trabajo a tiempo parcial incluida en el artículo 12 ET se localizaba referencia al trabajo fijo periódico como especie del trabajo a tiempo parcial fijo, que se caracterizaba por la realización de trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa, es decir, que se repetían en fechas ciertas. La reforma laboral de 2001 fue la que introdujo la escisión del trabajo fijo discontinuo en dos subtipos, el regulado en el actual artículo 16 ET –en aquel momento en el 15.8 ET– y el del artículo 12.3 ET.

Desde años atrás, el legislador ha optado por incluir en el marco del trabajo a tiempo parcial realidades diversas, que atienden a necesidades distintas⁶. Conceptualmente es indiscutible que todas ellas se integran dentro de la figura general de este tipo contractual, y así se evidencia en la normativa comunitaria, concretamente en la cláusula 3 de la Directiva 97/81/CE⁷, del Consejo, 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido entre UNICE, CEEP y CES. Ahora bien, aunque esta integración encaja con la normativa aplicable, ello no quiere decir que a ciertas variantes de esta modalidad contractual se les deba aplicar un régimen común y uniforme, pues el trabajo a tiempo parcial y el fijo discontinuo atienden a objetivos diversos, por lo que la orientación de su regulación debe ser diferente. A mayor abundamiento, hay aspectos

⁵ Cfr. Ferradans Caramés, C., “Cuestiones de actualidad sobre el régimen jurídico laboral del trabajo a tiempo parcial”, en AA.VV., *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Coordinador González Ortega, S., *Monografías de Temas Laborales*, Sevilla, 2020, pág. 175.

⁶ Cfr., ampliamente, sobre los antecedentes, García Ortega, J., *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los Trabajadores Fijos Discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990 y Yanini Baeza, J., *La contratación para trabajadores fijos discontinuos*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1998.

⁷ Dicha cláusula establece lo siguiente: “1. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo parcial» a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable. 2. A efectos del presente Acuerdo, se entenderá por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias. En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales”.

concretos de su régimen jurídico, por ejemplo, las horas complementarias, que sólo tienen sentido en el grupo común, y no en una variante como el trabajo a tiempo parcial fijo periódico –que habitualmente durante el período de su desempeño se realiza con una jornada a tiempo completo–. De ello se infiere que la escisión del trabajo fijo discontinuo es dos variables, una unida al trabajo a tiempo parcial, y otra con autonomía y sustantividad propia, podía resultar artificiosa y desprovista de justificación objetiva y razonable⁸.

Por consiguiente, a nuestro juicio, la certeza o no de las fechas de la prestación de servicios no justificaba la bifurcación existente entre los trabajadores fijos discontinuos, pues este parámetro es muy relativo y en muchos casos en la dinámica del mercado laboral es prácticamente imposible precisarlo, pudiendo ser inviable la predeterminación de cuándo se va a iniciar una actividad y cuál va a ser su intensidad, e incluso, si ello fuera factible, se podría alterar con relativa facilidad.

En adición, la diferenciación instaurada ha provocado en estos años algunas distorsiones, esencialmente en relación a la protección social, pues las reglas que rigen sobre los contratos a tiempo parcial presentan importantes diferencias y unos efectos ciertamente perversos para los afectados, a mayor abundamiento, mayoritariamente mujeres.

Es decir, aun cuando los trabajos fijos discontinuos, periódicos y no periódicos, se caracterizan por suponer la disminución de los días de trabajo al año, sus relevantes especialidades aconsejan un tratamiento separado del tronco común del trabajo a tiempo parcial. Ello se ve reforzado por el nuevo papel atribuido por la reforma laboral de 2021 al trabajo fijo discontinuo, dado que la expansión de su objeto y ámbito de aplicación exige aún más la distinción de su régimen jurídico⁹.

A mayor abundamiento, desde el punto de vista de la técnica jurídica, esta opción es facilitada por la vigente regulación individualizada de esta figura contractual en el artículo 16 ET. Esto no fue así en sus orígenes, pues inicialmente

⁸ En este sentido Ferradans Caramés, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 248.

⁹ Tras la entrada en vigor del RDL 28/2021, de 29 de diciembre, el artículo 16 ET extiende su objeto, precisándose que “*el contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados*”. Asimismo, este contrato podrá concertarse “*para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa*”. Y finalmente, se puntualiza que podrá celebrarse este contrato “*entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida, en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*”.

el tratamiento del trabajo fijo discontinuo fue realizado en el artículo 12 ET¹⁰, hasta que en 2001 el legislador decidió separar el trabajo fijo discontinuo periódico del no periódico, adoptando como parámetro diferenciador de los mismos la previsibilidad o no de las fechas de los servicios, y, mientras el que conocía las fechas de inicio y fin de actividad era calificado como trabajo a tiempo parcial y permanecía en el artículo 12.3 ET, el no periódico era ubicado sistemáticamente en el artículo 15.8 ET.

En cualquier caso, aunque se concluya que la nueva opción por la que se decanta la reforma laboral de 2021 responde a la premisa de que aun encajando esta figura en el concepto del contrato a tiempo parcial ello no quiere decir que se deba aplicar un régimen común y uniforme, ello no obsta a que se considere pertinente la aplicación de los principios generales orientativos que derivan de la Directiva 97/81/CE, es decir la voluntariedad, la igualdad, y cuando corresponda la proporcionalidad, la no discriminación y el acceso efectivo a la protección social.

En definitiva, como anuncia la Exposición de Motivos del RDL 32/2021, que resalta que *“no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico, incluyéndolos en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge el catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato”*, la reforma laboral de 2021 acertadamente regula que todos los trabajos fijos discontinuos tendrán un régimen jurídico homogéneo en materia laboral y de Seguridad Social, desgajado del establecido para los trabajos a tiempo parcial en el artículo 12 ET. Es más, en relación a la protección social, dado que en el espíritu de la reforma se puede visibilizar claramente la intención de potenciar el trabajo fijo discontinuo, ya se aprecian paulatinos cambios y mejoras, como las introducidas en la Disposición Final 6ª del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo, que modifica el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), con el fin de garantizar el acceso de este colectivo a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social¹¹.

¹⁰ En el seno del artículo 12 ET se distinguió entre el denominado trabajo fijo discontinuo estable (realizado en fechas ciertas) y el inestable (en fechas inciertas), dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Cfr. al respecto González del Rey Rodríguez, I., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 281.

¹¹ Este cambio sigue lo establecido en la Disposición Final Sexta del RDL 32/2021, que emplaza al Gobierno a regular, *“en el marco de la reforma del nivel asistencial por desempleo, las modificaciones necesarias para mejorar la protección del colectivo de fijos-discontinuos, permitiéndoles el acceso a los subsidios por desempleo, en las mismas condiciones y con los*

3. LIMITACIONES A LA CONTRATACIÓN FIJA DISCONTINUA A TIEMPO PARCIAL

Siendo la valoración del cambio que se acaba de analizar positiva, empero, hemos de ahondar en el análisis de las modificaciones realizadas sobre el régimen jurídico de los trabajos fijos discontinuos y evaluar la limitación implantada en relación a la contratación fija discontinua a tiempo parcial. El artículo 16.5 ET precisa que sólo cabrá la celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial, en caso de que así sea previsto en los convenios colectivos sectoriales, *“cuando las peculiaridades del sector así lo justifiquen”*.

Probablemente late en esta restricción la perspectiva de que la contratación fija discontinua a tiempo parcial puede ser un indicio de precariedad laboral y, por ello, la reforma, que tiene su génesis en un acuerdo social que pretende mejorar la calidad del empleo en el mercado laboral español, obstaculiza esta combinación a fin de conseguir que la regla general sea la contratación fija discontinua a tiempo completo.

Sin embargo, pudiendo coincidirse con el objetivo señalado, no se puede eludir lo establecido en la Directiva 97/81/CE, concretamente en la cláusula 5.1 del Acuerdo marco anexo a la misma, que subraya que: *“En el contexto de la cláusula 1 del presente Acuerdo y del principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo: a) los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, deberían identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos; b) los interlocutores sociales, dentro de su ámbito de competencias y a través de los procedimientos previstos en los convenios colectivos, deberían identificar y examinar los obstáculos que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos”*.

Es decir, con la medida instaurada se podría considerar que se está introduciendo un potencial obstáculo a la contratación a tiempo parcial, lo que debería haber sido ponderado adecuadamente. Es cierto que la legislación no introduce una limitación absoluta y taxativa, pues se admite la intervención de la negociación colectiva estatutaria sectorial al respecto, pero se debería haber valorado con más detenimiento por los agentes sociales y el Gobierno si esta restricción resulta proporcionada al fin pretendido.

mismos derechos que se aplican al resto de personas por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social protegidos por la contingencia de desempleo”. Entre las modificaciones realizadas en el RDL 3/2022 se encuentra la regulación del acceso de los trabajadores fijos discontinuos al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, estimando el Gobierno que podrán acceder a esta prestación unos 18.000 trabajadores fijos discontinuos, que podrán cobrar doce pagas de 463,2 euros (80% IPREM) hasta su acceso a la pensión contributiva de jubilación.

Es obvio que las negociaciones de convenios colectivos de ciertos sectores, como el de la hostelería o el de los monitores de centros escolares, inevitablemente deberán prever esta posibilidad, puesto que las empresas demandarán la flexibilidad que les aporta esta manera de gestionar los recursos humanos. Es más, en un supuesto como el del último convenio citado, la actividad del empleador será sólo de temporada, por lo que el trabajador fijo discontinuo se asimilará al trabajador a tiempo completo de la empresa, de lo que derivará que la jornada establecida en el convenio colectivo sectorial aplicable por lo general será reducida¹², en referencia al ciclo o período de actividad. En este sentido, se puede localizar alguna sentencia que distingue¹³, a la hora de verificar la existencia de un trabajador fijo discontinuo a tiempo parcial, si la empresa tiene una actividad permanente o discontinua, señalando que si es permanente el punto de referencia es el trabajo fijo continuo y, en caso contrario, el fijo discontinuo.

A mayor abundamiento, es necesario subrayar que la jornada de un trabajador fijo discontinuo habitualmente es irregular, de prestación no prevista perfectamente, un tanto aleatoria, cierta en que se va a realizar, pero incierta en cuanto al cuándo y al cuánto –según el artículo 16.2 ET se deberá precisar en el contrato la jornada y su distribución horaria, aunque podrá hacerse con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento–. Por lo tanto, su ejecución puede requerir, según las circunstancias, el desarrollo de una jornada a tiempo completo, a tiempo parcial, o incluso la realización de un volumen de horas de trabajo adicional al ordinario o inicialmente pactado. Más aún cuando desde la entrada en vigor del RDL 32/2021 el contrato fijo discontinuo se configura de forma más amplia, de modo que ya no sólo tiene por objeto la satisfacción de las necesidades que se presentan en unas actividades cíclicas que aparecen con una determinada cadencia temporal, sino que también puede concurrir en la prestación de servicios que tenga por objeto la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa o en el marco de una contratación con una empresa de trabajo temporal para su cesión a una empresa usuaria.

A los efectos pertinentes, y en la línea de no establecer obstáculos innecesarios al desarrollo del trabajo a tiempo parcial, incluso resulta factible la conclusión

¹² Por ejemplo, el VI convenio colectivo de monitores de centros escolares públicos de Aragón, Boletín Oficial de Aragón de 2 de noviembre de 2021, en su artículo 11 establece que la empresa se compromete a utilizar de forma general el contrato de fijos discontinuos como medida de fomento del empleo estable y mejora de la calidad del mismo, así como del servicio prestado y en su artículo 27 precisa que la jornada anual durante la vigencia del presente convenio será de 1665 horas de trabajo efectivo a jornada completa, o aquella que establezca el convenio colectivo del personal laboral de la Diputación General de Aragón, categoría auxiliar de puericultura para dicho período.

¹³ Cfr. STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2001, rec.383/2001.

de un pacto de horas complementarias en un trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial, que permitiría atender los aumentos de jornada que sean requeridos para satisfacer necesidades empresariales tales como las dependientes de factores climatológicos y de campaña fluctuantes, siempre y cuando se respeten las normas de derecho necesario absoluto establecidas en el artículo 12.5 ET en relación a, entre otros aspectos, el montante de horas complementarias pactado y realizado, el cumplimiento del preaviso, el disfrute de los períodos de descanso imperativos, etc. En los antecedentes legislativos de esta materia sólo se puede citar una restricción que fue aplicable en un breve lapso temporal, entre la entrada en vigor del RDL 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado laboral en relación al trabajo a tiempo parcial y al fomento de su estabilidad, y la del RDL Ley 5/2001, de 2 marzo –posteriormente homologado por la Ley 12/2001, de 9 de julio–. Así, el artículo 12.5.b) ET resultante del acuerdo concluido en 1998 entre el Gobierno y los representantes sindicales más representativos a nivel Estatal precisó lo siguiente: “*Sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida. En el caso de contratos de trabajo fijo-discontinuo, sólo se podrá pactar la realización de horas complementarias cuando los trabajadores, dentro del período de actividad, realicen una jornada reducida respecto de los trabajadores a tiempo completo*”. El segundo inciso de este precepto fue suprimido al hilo de la reforma laboral 2001, probablemente a causa de su rigidez¹⁴, por lo que en estos supuestos lo esencial será determinar quién es el trabajador fijo discontinuo a tiempo completo comparable y comprobar que tras la realización de horas ordinarias y complementarias en un trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial no se supera el umbral que separa a ambos.

Como quiera que parece ostensible que en bastantes sectores y actividades las empresas demandarán la contratación de trabajadores fijos discontinuos a tiempo parcial, para satisfacer sus necesidades de flexibilidad y atender sus requerimientos fluctuantes, en consonancia con lo dispuesto por la cláusula 5.1 del Acuerdo marco de la Directiva 97/81/CE, parece desproporcionado condicionar la suscripción de contratos fijos discontinuos con una jornada a tiempo parcial a la previsión de esta posibilidad en convenios colectivos sectoriales, a causa de que las peculiaridades de los mismos así lo justifiquen. A *sensu contrario* podría considerarse que la flexibilidad y disponibilidad dimanante de yuxtaponer trabajo fijo discontinuo y a tiempo parcial exige un control reforzado¹⁵, en este caso a través de la negociación colectiva, pero ello no parece acorde al efecto útil de la normativa comunitaria. Más aún cuando la Directiva 2019/1152 (UE), de 20 de junio, relativa a unas

¹⁴ En este sentido, Valdés Dal Ré, F., “Las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial”, en AA.VV., Coordinadores Valdés Dal Ré, F., y Casas Baamonde, M.E., *Los contratos a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 151.

¹⁵ A favor de esta opción, Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, op.cit., pág. 98.

condiciones laborales y transparentes y previsibles en la Unión Europea, establece toda una serie de exigencias en relación al trabajo imprevisible, que deberán ser debidamente recogidas en la legislación española¹⁶.

Ahora bien, para valorar y comprobar el alcance de esta limitación será necesario contrastar cómo es el comportamiento de los miembros de las mesas negociadoras en los próximos meses, para advertir si optan o no por introducir esta opción en el clausulado de los convenios colectivos sectoriales, así como la intensidad de su justificación.

4. LA CONTRATACIÓN FORMATIVA A TIEMPO PARCIAL: NOVEDADES

Uno de los tipos contractuales más marcadamente afectados por el RDL 32/2021 es el regulado en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores. Es obvio que desde años atrás los jóvenes tienen graves problemas de acceso al mercado laboral y que, cuando consiguen integrarse en el mismo, sufren una importante rotación. Por ende, constatado que uno de los males endémicos del mercado laboral español es el elevado desempleo y la excesiva tasa de contratación temporal de los jóvenes, se erige a los contratos formativos como una de las claves básicas sobre las que debe girar el contenido de la reforma laboral.

En este contexto, se introducen modificaciones de gran envergadura sobre el régimen jurídico de los contratos formativos¹⁷, que enfatizan la necesidad de dar importancia al objetivo formativo en su *interim*, procuran laboralizar estos períodos, para reducir el recurso a otras opciones como las becas o las prácticas

¹⁶ El artículo 4.2.m) de la Directiva citada establece lo siguiente: Si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre: (i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas de pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; (ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; (iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3. El artículo 10 de la misma Directiva, asimismo, precisa lo siguiente: Previsibilidad mínima del trabajo.1. Si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al trabajador a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) el trabajo tiene lugar en unas horas y días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso ii), y b) el empleador informará al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii).

¹⁷ Cfr., ampliamente, Garrido Pérez, E., “El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el Real Decreto Ley 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación”, *Temas Laborales*, nº161, 2022, pág. 71 y ss.

no laborales¹⁸, e intentan reducir su precariedad. Los cambios empiezan por su propia delimitación, pues a partir de 2022 sólo se podrán utilizar dos tipos: los contratos de formación en alternancia y los contratos para obtención de prácticas, ocupando la formación teórica y práctica, más que nunca, un lugar central en su diseño. Y continúan con sustanciales modificaciones en su régimen jurídico, que inciden en aspectos nucleares, tales como la relevancia que se otorga ahora a la suscripción de planes formativos individualizados en el marco de convenios de colaboración educativa suscritos entre empresas e instituciones educativas y al control y seguimiento por los tutores académico y empresarial.

La degradación sufrida por los contratos formativos en las últimas décadas¹⁹, en los últimos años ha tenido vínculos importantes con el trabajo a tiempo parcial. En concreto, nos referimos a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación del empleo, que fijó unos incentivos específicos a los denominados contratos a tiempo parcial “con finalidad formativa”²⁰. De esta forma, al margen de los contratos temporales, se dio carta de naturaleza a una nueva causa de contratación temporal que tenía por objeto mejorar las opciones de incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo a un bajo coste. No obstante, esta opción legislativa tuvo unos resultados pobres y un escaso recorrido, ya que fue derogada tras cinco años, a través de la Disposición Derogatoria Única 2.b) del RDL 28/2018, de 8 de diciembre.

El RDL 32/2021 procura engarzar el desarrollo de los contratos formativos a unos nuevos pilares, vinculados de forma más intensa a la causa formativa del contrato y al reforzamiento de las garantías y derechos de los trabajadores sujetos a

¹⁸ Actualmente, de modo correlativo a lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª del RDL 32/2021, está abierto un proceso de negociación para concluir un Estatuto del Becario. Y, a la espera de un próximo desarrollo reglamentario, sigue estando vigente el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases para la formación profesional dual.

¹⁹ Vid en este sentido Moreno Gené, J., *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, Atelier, Barcelona, 2015.

²⁰ En estos contratos la jornada a tiempo parcial en ningún caso podía ser superior al 50% de la jornada a tiempo completo, sólo se podía incrementar hasta el 75% la jornada si la empresa lo deseaba y el contrato se suscribiera con jóvenes inscritos en el Sistema de Garantía Juvenil. El trabajador debía ser menor de 30 años y estar inscrito como demandante de empleo, no disponer de experiencia laboral o que esta sea inferior a 3 meses y no tener formación oficial de ESO, FP o Certificado de Profesionalidad. El trabajador de forma simultánea al desempeño de los servicios vinculados al contrato de trabajo debía realizar una acción formativa por un mínimo de 90 horas, en los 6 meses previos o durante el contrato. La acción formativa podía ser una formación acreditable oficial o promovida por el SEPE o acciones formativas de idiomas o tecnologías de la información y comunicación.

estos contratos y en este contexto se deben valorar algunas precisiones relacionadas con la posibilidad de que tanto el contrato en formación en alternancia como el de obtención de prácticas tengan una jornada a tiempo parcial.

Hasta la reforma laboral de 2021 uno de los tipos formativos, el contrato de formación y aprendizaje tenía vedada la jornada parcial. Mientras que no existían objeciones a su desempeño bajo la cobertura del contrato en prácticas o del contrato de formación dual universitaria. Sin embargo, el giro cualitativo realizado en la nueva normativa ha afectado a esta delimitación, pues ahora se admite que las dos modalidades formativas instauradas puedan tener una jornada inferior a la máxima establecida en el convenio colectivo aplicable o en la Ley.

En el caso del contrato para la obtención de prácticas ello se deduce claramente del artículo 11.3.i) ET, que alude a que la retribución será fijada de conformidad con el tiempo efectivo de trabajo pactado, y que el tope mínimo del salario vendrá constituido por la cuantía prevista para el contrato para la formación en alternancia o para el Salario Mínimo Interprofesional, o, en su caso, el importe proporcional que corresponda al tiempo de trabajo efectivo; infiriéndose del silencio legislativo, además, que es factible la suscripción de un pacto de horas complementarias en estos contratos, dado que expresamente sólo se prohíbe en el artículo 11.3.h) *in fine* la realización de horas extraordinarias, salvo en el supuesto del artículo 35.3 ET.

En relación al contrato para la formación en alternancia, es obvio que se ha producido un cambio de orientación. Como es sabido, el mismo tiene por objeto que un trabajador compatibilice unos estudios conducentes a la obtención de un título reglado –de formación profesional, universitario o incluido en el catálogo de especialidades formativas del sistema nacional de empleo–, con el desempeño de una prestación de servicios cuyo objeto sea afín al contenido de las enseñanzas que se están cursando. Hasta diciembre de 2021, el artículo 12.2 ET se mostraba tajante y no permitía que el desempeño de los precedentes contratos de formación y aprendizaje pudiera ser realizado a tiempo parcial. Es decir, se estimaba que el reparto entre tiempo de trabajo y formación no podía ser efectuado en el marco de una relación laboral con una jornada de por sí ya reducida, dado que ello dificultaría sobremanera el cumplimiento de los fines del contrato formativo en cuestión. Sin embargo, en el RDL 32/2021 se ha producido una marcada modificación²¹, porque en relación al nuevo contrato de formación en alternancia, que presenta algunas concomitancias con el precedente contrato para la formación y el aprendizaje, se establece en el artículo 11.2.k) ET que no se podrán realizar horas complementarias ni extraordinarias, salvo las realizadas por fuerza mayor de forma acorde al artículo 35.3 ET. De ello se puede deducir que se ha eliminado la prohibición legislativa preexistente, a lo que coadyuva la supresión expresa de la anterior referencia

²¹ Vid Martínez Moreno, C., *Claves Prácticas*, op.cit., pág.26, en contra de este cambio de orientación.

incluida en el artículo 12.2 ET, y la introducción en la Disposición Adicional 43ª LGSS de las normas de cotización a la Seguridad Social de los contratos de formación en alternancia, distinguiendo claramente entre contratos a tiempo completo y a tiempo parcial.

Esta modificación, si realizamos una interpretación teleológica, puede resultar lesiva al objeto y a la causa de este contrato formativo, es más se corre el riesgo de desnaturalizarlo. Es decir, admitir sin más que la jornada de trabajo que en el primer año de contrato puede ascender a un 65% de la jornada máxima establecida en el convenio colectivo aplicable o de la máxima legal, y en el segundo a un 85%, puede ser más recortada tras la suscripción de un contrato de formación en alternancia a tiempo parcial, puede causar un potencial perjuicio tanto a sus destinatarios, como a los objetivos del propio contrato, que deben estar condicionados por el plan formativo individualizado acordado entre la institución educativa y la empresa y no por otros intereses.

No obstante, una segunda interpretación puede ser planteada sobre este cambio legislativo. Hasta ahora se consideraba que la jornada del contrato de formación y aprendizaje se integraba tanto por el tiempo de prestación efectiva de servicios como por el tiempo de formación, precisándose que el primero no podía superar el 65% de la jornada máxima aplicable en el primer año de contrato y el 75% en el segundo año, y ahora se podría apreciar que la delimitación de la duración del tiempo de trabajo se ciñe sólo a la jornada efectiva de trabajo²², sin computar la porción de jornada dedicada a asistir a un curso conducente a la obtención de un título reglado, lo que inevitablemente conduciría a que estos contratos tuvieran una jornada de trabajo a tiempo parcial, introduciéndose precisamente ciertas garantías que vienen a salvaguardar el fin formativo del contrato, como la prohibición de las horas complementarias²³. A través de una operación hermenéutica como la expuesta, se podría justificar este cambio de criterio, la admisión de que la jornada en los contratos de formación en alternancia fuera reducida.

Sin embargo, esta opción interpretativa, además de que supondría un punto de inflexión en relación a la configuración de la jornada de trabajo en este tipo contractual, no se ve respaldada por acciones posteriores a la entrada en vigor de la reforma laboral. Por ejemplo, cuando se contrasta el nuevo modelo de contrato de trabajo de formación en alternancia publicado por el Servicio Público de Empleo Estatal en 2022, expresamente se contempla en su cláusula 2ª que debe determinarse la cuantía de la jornada total, a partir de la cual se deberá precisar el número de horas dedicadas a la actividad formativa, así como el porcentaje que ello supone

²² En este sentido Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, op.cit., pág. 37.

²³ Por ende, sólo es posible la realización de horas extraordinarias por fuerza mayor, y, a mayor abundamiento, para no perjudicar al fin formativo del contrato en alternancia se prohíbe el trabajo nocturno o a turnos del trabajador/estudiante.

sobre la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, en la Ley; para deducir, de contrario, qué porción de jornada se dedica a la prestación profesional y comprobar el cumplimiento de los topes máximos establecidos en el precepto estatutario para cada uno de los dos años del contrato. Ello evidencia que la jornada total de este tipo contractual estará integrada por ambas porciones de la jornada, como ocurría hasta la reforma laboral de 2021.

Por consiguiente, para reforzar que con la duración de la jornada acordada se cumplen los fines formativos pretendidos con el contrato, se habilita a las instituciones educativas a realizar un control riguroso, debiendo tanto comprobar que el plan o programa formativo acordado, y los servicios prestados, se alinean y conectan adecuadamente a la causa del contrato, como realizar un seguimiento estricto a través de la tutorización educativa y empresarial, para verificar que las tareas o funciones desarrolladas dotan de forma efectiva de una mejor capacitación a la persona trabajadora y le facilitan su inserción en el mercado laboral. En esta dinámica, se deberá contrastar que tanto los conocimientos teóricos adquiridos como el aprovechamiento práctico son acordes al programa formativo y al itinerario formativo individualizado diseñado²⁴.

En definitiva, la configuración legislativa del nuevo contrato de formación en alternancia presenta unos rasgos característicos muy claros, entre otros, su condicionamiento al fin formativo y su flexibilidad. Prueba manifiesta de esto último es la posibilidad de que a lo largo de su duración –entre tres meses y dos años– puedan suscribirse hasta varios contratos con varias empresas, en atención a las fases y/o módulos del programa formativo cursado, y que correlativamente puedan pactarse distintas duraciones de la jornada de trabajo, respetándose en todo caso el tope máximo establecido en la norma de rango legal y la compatibilización de la actividad académica y laboral.

Ahora bien, en la horquilla de flexibilidad existente, no debiera tener cabida una jornada de trabajo excesivamente reducida, pues ello tendría consecuencias tanto en la capacitación del trabajador como en el importe de su retribución²⁵, lo

²⁴ Insistiendo en la revalorización de la causa formativa de este contrato tras la reforma laboral de 2021, vid Garrido Pérez, E., “El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos...”, op.cit., pág. 79.

²⁵ El artículo 11.2.m) en primera instancia realiza una remisión a lo que dispongan los convenios colectivos sobre una retribución específica para esta modalidad contractual. Y en ausencia de la misma, el precepto estatutario se refiere a los salarios pactados en general en los convenios, fijando unos topes mínimos de retribución respecto a los especificados para el nivel profesional o retributivo al que correspondan las funciones desempeñadas por la persona trabajadora/estudiante. Concretamente se establecen como topes mínimos, el 60% de la retribución debida en proporción al tiempo de trabajo pactado durante el primer año y el 75% durante el segundo. En todo caso, la norma también establece una red de seguridad constituida por el SMI, fijando su cuantía en proporción al tiempo de trabajo efectivo como retribución mínima a percibir en cualquier caso.

que precisamente provocaría uno de los efectos indeseados por la reforma laboral de 2021, la precarización de los contratos formativos. A evitar tales consecuencias negativas coadyuvará lo dispuesto en el artículo 11.4.h) ET que establece que la formación práctica inexistente o defectuosa implicará que el contrato es indefinido y a tiempo completo. Y a mayor abundamiento, no sólo las entidades educativas deberán fiscalizar que se cumplen adecuadamente y con solvencia los fines formativos del contrato y la necesaria conexión entre formación teórica y práctica, sino que el artículo 11.5 ET enfatiza el rol de los representantes de los trabajadores, previendo que en los casos de pluralidad contractual los mismos tendrán derecho a ser informados de forma específica, y que en todo caso deberán ser informados sobre los convenios de cooperación educativa, incluyendo los detalles de los planes formativos individualizados y las condiciones y requisitos de las tutorizaciones.

En cuanto a los contratos para la obtención de prácticas, el análisis de su régimen jurídico evidencia que habiéndose realizado algunos cambios relevantes, sus elementos estructurales permanecen tras la reforma laboral de 2021. Las modificaciones se han focalizado en su duración –ahora máxima de un año–, en la exigencia, de forma similar al otro tipo formativo, de elaborar un plan formativo individualizado, que será anexo al contrato, y en el seguimiento coordinado del desarrollo de los servicios inherentes al contrato por los tutores académicos y empresariales designados. Consecuentemente, en este caso se reitera el reforzamiento efectuado de la causa formativa. Atendiendo a este fin, y salvaguardando la unicidad del contrato por titulación o certificado profesional predicada por el artículo 11.3.d) ET, se podría justificar que un trabajador en prácticas suscribiera dos contratos a tiempo parcial con dos empresas distintas, en función de los contenidos del puesto de trabajo a desempeñar en cada una de ellas, a fin de obtener una capacitación y experiencia profesional adecuada a su nivel de estudios. Por ejemplo, un graduado en Derecho podría celebrar un contrato de obtención de prácticas en una asesoría laboral con un horario de 9h a 13h y otro en una asesoría fiscal con un horario de 16h a 20h, durante un período máximo de un año, si ello fuera acorde a lo fijado en el plan formativo individualizado que se diseñara.

A modo de cierre, resaltar que la flexibilidad introducida en el régimen jurídico de los contratos formativos, que se manifiesta, entre otras cuestiones, en la pluralidad de contratos y de jornadas de trabajo posibles, de forma afín a lo establecido en los convenios de cooperación educativa y en los itinerarios formativos individualizados diseñados, obliga a tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 11.4.7 ET. Dicho precepto establece el derecho de la empresa a solicitar información a los servicios de empleo sobre el tiempo ya utilizado en un contrato formativo por las personas trabajadoras, precisándose que dicha información, obtenida con carácter previo a realizar una contratación formativa, tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima establecida –no a otros efectos–.

5. IMPACTO DE LAS NUEVAS REGLAS SOBRE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Desde años atrás se están implantando determinadas políticas estratégicas por el Gobierno de España, que deben ser ejecutadas, entre otros organismos, por la Inspección de Trabajo. En concreto, en 2018 se aprobó el Plan Director por un Trabajo Digno²⁶, cuyo desarrollo y aplicación abarcó hasta 2020, y que pretendió dar un giro cualitativo a las actuaciones de este órgano público, en defensa de los derechos laborales y en pos de un trabajo digno. En dicho Plan la planificación de actuaciones relacionadas con el trabajo a tiempo parcial ya ocupó un lugar principal, puesto que alrededor del mismo se constataba la concurrencia de un importante fraude en la contratación y en la cotización, detectándose que en bastantes casos inspeccionados se encubría realmente un contrato a tiempo parcial con una jornada mayor o un contrato a tiempo completo y visibilizándose los efectos que de ello derivaban en materia salarial y de protección social. Para conseguir unos mejores resultados, de forma complementaria al citado Plan Director, la Inspección de Trabajo (en adelante IT) en colaboración con las Comunidades Autónomas ejecutó como medidas prioritarias dos planes de choque²⁷, uno de ellos contra el uso irregular de contratos a tiempo parcial. El conjunto de estas actuaciones obtuvo unos frutos positivos²⁸.

Siguiendo la estela del Plan precedente, en diciembre de 2021²⁹ se ha publicado el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-23, que a los objetivos anteriores contra el fraude y la economía irregular suma la búsqueda

²⁶ En su Introducción dicho Plan Director especifica que *“El trabajo decente dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades; es el trabajo que se realiza con respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, el que permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, el que se lleva a cabo con protección social, e incluye el diálogo social”*.

²⁷ La Inspección de Trabajo planificó actuaciones en el marco de dichos planes, en dos fases. Una primera de detección de posibles situaciones de fraude a través de la Herramienta de Lucha contra el Fraude, recibiendo las empresas con posibles situaciones de fraude una comunicación en la que la Inspección les informaba los datos obtenidos, instándoles a revisar su situación y advirtiéndoles de la realización de actuaciones inspectoras de comprobación en caso de regularización. Dándose un plazo de un mes para llevar a cabo dicha revisión y regularización. Y una segunda de comprobación, a través de la Herramienta de Lucha contra el Fraude de las modificaciones que hayan sido realizadas sobre la situación de los trabajadores.

²⁸ Así ha sido constatado en los datos publicados periódicamente por la Inspección de Trabajo, y así ha sido recogido en el propio texto del Plan Estratégico de la IT para los años 2021-23, que resalta que entre agosto de 2018 y junio de 2020 la intervención de la IT consiguió, en situaciones en las que se comprobó que existía fraude, convertir en indefinidos 323.026 contratos temporales y ampliar la jornada de 72.945 contratos a tiempo parcial, de lo que derivó una recaudación extra de cuotas a la Seguridad Social de 1.873.500 euros.

²⁹ BOE de 3 de diciembre de 2021.

de la recuperación de los derechos laborales y la mejora de la calidad del empleo en un contexto pospandemia. En una etapa tan condicionada por la crisis sanitaria vivida y por la contracción económica sufrida, se pretende el reforzamiento de la eficacia, capacidades y organización de la IT, y el alineamiento del desarrollo de sus funciones con los objetivos del desarrollo sostenible proclamados por la Agenda 2030 de la ONU. En concreto, entre las líneas de actuación de la IT destacadas se encuentra la relacionada con el Objetivo 8 de los ODS, Trabajo decente y crecimiento económico, con el Objetivo 1, relativo al fin de la pobreza y a la implantación de unas condiciones de trabajo dignas, seguras y saludables, o con el Objetivo 5, sobre la igualdad de género. Es decir, la funcionalidad de la actuación de la IT debe estar dirigida, entre otras metas, a garantizar el pleno y efectivo ejercicio de los derechos laborales y sindicales, luchando contra todo tipo de abuso y fraude en materia laboral, y garantizando que no queden impunes los comportamientos infractores que degraden las condiciones de trabajo y la carrera de cotización de las personas trabajadoras, de modo que la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y la protección social de los sujetos beneficiarios vayan acompañados.

En este contexto, y constatándose una elevada segmentación del mercado laboral español, asociada a empleos de baja calidad y bajos salarios, el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, ha implementado una relevante reforma en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante LISOS). Hasta ahora las infracciones en materia de contratos detectadas en una empresa eran consideradas en su conjunto y, aun localizándose un número amplio de incumplimientos, la sanción se reducía a una. Consecuentemente, los efectos disuasorios de la normativa infractora eran prácticamente imperceptibles, pues las empresas por lo general no temían las consecuencias de sus incumplimientos³⁰. Y ello a pesar de que en los supuestos de fraudes y abusos en torno al cumplimiento de la jornada a tiempo parcial y/o la duración de los contratos, esta situación se ve agravada, al tener este tipo de comportamientos una incidencia importante sobre la precarización del mercado laboral, la competencia desleal entre empresas y las arcas de la Seguridad Social.

Por ende, el cambio implementado en el artículo 7.2 LISOS³¹, en línea con los objetivos perseguidos por la reforma laboral de 2021, y de manera complementaria a los cambios sustantivos realizados sobre el sistema de contratación, produce un

³⁰ Vid Ferradans Caramés, C., “Cuestiones de actualidad sobre el régimen jurídico laboral del trabajo...”, op.cit., pág.181.

³¹ Tras la reforma laboral de 2021, dicho precepto legal tipifica como infracción grave “*La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de Ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio*”

avance relevante, al considerarse cometida una infracción grave por cada persona trabajadora afectada por la vulneración de la normativa –legal o convencional– sobre contratación, profundizándose con ello el perfil tuitivo de la Inspección de Trabajo y su rol tendente a garantizar la vigencia real y efectiva de los derechos sociales y laborales.

A ello hay que sumar que se incorpora una nueva letra c bis) al artículo 40.1 LISOS, detallándose que las infracciones graves de, entre otros, el artículo 7.2 se sancionarán con una multa que podrá oscilar entre 1.000 euros en su grado mínimo y 10.000 euros en su grado máximo, para lo que se deberá apreciar la concurrencia de alguna o varias de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 39.2 LISOS –entre otras, la intencionalidad del sujeto infractor, el número de afectados por el incumplimiento, o la falta de atención de advertencias o requerimientos previos de la IT–.

El efecto disuasorio de los incumplimientos vendrá determinado, fundamentalmente, por la entidad y costes de las sanciones que se deriven de los mismos, y los cambios implementados al hilo de la reforma de 2021 contribuyen a incrementarlo. Ello es así, porque, por un lado, ya no se considera una infracción por la totalidad de los trabajadores afectados por el incumplimiento empresarial, sino por cada uno de ellos, y, por otro, el importe de la sanción pasa de oscilar entre 625 y 6.125 euros a entre 1.000 y 10.000 euros. A todo ello se adiciona que la empresa deberá regularizar la situación en materia de Seguridad Social, modificándose el coeficiente de parcialidad o declarándose el contrato como a tiempo completo y pagando la liquidación de las cuotas que se hayan dejado de abonar.

Ahora bien, siendo indubitado que los cambios implantados suponen una mejora de la legislación precedente, es necesario comprobar en los próximos meses cómo los aplica la Inspección de Trabajo. Es decir, al reforzamiento de las sanciones frente a los incumplimientos en materia de contratación, le debe acompañar una actuación inspectora más incisiva³², pues ello permitirá que las empresas perciban que la actitud de la inspección a partir de ahora va a ser menos proclive a negociar la corrección de sus políticas en materia de contratación, ya que hasta el momento, por lo general, en una primera fase, se comunica a las empresas que deben regularizar la situación irregular detectada y, sólo en una segunda, se da curso a las actuaciones inspectoras propiamente dichas³³.

colectivo, cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A tales efectos, se considerará una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas”.

³² En este sentido Cruz Villalón, J., “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021...”, op.cit., pág. 33.

³³ En mayo de 2022, en el contexto del Plan Estratégico de la IT 2021-23, se ha puesto en marcha un Plan de Choque contra el fraude en la contratación, siguiendo por ahora la dinámica, en dos fases, indicada.

En este sentido, el Plan Estratégico de la IT vigente hasta 2023³⁴, insiste en su Eje 1, actuación 1.2, en la intensificación de la actuación planificada, con apoyo de la Herramienta de Lucha contra el Fraude, en la ejecución de campañas dirigidas, entre otras, a verificar y garantizar la fiabilidad de los registros de jornada, a vigilar que la jornada real de los contratos a tiempo parcial coincida con la pactada y que las horas complementarias no excedan de sus límites, a controlar el cumplimiento de los descansos mínimos, etc.; y, complementariamente, en su eje 3, relativo al fortalecimiento y modernización del sistema de la IT para mejorar la calidad en la prestación de servicios a los ciudadanos, alude, entre otros objetivos, a la mejora de la planificación de las actuaciones inspectoras, utilizando las herramientas más avanzadas de inteligencia artificial y *big data* que les permitan, por ejemplo, cruzar los datos de la autoridad laboral con los de la Agencia Tributaria, y al diseño de una estrategia más activa para reducir los comportamientos de incumplimiento y fraude, combinando su labor de información y asistencia técnica con una mayor contundencia en la exigencia de responsabilidades, mediante la extensión de actas de infracción.

Por consiguiente, en el Plan Estratégico de la IT 2021-23 se enfatiza el papel de la inspección en pos de la garantía de los derechos laborales y sociales básicos, y se apela de forma clara a su modernización y a la dotación de recursos humanos y materiales adecuados y suficientes para hacer frente a los retos planteados. Actualmente, es notorio tanto que los medios son deficitarios, como que no se puede pasar por alto la funcionalidad de ciertos instrumentos surgidos al hilo del progreso tecnológico³⁵ —como el uso de algoritmos que permitan un cruce masivo de datos o notificaciones a empresas con carácter informativo—, que pueden favorecer una mayor efectividad de las funciones de este cuerpo de la administración laboral, siempre y cuando se salvaguarden los derechos y garantías de los ciudadanos.

En definitiva, destacar que en el control de la jornada de trabajo en el contrato a tiempo parcial concurren dispares y a la vez relevantes intereses, desde la elusión de los fraudes a la contratación y a la Seguridad Social, a la tutela de la seguridad y salud laboral de trabajadores que pueden estar realizando excesos de horas de trabajo que perjudican su bienestar físico y/o psicológico, que justifican que en

³⁴ En dicho Plan, publicado a principios de diciembre de 2021, ya se localizaban, concretamente en su eje 2, actuación 21.2, alusiones a la necesaria revisión de la LISOS, a fin de actualizar o eliminar tipos desfasados, a introducir cambios necesarios para que las conductas tipificadas se adecúen a los fraudes que se dan en la actualidad, así como a reforzar el tratamiento disuasorio de determinados comportamientos infractores, especialmente en relación con el tiempo de trabajo, el salario, la contratación temporal, etc.

³⁵ En este sentido Igartúa Miró, M.T., “Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva”, *Temas Laborales*, nº161, 2022, pág. 277.

los últimos años se hayan intensificado los medios dedicados a la consecución de objetivos en esta materia³⁶.

6. ALGUNAS REFORMAS PENDIENTES

Una vez precisados los cambios que pueden tener una mayor repercusión sobre la contratación a tiempo parcial tras la convalidación de la reforma laboral de 2021, es conveniente, en adición, realizar una valoración crítica sobre algunas cuestiones pendientes de ser abordadas por el legislador en relación a esta modalidad contractual, que inciden tanto en su regulación laboral como en su protección social.

Algunas de las reformas demandadas responden a los requerimientos derivados de la normativa comunitaria, esencialmente de la Directiva 2019/1152 (UE), de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles, y otras a los dimanantes de la jurisprudencia comunitaria y nacional, que en diversos pronunciamientos esencialmente cuestionan algunas de las medidas de protección social aplicables a los trabajadores a tiempo parcial españoles. Estas modificaciones deberían encaminarse a dirigir el régimen jurídico de este tipo contractual hacia la consecución de una mayor calidad en el empleo³⁷, de forma completamente coherente a los fines de la reforma laboral de 2021. No se puede obviar que este

³⁶ Al papel jugado desde el ámbito público por la IT, hay que unir el rol que deben desempeñar los representantes de los trabajadores en el control de la jornada de trabajo. Al respecto, de conformidad con el artículo 12.4.c) ET es debido resaltar que el registro de las horas ordinarias y complementarias de trabajo se totalizará mensualmente, entregándose copia al trabajador, junto al recibo de salarios, y a los representantes de los trabajadores, que pueden acceder a los mismos en cualquier momento de conformidad con el artículo 34.9 ET. A ello se suma que a través de la negociación colectiva se podrán introducir cláusulas que vengán a reforzar el papel de control de los representantes de los trabajadores, lo que desde años atrás se viene haciendo, por ejemplo, previendo que a petición de la representación legal de los trabajadores, la empresa se obliga a entregar periódicamente un informe detallado sobre la realización de horas complementarias, Convenio colectivo Compañía Logística Acotral, S.A., y Acotral Distribución Canarias, S.A., BOE de 23 de mayo de 2019, art. 18, o que el preaviso de las horas complementarias deberá ser remitido tanto al trabajador como a sus representantes, Convenio colectivo de Paradores de Turismo de España, S.M., S.A., BOE de 9 de mayo de 2019, art. 5.

³⁷ La Exposición de Motivos del RDL 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación al trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, ya afirmó que la mejora de la calidad del empleo a tiempo parcial, de conformidad con el contenido del convenio 175 OIT, de la recomendación 182 que lo desarrolla, y del Acuerdo marco europeo anexo a la Directiva 97/81/CE, requería una regulación en nuestro país que, permitiendo una adecuada flexibilidad, garantizara al mismo tiempo los principios que rigen el desarrollo de esta modalidad contractual, es decir, la voluntariedad, la prohibición de discriminación, la igualdad y proporcionalidad, y el acceso efectivo a la protección social.

es uno de los objetivos cuyo logro se lleva reclamando desde años atrás, en línea con lo resaltado tanto por la OIT en su Programa del Trabajo Decente y en su Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada, como en los Objetivos del Desarrollo Sostenible adoptados en el marco de la Agenda 2030 de la ONU³⁸, o en la normativa comunitaria, fundamentalmente en las Directivas 97/81/CE y 2019/1152 (UE). El conjunto de medidas exigibles debería responder al fin de diseñar políticas y realizar reformas del mercado laboral que contribuyan a crear empleo de calidad, a garantizar unos salarios adecuados, y que promuevan la salud y el bienestar de los empleados. Es decir, hay que recubrir la expansión del trabajo atípico, y concretamente del trabajo a tiempo parcial, de una regulación que permita su desarrollo de una forma proporcionada, que procure la satisfacción más ecuánime posible de las necesidades de empresarios y trabajadores.

La Guía de la OIT para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada, publicada el 23 de agosto de 2019, menciona cinco dimensiones del denominado “*tiempo de trabajo decente*”: ha de ser saludable, productivo, conveniente para la familia, servir para la igualdad de género y permitir que el trabajador pueda elegir y tener influencia en su organización, enfatizándose que resulta necesario lograr un equilibrio adecuado entre las necesidades organizativas y empresariales y los intereses del personal, para lo que “*las empresas deben hacer un intento consciente de alinear sus objetivos y estrategias con las necesidades y preferencias de los trabajadores de manera que se reafirmen mutuamente*”. De forma específica, la Guía precisa los ámbitos claves que las empresas deben incorporar para promover un trabajo a tiempo parcial de calidad: fomentar la igualdad de trato, modernizar la protección social, conceder el derecho a solicitar tramos horarios a tiempo parcial y eliminar los obstáculos a las transiciones entre el empleo a tiempo parcial y a tiempo completo y viceversa.

En este contexto, vamos a avanzar las reformas relacionadas con este tipo contractual que, desde nuestro punto de vista, deben ser abordadas con mayor celeridad, tanto en materia laboral como de protección social.

6.1. Obligaciones derivadas de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles

La dimensión expuesta enlaza plenamente con lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1152, que debería estar transpuesta en agosto de 2022, y que impulsa

³⁸ De manera sustancial, el objetivo 8 se refiere a “*promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*”, el objetivo 5 a la igualdad de género, no pudiéndose obviar que esta modalidad contractual está muy ligada al trabajo de la mujer y a su participación en el mercado laboral, y el objetivo 1 al fin de la pobreza.

la lucha contra la precariedad laboral en la Unión Europea y prohíbe la utilización abusiva de los contratos atípicos³⁹. Para ello, esta norma introduce unos derechos mínimos de los trabajadores, desde el prisma de la previsibilidad y la seguridad en el empleo, en orden a obtener un equilibrio entre los objetivos y estrategias empresariales y los intereses y necesidades de los trabajadores. En este sentido es paradigmático lo establecido en el párrafo 31 de su preámbulo que señala: “*Deben establecerse por escrito al comienzo de la relación laboral los días y las horas de referencia que deben ser entendidos como tramos horarios en los que el empleador puede solicitar los servicios del trabajador*”.

Tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 y del Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, se ha propiciado una amplia flexibilidad de la jornada a tiempo parcial, lo que se revela, entre otros aspectos, en: 1) La facilitación al empresario de la opción de ofertar un segundo pacto de horas complementarias, en este caso sólo a trabajadores con contratos indefinidos; 2) La flexibilización derivada de combinar jornada a tiempo parcial y distribución irregular de la jornada de trabajo sin limitación o precisión alguna y el o los pactos de horas complementarias, incrementándose la elasticidad de la jornada parcial; 3) La amplitud de la horquilla de horas complementarias que pueden ser pactadas en convenio colectivo; 4) La dispositivización del período de preaviso de las horas complementarias⁴⁰, etc. En este escenario, a nuestro juicio, la delimitación de la duración y distribución de la jornada a tiempo parcial está rodeada de un importante desequilibrio entre las dos partes del contrato, lo que demanda la articulación de límites y medidas que permitan el desarrollo de la jornada a tiempo parcial sin una amplia disponibilidad e imprevisibilidad para el trabajador, pues de lo contrario la misma satisfará las necesidades empresariales, pero difícilmente será compatible con la atención de toda una serie de responsabilidades familiares, de otro trabajo o con el seguimiento de actividades formativas. Por ende, en un contexto en el que la regulación vigente de la jornada a tiempo parcial se caracteriza por su desmedida flexibilidad⁴¹, debería estar muy presente la necesidad de implementar las medidas que la reciente Directiva establece con una perspectiva garantista.

Para paliar la descompensada flexibilidad de la jornada a tiempo parcial, ordinaria y complementaria, es necesario, por un lado, apelar a que se adopten ciertas reformas legales para transponer de forma adecuada la Directiva (UE) 2019/1152, y por otro, a que los convenios colectivos jueguen un rol relevante junto a las

³⁹ Cfr. sobre la relevancia de la transposición de esta Directiva en el régimen jurídico de algunos tipos contractuales presentes en nuestra legislación laboral, Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, op.cit., pág. 97.

⁴⁰ Cfr., de forma detallada, Feijoo Pérez, M.J., “Las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial”, *Actualidad Laboral*, nº9, 2014, pág. 25.

⁴¹ En este sentido Cabeza Pereiro, J., “Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, nº9, 2014, pág. 7.

disposiciones legales⁴², para que su combinación permita dotar a los trabajadores de cierta seguridad para organizar sus tiempos de trabajo y de descanso y eludir los fraudes derivados de un uso desproporcionado de la autonomía individual, que pueda habilitar el cumplimiento de una jornada mayor que la pactada.

Es decir, en línea con lo dispuesto con la Directiva (UE) 2019/1152⁴³, es preciso garantizar a estos trabajadores el conocimiento, al menos de forma orientativa, de la duración y la distribución de su jornada, pues si se permite que se desdibujen los contornos de la misma se atenta directamente a la mínima previsibilidad que debiera ser exigible, permitiéndose una amplia disponibilidad del trabajador⁴⁴. En este punto, los límites legales vigentes, entre otros, el respeto tras la suma de jornada ordinaria y complementaria del tope que deslinda el trabajo a tiempo parcial y completo o de los descansos mínimos diarios y semanales, no parecen suficientes y, a pesar de su existencia, se pueden suscitar trabajos a llamada.

Al respecto, no se puede obviar que el articulado de la Directiva (UE) 2019/1152 exige algunos cambios normativos, pues de su contenido se puede deducir claramente que en supuestos de trabajo total o mayoritariamente imprevisible se deben cumplir una serie de obligaciones que coadyuvarán a determinar el tiempo de trabajo y la retribución⁴⁵, entre otras: 1) Deberá informarse a la persona trabajadora sobre la cantidad de horas pagadas garantizadas, lo que implica que debe configurarse en todos los contratos un volumen de horas garantizado en términos cuantitativos; 2) Tendrá que constar de modo previo el período de referencia, las horas y días, en los cuales se puede exigir a la persona trabajadora que trabaje; y 3) Se fijará el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de su actividad y, en su caso, el plazo para su cancelación.

⁴² Vid Martínez Moreno, C., “Tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”, *XIX Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Madrid, noviembre de 2015. Entre otras cláusulas podrían contemplarse las que prevean la precisión de días de la semana y períodos en los que sea exigible la prestación de trabajo, las que delimiten el número de interrupciones posibles en la jornada a tiempo parcial, o la fijación de franjas horarias para las horas complementarias, o de plazos de preaviso razonables para las horas complementarias (al menos de tres días, tal y como establece de forma dispositiva el artículo 12.5.d) ET) y los cambios sobrevenidos, o de limitaciones o precisiones sobre la combinación de la distribución irregular de la jornada de trabajo con el trabajo a tiempo parcial, etc.

⁴³ El artículo 4.2 de la Directiva precisa toda una serie de informaciones que el empresario deberá proporcionar al trabajador. En lo que se refiere al tiempo de trabajo, en los apartados l y m del artículo 4.2, la norma comunitaria distingue entre si su patrón es total o mayoritariamente previsible o imprevisible e introduce una serie de exigencias mínimas.

⁴⁴ En este sentido, Martínez Moreno, C. *Claves prácticas...*, op.cit., pág. 37.

⁴⁵ Cfr. al respecto lo establecido en los tres incisos del artículo 4.2.m) de la Directiva.

Consecuentemente, resulta indispensable adaptar el artículo 12 ET a las previsiones que exigen que los Estados miembros velen porque los empresarios informen a cada trabajador, si su patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, sobre una serie de precisiones, dado que es imperativo contemplar la introducción de la obligación empresarial de informar al trabajador a tiempo parcial que haya suscrito un pacto de horas complementarias sobre “*las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje*” (artículo 4.2.m), inciso ii) de la Directiva). Asimismo, en relación a los tránsitos entre trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo y viceversa, para tender puentes entre el trabajo típico y el atípico y materializar los derechos de los trabajadores, es obligado modificar el contenido del artículo 12.4.e) ET, para adaptar las características del procedimiento instaurado a la mayor previsibilidad y precisión que se contempla en el artículo 12 de la Directiva (UE) 2019/1152⁴⁶.

A mayor abundamiento, hay que resaltar que en la actualidad se advierte una fuerte tendencia al establecimiento de fórmulas de trabajo flexibles, por objetivos –por ejemplo, alrededor del teletrabajo–, con evidentes riesgos sobre la difuminación de los contornos de la jornada de trabajo. En estos supuestos, no se debe relativizar el carácter imperativo de las reglas ordenadoras de la duración y distribución de la jornada de trabajo, establecidas tanto en la normativa comunitaria como en la española, que condicionan tanto el control de su cumplimiento, esencialmente a través del mecanismo del registro horario, como de los períodos de descanso, incluyendo el disfrute del derecho a la desconexión digital. A lo que hay que sumar que en un período en el que concurren complejos cambios en nuestro sistema de relaciones laborales, no se puede pasar por alto la doctrina del Alto Tribunal de Luxemburgo, que en algunas de sus últimas sentencias dictadas en materia de tiempo de trabajo admite, en el marco del artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, una interpretación amplia de los tiempos de disponibilidad que no son tiempo de trabajo, con todos los riesgos

⁴⁶ Dicho artículo, denominado Transición a otra forma de empleo, establece lo siguiente: “1. *Los Estados miembros garantizarán que un trabajador con una antigüedad mínima de seis meses con el mismo empleador; que haya completado su período de prueba, en caso de exigírsele, pueda solicitar una forma de empleo con unas condiciones laborales que ofrezcan una previsibilidad y una seguridad mayores, si la hay, y recibir una repuesta motivada por escrito. Los Estados miembros podrán limitar la frecuencia de las solicitudes que dan lugar a la obligación prevista en el presente artículo*”. Y “2. *Los Estados miembros velarán por que el empleador remita la respuesta motivada a que se refiere el apartado 1 en el plazo de un mes a partir de la solicitud. Respecto de las personas físicas que actúan como empleadores y las microempresas y las pequeñas o medianas empresas, los Estados miembros podrán ampliar este plazo hasta un máximo de tres meses y permitir una respuesta oral a una solicitud similar subsiguiente presentada por el mismo trabajador si la justificación para la respuesta por lo que respecta a la situación del trabajador no ha cambiado*”.

que ello puede conllevar para trabajadores atípicos como los que trabajan con una jornada reducida⁴⁷.

En definitiva, fundamentalmente para atender los requerimientos derivados de la implementación de la Directiva (UE) 2019/1152 y de nuevos modelos de trabajo en los que los contornos del tiempo y el lugar de trabajo tienden a difuminarse, resulta indispensable apelar a que el legislador adapte los contenidos del artículo 12 ET citados.

6.2 Obligaciones derivadas de la aplicación de la jurisprudencia comunitaria y nacional en relación a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial

No se puede eludir que el análisis tanto de los cambios ya realizados como de los pendientes en el régimen jurídico de la contratación a tiempo parcial debe ser acompañado de una llamada de atención sobre la intervención en cuestiones relacionadas con la protección social de los trabajadores a tiempo parcial.

Son notorios los casos en los que la jurisprudencia comunitaria –desde la paradigmática sentencia Elbal Moreno dictada en 2012 hasta la más reciente Villar Laiz de 2019⁴⁸–, y nacional, fundamentalmente en sede constitucional –entre otras las recientes SSTC de 3 de julio de 2019 y de 13 de septiembre de 2021⁴⁹–, han tenido que decantarse y declarar que la normativa española en esta materia presenta importantes déficits e inadaptaciones tanto a la legislación comunitaria como a la española.

⁴⁷ En este sentido, vid STJUE de 9 de marzo de 2021, As.C-344/19, así como la reciente STJUE Dublín City Council, de 11 de noviembre de 2021, As.C-210/20, en la que un bombero contratado a tiempo parcial que tenía autorización de su empleadora para trabajar en otro puesto de trabajo, siempre y cuando contase con disponibilidad, 24 horas al día y 7 días a la semana, para responder a llamadas de carácter urgente en un plazo de diez minutos, solicitaba que se considerase que su disponibilidad debía ser asimilada a tiempo de trabajo. En este caso, el TJUE estima que es necesario observar el conjunto de circunstancias y ponderar si las limitaciones impuestas al trabajador “*son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su facultad para administrar libremente, en estos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales*”, y concluye que el período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial del bombero del Ayuntamiento de Dublín no tiene un fuerte impacto en su capacidad para gestionar el resto de sus tiempos –dado que hasta puede compatibilizarlo con otro trabajo– y no puede ser asimilado a tiempo de trabajo en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE, precisando que cuando no haya llamamiento se calificarán esos períodos como tiempo de descanso y, eso sí, puntualizando que los empresarios no pueden introducir períodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores.

⁴⁸ Respectivamente As.C-385/11 y As.C-161/18.

⁴⁹ Respectivamente SSTC 91/2019 y 145/2021.

A estos efectos, resulta urgente el acomodo de nuestra legislación a la nulidad de la norma reguladora del porcentaje aplicable a la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, del coeficiente de parcialidad, tal y como ya ha declarado el TC en sus sentencias de 2019 y 2021⁵⁰, pues el hecho de que los trabajadores a tiempo parcial tengan unas bases reguladoras inferiores a un trabajador a tiempo completo comparable, ya constituye de por sí una modulación de la pensión y conlleva la operatividad del principio *pro rata temporis*.

Es decir, la necesaria equiparación entre la protección social de los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo demanda que no se aplique una doble proporcionalidad, y penalización, a estos trabajadores, en las bases de cotización y en el cálculo de los períodos de carencia. Por consiguiente, a nuestro juicio, se deberían mantener ciertas especialidades sólo en relación a la cotización y, correlativamente, la base reguladora. De esta forma, la realización de una jornada reducida repercutiría sobre la cuantía de las prestaciones, modulándose la protección que se dispensa a estos trabajadores en función de su esfuerzo contributivo, del importe de sus cotizaciones; pero no sobre el cómputo de los períodos de carencia, siendo lo más equitativo que les sean reconocidos tantos días cotizados como días de permanencia en situación de alta en la Seguridad Social, con independencia de cuál sea la reducción de la jornada de trabajo y de cómo se distribuya el tiempo de trabajo. Así se conseguiría un tratamiento más homogéneo —en relación al cálculo de los períodos de carencia que dan acceso a las prestaciones, a la determinación del montante de las mismas cuando está vinculado a la extensión del período asegurado, y del cómputo de los períodos en alta a efectos de la duración del desempleo— de las reglas por las que se rige la acción protectora en estos contratos.

Otra cuestión que debería ser abordada en una próxima reforma legislativa sería la relativa a la forma de integrar las lagunas de cotización. La sentencia Calchadora, dictada por el TJUE el 14 de mayo de 2015, y la STC 110/2015, de 28 de mayo, no consideraron que existiera una diferencia de trato injustificada para un trabajador que justo antes de cesar en el empleo que inicia la laguna tenía suscrito un contrato a tiempo parcial, al apreciar que la integración de las lagunas de cotización con las bases por las que se venía cotizando a la Seguridad Social en el momento de cesar dicha obligación es una regla aplicable por igual a los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, que, a mayor abundamiento,

⁵⁰ Entre otros, Maldonado Molina, J.A., “Nulidad por vulneración del principio de igualdad por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº439, 2019, pág. 180.

no se ha acreditado que produzca un efecto discriminatorio para las mujeres⁵¹. Sin embargo, no se puede dejar de observar que la aplicación de esta doctrina puede no ser muy acorde a los principios de contributividad y proporcionalidad, pues se deja al albur de un dato aleatorio, la jornada desarrollada inmediatamente antes del cese, el modo de integración de la laguna de cotización. Sería más adecuado realizar un cálculo promediado, que permitiera alcanzar un mayor grado de correspondencia entre la contribución realizada a lo largo de toda la vida laboral y la prestación reconocida.

Como corolario de lo que se indica hay que resaltar que es habitual que en los casos relacionados con la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, el mecanismo utilizado por los tribunales sea aludir a la existencia de potenciales discriminaciones indirectas por razón de sexo, esencialmente atentatorias al conjunto de Directivas comunitarias aplicables y al artículo 14 CE. Ello concurre nuevamente en una de las últimas sentencias dictadas por el TJUE, la de 24 de febrero de 2022⁵², que considera que el sistema de Seguridad Social español es discriminatorio y atenta a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en cuanto no reconoce el derecho al desempleo del colectivo de los trabajadores del servicio de hogar doméstico⁵³, integrado casi exclusivamente por mujeres que, a mayor abundamiento, mayoritariamente desarrollan una jornada de trabajo reducida, lo que evidencia y refrenda la apelación a la necesaria reforma de ciertas previsiones de nuestro sistema de protección social, aún ancladas a unos esquemas que no son acordes a principios y derechos fundamentales proclamados tanto en la legislación comunitaria como en la nacional.

7. CONCLUSIONES

Uno de los ejes sobre los que ha girado la reforma laboral de 2021 ha sido introducir un cambio de paradigma en el sistema de contratación español y una nueva forma de entender las relaciones laborales en la empresa, que tiene por objeto mejorar la calidad en el empleo. A este fin coadyuvan toda una serie de modificaciones que, de inicio, no están directamente relacionadas con la

⁵¹ Según la STJUE Calchadora, As. C-527/13, no existe una discriminación por razón de género porque no se dispone de información estadística irrefutable sobre el número de trabajadores a tiempo parcial cuyas cotizaciones se hayan visto interrumpidas o que pusiera de manifiesto que este grupo estuviera mayoritariamente compuesto por mujeres.

⁵² As.C-389/20.

⁵³ A mayor abundamiento, el Parlamento español ha ratificado el 9 de junio de 2022 el convenio 189 OIT, relativo a los Trabajadores/as domésticos, lo que dará un mayor impulso a la corrección de esta discriminación.

contratación a tiempo parcial, pero que, de *facto*, sí que tienen un cierto impacto sobre algunos aspectos de su régimen jurídico y sobre su expansión.

En este contexto, siendo uno de los objetivos más evidentes de los cambios acordados en el marco del diálogo social la potenciación del trabajo fijo discontinuo en nuestro mercado de trabajo, de forma acertada se ha optado por desgajar el trabajo fijo periódico como especie del trabajo a tiempo parcial fijo, y por unificar las dos variables del trabajo fijo discontinuo en el artículo 16 ET. Es decir, aunque los trabajos fijos discontinuos, periódicos y no periódicos, se caracterizan por suponer la disminución de los días de trabajo al año, sus especialidades aconsejan un tratamiento homogéneo, separado del tronco común del trabajo a tiempo parcial, no justificando la certeza o no de las fechas de la prestación efectiva de servicios la instauración de tan artificiosa distinción entre ambas variedades del trabajo fijo discontinuo. Eso sí, ello no obsta a que, a pesar de esta alteración, se considere pertinente la aplicación de los principios generales que derivan de la Directiva 97/81/CE.

La limitación introducida en el artículo 16.5 ET, consistente en que sólo cabrá la realización de trabajos fijos discontinuos a tiempo parcial, en caso de que así sea previsto en los convenios colectivos sectoriales, “*cuando las peculiaridades del sector así lo justifiquen*”, supone un potencial obstáculo a la contratación a tiempo parcial, pudiendo resultar contraria a la cláusula 5.1 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 97/81/CE. Probablemente late en esta restricción la perspectiva de que la contratación fija discontinua a tiempo parcial puede ser un indicio de precariedad y, por ello, de forma coherente con los fines pretendidos con la reforma laboral adoptada, se obstaculiza esta combinación, para conseguir que la regla general sea la contratación fija discontinua a tiempo completo. No obstante, a nuestro juicio, se debería haber valorado con más detenimiento si esta limitación resulta proporcionada al fin pretendido, dado que en bastantes sectores las empresas demandarán la contratación de trabajadores fijos discontinuos a tiempo parcial, para satisfacer sus necesidades de flexibilidad y atender sus requerimientos fluctuantes, y puede resultar desproporcionado condicionar esta opción a que el convenio colectivo sectorial aplicable así lo haya previsto y justificado.

Por otra parte, el RDL 32/2021 ha realizado cambios sustanciales en el régimen jurídico de los contratos formativos, así como una nueva delimitación de sus tipos, que ahora son dos: el contrato de formación en alternancia y el de obtención de prácticas, ocupando la formación teórica y práctica un lugar central en su diseño. Hasta ahora, el artículo 12.2 ET se mostraba tajante y prohibía el desempeño del precedente contrato de formación y aprendizaje con una jornada a tiempo parcial, estimándose que el reparto entre tiempo de trabajo y formación no podía ser efectuado en el marco de una jornada de trabajo de por sí ya reducida, dado que ello dificultaría el cumplimiento de los fines del contrato formativo en cuestión. Sin embargo, el vigente artículo 11 –y de manera correlativa así se reconoce a efectos de cotización en la DA 43ª LGSS–, de forma novedosa contempla que el desarrollo de

todos los contratos formativos puede realizarse con una jornada parcial. En el caso del contrato de formación en alternancia, a nuestro juicio, ello puede resultar lesivo a su objeto y su causa, corriéndose el riesgo de desnaturalizarlo, pues admitir que la jornada de trabajo puede ser aún más recortada puede causar un potencial perjuicio a sus destinatarios y a los objetivos del contrato, que deben estar condicionados por el plan formativo individualizado acordado entre la institución educativa y la empresa y no por otros intereses. Eso sí, en estos supuestos, para reforzar que con la duración de la jornada acordada se cumplen los fines formativos pretendidos con el contrato, se habilita a las instituciones educativas a realizar un control riguroso, debiendo tanto comprobar que el programa formativo acordado y los servicios prestados se alinean y conectan adecuadamente a la causa del contrato, como llevar a cabo un seguimiento estricto a través del proceso de tutorización, de modo que se verifique que tanto los conocimientos teóricos adquiridos como el aprovechamiento práctico son acordes al programa formativo y al itinerario individualizado diseñado. Además, a intensificar esta fiscalización coadyuvará lo dispuesto en el artículo 11.4.h) ET, que establece que la formación práctica inexistente o defectuosa implicará que el contrato es indefinido y a tiempo completo.

Por último, otra de las medidas implantadas al hilo de la reforma laboral de 2021 que puede tener un importante impacto sobre la contratación a tiempo parcial, es la relacionada con la modificación introducida en el artículo 7.2 LISOS, que considera cometida una infracción grave por cada persona trabajadora afectada por la vulneración de la normativa –legal o convencional– sobre contratación. Por ende, estando muy ligado el efecto disuasorio de los incumplimientos a la entidad y costes de las sanciones que se deriven de los mismos, el avance es significativo. Por un lado, ya no se considera una infracción por la totalidad de los trabajadores afectados por el incumplimiento empresarial, sino por cada uno de ellos, y, por otro, el importe de la sanción pasa de oscilar entre 625 y 6.125 euros a entre 1.000 y 10.000 euros, a lo que se sumará que la empresa deberá regularizar la situación en materia de Seguridad Social, modificándose el coeficiente de parcialidad o declarándose el contrato como a tiempo completo y pagando la liquidación de cuotas que se hayan dejado de abonar. En adición, el perfil tuitivo de la Inspección de Trabajo y su rol tendente a garantizar la vigencia real y efectiva de los derechos laborales debe acompañar este cambio legislativo, combinando, tal y como indica su Plan Estratégico 2021-23, su labor de información y asistencia técnica con una mayor contundencia en la exigencia de responsabilidades mediante la extensión de actas de infracción.

A pesar de las reformas realizadas en el RDL 32/2021 y aunque los cambios constantes en el sistema de regulación del trabajo a tiempo parcial han constituido un elemento negativo en su propia evolución, en este momento, empero, hay que subrayar que tanto la normativa como la jurisprudencia comunitaria precisan una pronta intervención del legislador español en algunos aspectos del régimen jurídico de esta modalidad contractual. Fundamentalmente, es necesario intervenir en los

apartados 12.4.e) y 12.5 ET, para garantizar una adecuada transposición de la Directiva (UE) 1152/2019, y en la regulación de su protección social, que presenta ciertos aspectos cuyo encaje con el Derecho Comunitario y con la Constitución Española han sido puestos en entredicho y señalados tanto por el TJUE como por el TC.

Es decir, no se puede dejar de resaltar que tras la adopción de la reforma laboral de 2021, se ha desaprovechado nuevamente la oportunidad de afrontar algunos problemas aún latentes y evidentes que rodean al régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial, tanto desde un punto de vista contractual como prestacional. Por consiguiente, la utilización de esta modalidad contractual como mecanismo de gestión flexible de gestión de recursos humanos, su vinculación a cuestiones relacionadas con el género y la conciliación, y su incidencia en los instrumentos de garantía y suficiencia prestacional desde el sistema de la Seguridad Social, siguen reclamando el abordaje de la mejora de la regulación de esta institución clave en nuestro mercado laboral.