

PRIMERA PARTE FLEXIBILIDAD EN EL TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN FAMILIAR

FLEXIBILIDAD EN LA GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: A PROPÓSITO DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL EMPLEO PARCIAL *

Cristóbal Molina Navarrete**
Universidad de Jaén

*“Estas cosas no pasan en el mundo.
Estoy por afirmar
Que ahora vivo en un libro de poemas”*
Disciplina secreta. Luis García Montero.

SUMARIO: 1. Introducción: la “flexiguridad laboral” ¿“fórmula mágica” o “garantía de recuperación” del equilibrio contractual efectivo? –2. Una flexibilidad de doble dirección: ¿conciliación familiar *versus* o favor productividad? 2.1. Del discurso...: el imperativo-principio constitucional-comunitario de ponderación razonable de derechos e intereses legítimos. 2.2. ...a las prácticas: ¿poderes jurídicos de negociación individual *versus* o en defecto de autonomía colectiva? –3. El favor hacia el empleo parcial como vía de flexibilidad en la gestión del tiempo: ¿inserción *versus* conciliación? 3.1. “Flexiseguridad made in Spain”: el primado de la flexibilidad como vía de inserción sobre la seguridad, incluso empresarial. 3.2. Nueva contradicción: simplificación administrativa de modelos y multiplicación de las modalidades de contratación parcial. 3.3. El nuevo reparto de poderes reguladores del empleo parcial: la pérdida de protagonismo de la autonomía colectiva sectorial en favor de la privada. 3.4. Una reforma de ida y vuelta: el “vacilante” retorno de la prohibición de las horas extraordinarias como forma de abaratamiento del empleo parcial. 3.5. Las cláusulas de elasticidad-flexibilidad de gestión interna: una “oferta de horas suplementarias” de aceptación voluntaria y cumplimiento incierto. –4. Reflexión final: ¿las bases para una nueva reforma en un sentido más flexibilizador?

RESUMEN

Existe un amplio consenso, en el plano teórico, sobre la utilidad del empleo a tiempo parcial para conciliar las exigencias de mejora de la productividad como de las posibilidades de conciliar la vida laboral y familiar de los trabajadores. Sin embargo, no existe acuerdo para fijar cuáles son las mejores medidas para llevar ese equilibrio a la práctica. Unos apuestan por favorecer la negociación colectiva en esta materia, otros, en cambio, o hacen por intensificar los poderes de decisión unilateral, sea del trabajador sea del empresario. Sin embargo, ni una ni otra vía está en condiciones de aportar los mejores resultados prácticos. En este artículo se apuesta por dejar el equilibrio razonable entre el interés productivo y el interés de conciliación de la vida fa-

* Recibido el 02.02.2014 y aceptado el 18.03.2014

** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

miliar al reconocimiento y garantía de auténticos poderes de negociación, tanto en vía individual como colectiva. Para ello, se repasa con detalle la nueva reforma del empleo parcial introducida por el RDL 16/2013 que, pese a confesar que busca ese equilibrio, en realidad toma partido claramente por el objetivo de la flexibilidad, a costa de la seguridad de los trabajadores y sus expectativas de conciliación de su vida familiar

ABSTRACT

There is broad consensus, in theory, on the usefulness of part-time to reconcile the demands of improving productivity and the possibilities to reconcile work and family life of workers. However, there is no agreement to fix what the best steps to bring that balance to the practice are. Some are committed to promote collective bargaining in this area, others, however, intensify or make unilateral powers of decision, whether the worker is the employer. However, neither pathway is able to provide the best practical results. This article commitment to leave the productive balance between interest and the interest of reconciling family life with the recognition and guarantee of genuine bargaining power, both individually and collectively track. To do this, is reviewed in detail the new reform of the legal system of partial employment in Spain introduced by RDL 16/2013. The Act, despite confessing looking for that balance, actually takes sides clearly the objective of the business flexibility, at the expense of worker safety and expectations of reconciling family life.

Palabras clave: Empleo a tiempo parcial, conciliación de la vida laboral y familiar, flexiseguridad.

Key words: Part-time employment, reconciling work and family life, flexicurity.

1. INTRODUCCIÓN: LA “FLEXIGURIDAD LABORAL” ¿“FÓRMULA MÁGICA” O “GARANTÍA DE RECUPERACIÓN” DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EFECTIVO?

Si se acepta, no sin crítica y matizaciones, que la recurrente apelación del legislador de reforma 2012 al enfoque de la “flexi-seguridad” (o “flexiguridad”) no es sólo una “fórmula mágica”¹ –típica del neo-lenguaje funcionalista del, “posmoderno” y “neo-fordista”, “Derecho Productivista del Trabajo”–, “vacía de contenido” regulador cierto, uno de sus principales campos de experimentación debe ser la regulación y la gestión del “tiempo de trabajo”. O mejor, de los tiempos de trabajo, tanto del “trabajo productivo” –retribuido o mercantilizado– cuanto, también, del “trabajo reproductivo” –no retribuido, pero no menos útil social y económicamente–, esto es, de los “tiempos de vida” de las personas. En la regulación-gestión de tiempo de trabajo retribuido, y su consecuente influencia decisiva en el de “no trabajo productivo”, se produce con especial fuerza la colisión o conflicto entre las razones económicas del empleador, y la función económicamente productiva de la norma laboral, y las razones familiares del trabajador, y la función socialmente distributiva de la misma, por lo que en él son especialmente necesarias nuevas fórmulas para recuperar el equilibrio perdido entre la reforzada protección dada a aquélla y el debilitamiento notable de ésta².

De este modo, el “valor jurídico”, no ya sólo económico, de la flexibilidad de la organización-gestión del tiempo laboral, puede ser tan interesante al empleador, para atender a las incertidumbres y movilidad de las demandas del mercado, por tanto a los imperativos de la ganancia de una mejora competitiva constante, como al trabajador, para poder atender convenientemente sus “responsabilidades familiares”, por sí mismo y a través de la redistribución corresponsable con su pareja, para lo que no sólo bastarán los “pactos civiles individuales”, sino también los in-

¹ Vid. R. WIETHOLTER. *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*. EDESA. Barcelona. 1991.

² La “flexiseguridad laboral es una elaborada noción europea que implica un renovado equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad...”. Vid. F. VALDÉS DAL-RE, J. LAHERA FORTEZA. *La flexiseguridad laboral en España*. Fundación Alternativas. Documento de Trabajo n. 157/2010. Disponible online.

centivos normativos. Ahora bien, si existe consenso tanto en el valor –principio– como en sus dificultades prácticas, no lo hay en el modo de superarlas, de realiza prácticamente la transacción necesaria para una adecuada articulación o composición del conflicto de la conciliación de la vida familiar con la vida laboral.

La versión originaria de la reforma laboral de 2012 parecía tenerlo claro y apostó por una doble vía, básicamente. Primero, en el ámbito de los que denomino “poderes jurídicos de novación unilateral” –la autonomía privada individual como fuente directa, más o menos mediada por un procedimiento, de facultades de modificación de lo pactado y consiguiente sujeción a obligaciones de cumplimiento por la contraparte–, intentó acotar-cercar los del trabajador –en la práctica sobre todo de las trabajadoras– al tiempo que ampliaba notablemente los del empleador. Al trabajador/a, le cerró –o esa era su voluntad– el arco o módulo temporal de referencia para el ejercicio de la facultad de reducción-modificación del tiempo de trabajo atribuida al trabajador, que sólo tendría el ámbito de la “jornada diaria” –artículo 37.5 ET–, ampliando el periodo de preaviso al empleador para legitimar su ejercicio³. A empleador, en cambio, no sólo le reconoció un porcentaje mínimo de distribución irregular de jornada ex artículo 34.2 ET, a salvo de la eventual inexistencia de pactos colectivos en tal sentido –incluso de los que estuviesen por debajo de ese umbral mínimo, aunque no quedó bien fijada, en la norma legal, esta voluntad del legislador de consagrar una nueva regla de inderogabilidad in pejus de la facultad empresarial reconocida legalmente–, sino que le reforzó el poder de novación sustancial, también del tiempo de trabajo –su extensión y su distribución– ex artículo 41 ET.

Por lo tanto, desde esta vertiente de equivalencia contractual entre los poderes reconocidos a ambos sujetos de la relación de trabajo, los desequilibrios entre poderes de organización-gestión flexible del tiempo laboral, por unos motivos –productivos– y otros –de conciliación familiar–, son manifiestos, sin perjuicio, claro está, de los límites que puede encontrar en atención al respeto de otras normas como el artículo 37.5 –reducción de jornada por interés familiar–, e incluso, si bien con menos intensidad, del artículo 34.8 ET. Es manifiesto, a mi entender, que el ejercicio del artículo 41 ET debe hacerse compatible, pese a que no exista una regulación general y coherente al respecto, con esas otras facultades de “modificación-reducción” y/o modificación-adaptación del tiempo de trabajo en razón de intereses legítimos, y constitucionalmente protegidos, del trabajador, o más bien, lamentablemente todavía –punto de vista sociológico o práctico del análisis jurídico–, de la trabajadora.

Segundo, atribuyó, bien al acuerdo individual bien al acuerdo colectivo, a través de los convenios, sin apellido, por tanto con una remisión implícita a los de empresa –el artículo 84.2 letra f) ET les atribuye preferencia aplicativa sobre el sectorial–, la responsabilidad fundamental para realizar en la práctica este difícil equilibrio de carácter transaccional razonable entre ambos bienes jurídico-constitucionales. De un lado, esto supone favorecer una solución acordada –sea individual o sea colectiva– en detrimento de la unilateral (lógica del pacto contractual o convencional). De otro que, en todo caso, medie o no reducción de jornada, y por tanto sacrificio económico del trabajador –a menudo de la trabajadora–, pasa por atender la función de “productividad” de la norma. A la “función social” de la norma legal, primaria y preferente, la Ley de reforma le añade otra, una “función económica”, condicionante de aquella. Inequívoco es el nuevo párrafo segundo del artículo 34.8 ET –y en sentido análogo el segundo inciso del artículo 37.6 ET–: “A tal fin [el derecho individual a la adaptación de la jornada por ejercicio de un derecho de conciliación de la vida laboral y familiar], *se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas*”.

³ Recuérdese que el artículo 37.5 ET reconoce que “tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria”. Sin embargo, el artículo 37.6 ET sigue refiriendo la facultad de concreción a la “jornada ordinaria”. Lo que, a mi entender, supone la coexistencia de dos reglas no estrictamente coincidentes, que puede, y debe, plantear problemas de armonización. La devaluación legal del derecho de conciliación es clara. Vid. M.A. BALLESTER PASTOR. “De cómo la reforma operada por el RDL 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”. En *RDS*, n. 57. 2012. P.109.

Pues bien, el cuarto capítulo, en espera del muy inminente quinto, de la reforma laboral de 2012, promovido a través del RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, parece promover esa doble senda para llevar a cabo aquella transacción razonable.

De un lado, el reforzamiento del acuerdo contractual, sobre el poder unilateral de novación, y, de otro, del papel de la autonomía colectiva –pero de empresa, con una clara continuación del *debilitamiento del poder de autonomía colectiva sectorial* promovido a nivel general por la reforma originaria–. No obstante, junto a las materias más típicas para ello, como la apertura de nuevas posibilidades de distribución irregular de jornada –sobre todo al llamar la Ley a la negociación colectiva para que generalice experiencias convencionales exitosas, como las “bolsas” o “bancos de horas”–, a través de la modificación del artículo 34.2 ET, se hace hincapié *en el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial*. Para ello se realiza una importante, aunque incierta, modificación del art.12 ET, sobre todo los apartados 4 y 5 del mismo.

En efecto, retomando y, en gran medida, potenciando el nuevo enfoque dado a mediados de la década de los ´90 a esta modalidad contractual, siempre compleja y conflictiva, se une, a su clara función de reparto del empleo, por su significado de redistribución a favor de mayores oportunidades de ocupación para quienes no tienen un puesto de trabajo, la de flexibilización del tiempo de trabajo. A tal fin, la Ley otorga a la autonomía –individual y colectiva– la posibilidad de incluir nuevas “cláusulas de elasticidad” del tiempo de trabajo laboral. Esto significa, como veremos con detalle, que se permite no sólo aumentar las “horas complementarias” sino también añadir nuevos conceptos: los “pactos de horas suplementarias” –se llaman, pero de forma ambigua (todas son voluntarias), “horas complementarias de aceptación voluntaria”.

Pero esta retoma del valor de flexibilización del tiempo de trabajo del empleo parcial ¿a qué interés legítimo obedecería realmente en el esquema legislativo de la reforma? Si se ha de creer al legislador en lo que dice en el Preámbulo, que como todos los de su género hoy responde a esa especie de los “preámbulos fábula o cuento” –los que dicen perseguir fines u objetivos diferentes a los que realmente quiere realizar, y consiguen en la práctica–, nuestro objeto de estudio aparecería en el primer plano. Para el legislador, siguiendo lo que sería un auténtico consenso social y doctrinal: “... *Como es bien sabido, el trabajo a tiempo parcial es un mecanismo que otorga al empresario flexibilidad en el tiempo de trabajo, a la par que posibilita al trabajador conciliar la vida laboral y personal y compatibilizar trabajo y formación*”.

Parece, pues, que el legislador se apresta a introducir un régimen de flexibilidad en el trabajo a tiempo parcial no ya sólo para incentivar las oportunidades de empleo, objetivo o fin básico de la reforma, sino que lo haría también para beneficiar de esa flexibilidad al interés de los trabajadores a la conciliación.

Y para ello se dice que se ahondará “en la promoción del trabajo a tiempo parcial mediante una simplificación de su régimen laboral” y la incorporación en el mismo de “cambios dirigidos a que las empresas recurran en mayor medida al trabajo a tiempo parcial...”. Ahora bien, cabe preguntarse, pues la clave para ese fomento es que los empresarios se sientan atraídos por esta modalidad contractual, ya que el interés de los trabajadores es de valor secundario –las estadísticas ponen de manifiesto que más del 70 por cien de los que trabajan por esta vía querrían un contrato a tiempo completo–: *¿el legislador le da a los empleadores lo que estos están pidiendo?* Y, de ser así, o no, ¿dónde queda realmente el objetivo de la conciliación con la vida familiar? ¿Cómo se busca esta solución transaccional en el nuevo régimen del empleo a tiempo parcial, más allá de la llamativa contrarreforma respecto de las horas extraordinarias, retornando paradójicamente a la prohibición, típica de tiempos tuitivos, cuando su reintroducción es propia de épocas de mayor flexibilidad?

Como es natural, no se trata de una pura especulación doctrinal. Es sabido que poco antes de este nuevo capítulo de reforma laboral productivista mediante la devaluación de las condiciones de trabajo, la CEOE presentó un documento de valoración de la versión originaria, donde ponía de manifiesto la necesidad de avanzar mucho más tanto en la flexibilidad interna, a través

de una mayor flexibilización del régimen de distribución irregular de jornada, cuanto de la potenciación “abierta” del contrato de trabajo a tiempo parcial. Para ello, su apuesta principal era, además de incrementar notablemente las horas complementarias, potenciar los poderes unilaterales de novación, quebrando el principio de voluntariedad en la conversión.

¿Ha seguido el legislador estos requerimientos? El propósito de este estudio es hacer un análisis detallado, en lo posible, del nuevo régimen legal del contrato a tiempo parcial, pero muy en especial desde la perspectiva general aquí evidenciada de utilidad del mismo para dar solución al actual, y creciente, conflicto de la conciliación de los tiempos de vida laboral y familiar. Se trata de verificar si, con la nueva reforma, este derecho social fundamental de nueva generación no se ve excesivamente devaluado, ni de Derecho ni, lo que es más relevante, de facto, por el primado que tiene la función de defensa de la productividad asumida por las normas, teniendo en cuenta que se trata también de un derecho constitucional, al que se le da dimensión de orden público. O sí, por el contrario, una vez más tal derecho social fundamental se ha visto sacrificado en el Altar de esas exigencias de mayor productividad, a su vez requerimiento para favorecer la inserción ocupacional, si bien mediante empleo parcial –sea temporal, sea indefinido.

2. UNA FLEXIBILIDAD DE DOBLE DIRECCIÓN: ¿CONCILIACIÓN FAMILIAR *VERSUS* O FAVOR PRODUCTIVIDAD?

2.1. Del discurso: el imperativo-principio constitucional-comunitario de ponderación razonable de derechos e intereses legítimos

Existe hoy un difundido convencimiento, tanto en la doctrina económica como en la jurídica, así como incluso en un significativo sector empresarial, y desde luego es un eje fundamental del discurso institucional, en torno a las enormes oportunidades que los contemporáneos sistemas de organización del trabajo permiten para compatibilizar la función productiva de las empresas con la función reproductiva –trabajo familiar– de las personas, de modo que se pase del enfoque de “conflicto” al de “armonización”. La transacción pasaría por sistemas de organización flexible del trabajo equilibrada que no sólo sirva a las razones de la empresa sino también de los trabajadores. En este sentido, se atiende a una perspectiva de productividad cualitativa y a medio y largo plazo para el conjunto del sistema, pues a corto plazo se concluye que el incremento de productividad por unidad de tiempo, derivado de los nuevos usos de distribución irregular y variable de la jornada laboral –horarios laborales–, se hace incrementando la a-sincronía familiar.

En efecto, la generalización progresiva de los sistemas de jornada irregular, por tanto incierta, apoyada en una fuerte desregulación del tiempo de trabajo y descanso, la eliminación de buena parte de los sobrecostes de los tiempos distintos a los normales o usuales⁴, y la flexibilización del trabajo parcial, todo ello en paralelo a la liberalización, a veces salvaje, de los horarios comerciales, conlleva mayores dificultades para la conciliación de ambos tiempos de vida, incluso laboriosa –productiva y reproductiva–, no ya sólo con los de ocio. Precisamente, es este enfoque de mayores obstáculos y sacrificios el que cala más en el imaginario socio-laboral, pues la mayoría de quienes están bajo estos “nuevos usos flexibles-variables” del tiempo de trabajo resaltan la práctica imposibilidad de la conciliación. Para ellos resultaría más que una utopía una quimera, mucho menos tendrían la idea de estar ante un derecho social fundamental exigible a un juez directamente.

⁴ A ello no es ajena la jurisprudencia social, que aceptó una cierta generalización, más allá del trabajo a tiempo parcial, del concepto de “jornada complementaria” como diferenciada de la “jornada extraordinaria”, a fin de que la autonomía colectiva pudiera fijar, salvo previsión legal en contrario, retribuciones diferentes, menor no sólo a la extraordinaria, sino incluso también a la ordinaria. *Vid.* SSTs, 4^a, 20 de febrero de 2007, recurso 3657/06, y 9 de diciembre de 2010 (Asunto Danone). Más recientemente, si bien reafirmando la regla convencional de equiparación de la jornada complementaria con la jornada ordinaria a efectos retributivos, *vid.* STSJ Cataluña, de 19 Nov. 2013, rec. 1517/2013, con una significativa síntesis de la doctrina judicial y de la jurisprudencia más reciente.

Basta leer las estadísticas y los medios de comunicación, incluso de alcance no especializado, para evidenciar esta tensión creciente. Una tensión práctica a la que han venido contribuyendo las últimas reformas laborales, así como incluso la negociación colectiva. Ésta ha venido cumpliendo más un papel notable de flexibilización de los usos de los tiempos de trabajo con esa dimensión productivista “cortoplacista” que de transacción razonable, y generalizada, a la que fue llamada por aquel mismo legislador de reforma⁵.

Pese a este claro dato realista, es también un dato constatable y constatado en el plano de la realidad socio-laboral que, como ponen de manifiesto numerosos estudios recientes, no ya sólo con carácter general, sino también específicamente realizados a fin de implantar, en un buen número de empresas con nombres y apellidos, concretas o individualizadas, medidas de mejora de la conciliación del trabajo con la vida familiar en empresas, una adecuada estrategia, coherente y sistemática, de organización laboral del tiempo a tal fin reporta significativos beneficios también para las empresas. Éstas no sólo aumentarían su prestigio social y la imagen frente a la competencia, cada vez mayor, sino que mejoran su capacidad de atraer y mantener al más “cualificado capital humano” y reducen el absentismo laboral, incrementando la productividad⁶.

En suma, en el plano o ámbito del discurso mayoritario, incluso oficial, por tanto en el nivel de los principios, existe un notable consenso respecto a la conveniencia, más aún, a la necesidad, de promover la implantación de mecanismos en la ordenación legal del tiempo de trabajo que favorezcan la conciliación entre la función productiva ínsita a la empresa y la mayor disponibilidad –autodeterminación– temporal del trabajador. Para ello se precisa, como es natural, sistemas flexibilizados de organización temporal del trabajo. El problema es que luego tal consenso se va diluyendo cuando se trata de articular en prácticas el principio. En efecto, el consenso teórico sobre las bondades de la negociación se torna, para la acción, en primacía de los unilateralismos. Así, desde la lógica doctrinal jurídico-económica se pone el acento en el reconocimiento de derechos y garantías de autodeterminación temporal a fin de favorecer la conciliación familiar. Por su parte, el empresario quiere más elasticidad unilateral, más disponibilidad directa.

Concretamente, desde el enfoque jurídico-económico, se propone:

- La mejora del régimen de la reducción de jornada, ampliando sus supuestos y sus formas de ejercicio –módulo de distribución semanal, e incluso anual; ampliación del sujeto causante...–, así como ampliando los estímulos a los contratos de sustitución ligados a las reducciones por guarda legal.
- Ampliación de los permisos existentes y fijación de nuevos.
- Regulación legal de las situaciones de disponibilidad y variabilidad de los horarios laborales a fin de mejorar la seguridad jurídica para los trabajadores y desincentivar la novación empresarial: (1) aumento de la exigencia causal a fin de ejercer poderes de variabilidad horaria, (2) reforzamiento de los derechos de elección de turno de trabajo o descanso por motivos familiares –también por motivos formativos– en situaciones de disponibilidad horaria, (3) fijación legal de gravámenes a las formas de distribución flexible del tiempo de trabajo, en paralelo al reconocimiento legal de “pluses de disponibilidad horaria”, (4) la limitación-restricción de las horas extraordinarias...⁷.

⁵ Todos los periódicos de mayor relieve, economistas o generalistas, al hilo de las recientes reformas, publican estadísticas y entrevistas a personas en estas situaciones. *Vid.* este y otros casos en “La mejora laboral llegará en precario”. *Vid.* el artículo publicado, al hilo de la reforma, en *EL PAÍS*, disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2014/01/11/actualidad/1389461215_224772.html

⁶ *Vid.* la síntesis realizada en AAVV. (Coord: J. MERCADER-L. PAREJO). Productividad y conciliación en la vida laboral y personal”. Fundación Telefónica. Ariel. 2008. pp. 64 y ss

⁷ *Vid.* obra referida en la nota 6, pp. 65-67

Por su parte, la CEOE, a fin de realizar esa función de productividad, como vía para propiciar lo que entienden es un presupuesto básico para poder conciliar, que es tener un empleo, pues sin él casi un tercio de la población ni siquiera se plantearía esta gran cuestión, aunque sea parcial, incluso mejor si es de este tipo, propone y defiende:

- Para *reforzar la flexibilidad de gestión interna*, de un lado, incrementar el porcentaje mínimo de distribución irregular de jornada –pasando del 10 por cien actual al 15 por cien–, de otro, contemplar de una forma expresa el mecanismo de las “bolsas de horas” o “de días” en los que el empresario pueda, unilateralmente, alterar el calendario anual, más allá del módulo anual.
- Para *“potenciar abiertamente”* el contrato parcial, amén de reducir la rigidez de la regulación –anterior al RDL 16/2013- sería necesario no sólo posibilitar una distribución más flexible sino también (1) ampliar el número de las “horas complementarias” –pasando del 15 al 30 por cien–, (2) revisar los límites jurídicos al cumplimiento de la jornada complementaria pactadas –reducir los plazos de preaviso y las causas de denuncia por el trabajador del tales pactos–, hasta llegar a (3) habilitar al empleador para que imponga la conversión de empleo a tiempo completo en parcial cuando existan causas.
- *Fomentar el contrato indefinido a tiempo parcial* como alternativa al contrato temporal, de modo que esta mayor estabilidad no sólo redundará en mejora de la productividad–mayor motivación y satisfacción del trabajador–, sino de los proyectos de vida en familia, al ofrecer más seguridad laboral.

Salvo ciertos aspectos –la preferencia por la estabilidad–, vemos la radicalidad del enfrentamiento de posiciones. Y, sin embargo, ya hemos visto, que debería huirse de los antagonismos radicales, o de las opciones unilaterales para avanzar. Unilateralismos que están también presentes en una jurisprudencia consolidada que sitúa la regla general en la atribución al trabajador –normalmente trabajadora–, de la potestad de concretar el horario adecuado, pues es el mejor situado para la defensa del interés del menor a un cuidado idóneo –juicio de idoneidad de la decisión para satisfacer el interés preferente protegido por la norma–. Y sólo de modo excepcional,

“... cuando ese derecho (la facultad para determinar el horario adecuado a fin de conciliar su prestación de servicios con la guarda del menor) *entrase en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial se acudirá a las circunstancias concurrentes en cada caso, incluida la de buena fe, para atribuir esa facultad a uno o a otro*” (STS, 4^a, de 16 de junio de 1995, RJ 1995\4905)⁸.

Más ponderada es la doctrina que resulta de la STS, 4^a, de 20 de julio de 2000 (RJ 2000, 7209), para la que, en la versión entonces vigente, existiría una “laguna legal” en el artículo 37.5 ET, más aparente que real, pues más bien se trataría de una suerte de “silencio elocuente”. En efecto, partiendo de que “nada establece el precepto legal en orden a la concreción horaria de la reducción de jornada, ni si en tal actuación debe prevalecer el criterio o las necesidades concretas del trabajador o las organizativas de la empresa”, aporta una explicación de tal ambigüedad:

⁸El razonamiento completo es el siguiente: “Hay que advertir previamente que tanto la sentencia impugnada como las ofrecidas de contraste admiten que como regla general la facultad para determinar y elegir el horario adecuado para el cuidado del hijo menor de seis años corresponde al trabajador titular del derecho que tiene atribuida su guarda legal ya que es el único capacitado para decidir cuál es el período más idóneo para cumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad que le competen; y que sólo excepcionalmente cuando ese derecho entrase en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso incluida la buena fe, para atribuir esa facultad a uno o a otro” –FJ Segundo–. Recoge esta jurisprudencia también la más reciente doctrina judicial de suplicación, como por ejemplo la STSJ Galicia, núm. 3180/2012 de 28 mayo. AS 2012\2300 –la actora viene prestando servicios a turnos rotatorios de mañana (06.00 a 14.00 horas) y tarde (14.00 a 22.00 horas).

“... posiblemente dejada de propósito, con el fin de que se compatibilicen los intereses del menor (y por tanto del padre o madre trabajadores), con las facultades empresariales de organización del trabajo” –FJ Cuarto.

En consecuencia, apuesta por una visión más normalizada de la ponderación de los intereses en juego que la jurisprudencia precedente, atendiendo de forma peculiar y detallada a “la forma de ejercicio del derecho por ambas partes”. Por tanto, la cuestión se desplaza del eje de quién tiene la “titularidad de la potestad”, al “modo de ejercicio” de la misma, así como al “modo de reacción” –empresarial– al ejercicio de aquélla. En este sentido, la legitimidad del modo de ejercicio-reacción siempre viene condicionado por la buena fe, que puede llevar a soluciones diferentes, así como, al primado del derecho a la conciliación, por su dimensión constitucional arts. 14 y 39 CE.

En realidad, un planteamiento extremo de la dialéctica regla general/excepción es una pura tautología, pues la regla general prácticamente siempre entrará en clara colisión con el “interés organizativo” propio de la empresa, por lo que el *método de la ponderación razonable de intereses y derechos en conflicto* constituirá la forma más usual de resolver el conflicto⁹. Amén de ser un principio jurídico de aplicación general, con dimensión no sólo constitucional sino comunitaria, tiene un expreso reconocimiento jurisprudencial en este ámbito, eso sí, evidenciando la preferencia del derecho del trabajador/a sobre la libertad de empresa a la hora de elegir el modelo de organización del trabajo que mejor defienda la productividad –artículos 38 CE y 20 ET–. La recurrente remisión a la STCO 3/2007 –y a la 24 y 26 de 2011– así lo certificaría.

2.2. ...a las prácticas: ¿poderes jurídicos de negociación individual *versus*, o en defecto de, autonomía colectiva?

Ahora bien, reconocer y afianzar las titularidades de los derechos individuales, los principios que los rigen en su ejercicio y el método para llevar a cabo la conciliación de intereses constitucionalmente protegidos, así como la preferencia cuando colisionan, que es lo habitual, no asegura ni la previsibilidad del resultado –riesgo de inseguridad jurídica– ni las mejores prácticas para realizar el necesario equilibrio. De ello da prueba tanto la atormentada situación vivida por la trabajadora que dio lugar a la STCO 3/2007, de 15 de enero¹⁰, cuanto la jurisprudencia del TS, contraria a incluir el derecho a la elección de turno dentro de las facultades de concreción, salvo pacto.

Para esta jurisprudencia, en buena medida desconocida, a mi juicio con razón, por una parte de las doctrinas de suplicación, y, sobre todo, por la mayoría de los Jueces de lo Social, la razón de la discrepancia con el TCO estaría en que

“aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario..., sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el artículo 37 ET, en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Organos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del ET, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo”.

No pretendo aquí volver con detalle sobre esta jurisprudencia, que vengo desde hace años criticando por ser, a mi juicio, completamente errónea. Primero, en el estricto plano técnico-ju-

⁹ Resalta la STS de 20 de julio de 2000, que concluyó que en la STSJ Madrid, de 7 de septiembre de 1999 [AS 1999, 2942] quedaba acreditada la buena fe de la trabajadora y que la empresa, por su dimensión, tiene fácil su sustitución, no existiendo problemas en cuanto a la organización del trabajo.

¹⁰ que, como se sabe, terminó volviéndose a pronunciar varios años después -2009- negando la tutela, aun reconociendo el derecho de elección, para ser corregida por STEDH, 19 de febrero de 2013

rido, porque es contraria al espíritu –fin– del artículo 34.8 ET y a la letra del artículo 139 LRJS, que reconoce expresamente un deber de negociar de buena fe específico al empleador, dotado de garantías de efectividad del derecho, incluidas las indemnizatorias, pero no sólo¹¹. De esta manera, entiendo soluble la polémica existente en torno a si se trata de un poder de novación contractual o de si estamos ante una mera expectativa de derecho o derecho programático, pues no es ni lo uno ni lo otro, sino que se trata de un claro deber individual de negociar de buena fe. Segundo, porque supone ignorar por completo el radical cambio, de política del derecho, que conllevaba el art. 34.8 ET. Si antes de este precepto el modelo de conciliación se basaba sobre todo en la reducción de jornada, con el coste que ello suponía tanto en términos de desigualdad, cuando no lisa y llanamente de discriminación indirecta de género, en la práctica, como económico, agravado ahora con la devaluación salarial tras la reforma laboral –Derecho Inflacionario del Trabajo–, el modelo preconizado por la LO 3/2007 era el basado más bien en la adaptación de jornada, sin reducción –ni sacrificio económico–. La reforma de 2012 no cambiaría este modelo, al menos radicalmente, pese al fuerte condicionante legal que implica la concreción en la jornada diaria, sino que tan sólo le pondría más límites, al exigir que se atiende, con carácter general, a la hora de ejercer el derecho de adaptación razonable, al fin de la productividad. Aunque ese mandato se dirige de un modo directo a la negociación colectiva, queda claro que también juega en el ejercicio del derecho individual de negociación de buena fe de la adaptación de jornada.

Por fortuna, la doctrina judicial de “instancia” está asumiendo cada vez más esta posición. Y esta advertencia no es baladí teniendo en cuenta la ausencia de recurso de suplicación al respecto, así como de casación, por supuesto, salvo, claro está, que medie la invocación de derechos fundamentales, lo que es muy probable en este ámbito, así como la petición, menos frecuente, de tutela indemnizatoria, ambas acumuladas a la petición principal *ex* artículo 139 LRJ¹². Pero no es esta cuestión procesal-sustancial, la que me concierne en este momento, sino la sustantivo-reflexiva relativa a la ausencia de idoneidad de la vía judicial para afrontar una reordenación del tiempo de trabajo acorde con el imperativo de equilibrio transaccional razonable entre los intereses opuestos y, en consecuencia, la conveniencia, y la necesidad, de acudir a otros instrumentos para la regulación, primero, y la gestión, después, de esta cuestión.

Como acaba de recordarse, se tiende a remitir a la negociación de esta materia, por tanto asumiendo un enfoque de regulación reflexiva. Ahora bien, este reenvío a las *facultades –no hay auténticos poderes– de acordar*, individual o colectivamente, no es neutral. Al contrario, tiene una marcada orientación, que es, como también se ha recordado, de equilibrio del derecho del trabajador con los intereses de defensa de la productividad, como machaconamente repite el legislador. La Ley, pues, interviene decisivamente tanto en la titularidad de la facultad novatoria –tiende a ser contractual– del derecho como en el modo de ejercicio –transaccional–. Al margen del interés de este tema para aspectos más generales del nuevo modelo de relaciones laborales promovido por la reforma de 2012 –entre otros, la fuerte tensión entre el principio de legalidad “nacional-formal” y el principio de legalidad “material-supraestatal”, y su corolario de intensa crítica a la judicialización, a favor de medios de solución extrajudicial; la tensión entre un modelo “autoritario” de relaciones laborales y otro “democrático”...–, la cuestión se centra en poner de manifiesto la conveniencia o utilidad de reconocer a las partes implicadas “poderes

¹¹ Para la negociación colectiva no se trataría, conviene advertirlo, de ningún contenido obligatorio, por lo que el deber de negociación de buena fe existente no pasa del genérico establecido en el art. 89.1 ET en relación al art. 34.8 ET. Una referencia que, como es evidente, significa un fundamento débil, a diferencia del deber de negociación individual, que sí tiene una garantía fuerte en el artículo 139 LRJS.

¹² La jurisprudencia negativa al ejercicio de un poder individual de propuesta modificativa o novatoria a atender seriamente en un proceso de negociación individual por el empresario se reitera posteriormente, como prueba la STS, 4ª, de 24 de abril de 2012, RCU 3090/2011. Pero la doctrina en unificación de doctrina ha rectificado en el plano procesal esa jurisprudencia, porque si aquélla admitía, con grave error, como ahora se demuestra, el uso del procedimiento ordinario, no la modalidad prevista en el art. 138 LPL. *Vid.* SSTS, 4ª, 25 de marzo de 2013 y 16 de septiembre de 2013, RCU 2326/2012.

de negociación efectiva”, individual y/o colectiva. Frente a los “poderes-derechos de novación contractual individual” de la organización del tiempo de trabajo, pretendidos por la jurisprudencia, se afirmaría la necesidad de ahondar en el reconocimiento, y sobre todo garantía jurídicas, de *poderes-deberes efectivos de negociación de adaptaciones del tiempo de trabajo razonables*.

Naturalmente, para ello, el sistema legal debe contar con suficientes incentivos para propiciar una auténtica negociación de buena fe en vez de decisiones unilaterales-resistencias u oposición a ellas, con garantías jurídicas “fuertes” de protección efectiva frente a los incumplimientos-resistencia. Sólo así sería creíble el reconocimiento de tal derecho-deber de negociación individual, pues la asimetría de poderes entre trabajador y empresario haría vacuo un reconocimiento que no asegurara la efectividad del derecho del trabajador –más bien de la trabajadora– y del deber de negociar del empleador, al tiempo que la debilidad actual de la negociación colectiva también requiere de estímulos que haga creíble la continua remisión legal al papel del convenio –y planes de igualdad– en la materia. Un análisis de la práctica de los últimos cinco años evidencia que no ha existido cumplimiento mínimo o básico de tal papel, pese a la existencia de numerosas experiencias, aisladas o episódicas, exitosas a tal fin. La generalización de las mismas por la vía de la configuración legislativa de un contenido mínimo en tal sentido, o de un auténtico deber de negociar, podría situarse en esa dirección de estímulo.

Precisamente, en mi comprensión de la actual regulación, esa sería la lección práctica más relevante del artículo 139.1.b) LRJS, cuando tras reconocer al trabajador un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada, para presentar demanda, prevé que: *“El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio...”*. Recuérdese que esta exigencia legal de un deber de negociación de buena fe está dotada de incentivos para disuadir al empleador de oponerse sin más a la negociación efectiva. Así, de un modo expreso se dice que en la demanda podrá acumularse la acción de daños causados: *“por la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida, de los que el empresario podrá exonerarse si hubiere dado cumplimiento, al menos provisional, a la medida propuesta”*.

Las consecuencias prácticas de este planteamiento son evidentes y de una gran trascendencia teniendo en cuenta lo reiterado de estas experiencias, pues cabe constatar una sistemática actitud de resistencia empresarial a propuestas de los trabajadores que no se ajustan a una reducción a secas de la jornada diaria sino que buscan un cambio más relevante, incorporando novaciones sustanciales. Para manifestarlas voy a poner un ejemplo de la experiencia forense más reciente, que confirma que es mucho mejor para el empleador negociar de buena fe que esgrimir, sin más, su poder de organización del tiempo de trabajo y sus intereses de buen funcionamiento comercial o empresarial.

Se trata de la SJS, n. 27 de Madrid, la 392/2013, de 13 de noviembre, una sentencia que, como bien se sabe, no tiene recurso. En ella no sólo se condena a la empresa –conocida en estos ámbitos, pues una buena parte de las decisiones judiciales tienen que ver con cajeras de Grandes Superficies– a un cambio horario muy intenso y profundo, sin duda alguna, pues implica cambio de turno y reducción de días a la semana de trabajo, aquí sí incluye reducción de jornada del 12 por cien, sino que, además, y aquí está el motivo del interés adicional que presenta, condena a la empresa por temeridad, aplicando una sanción por temeridad de 300 Euros y el pago de los honorarios del abogado –300 euros–. En definitiva, la juez le viene a reprochar a la empresa la lesión de la buena fe en el ejercicio de sus potestades, acusándolo, quizás con exceso, de desconocer cuál es el actual régimen regulador de esta materia, que prima el derecho constitucional muy por encima de la libertad empresarial, sin que aporte pruebas contundentes de los daños a la organización que esgrime. Por cierto, que la juez desconoce por completo la regulación del artículo 37.5 ET tras la reforma de 2012 y ni cita el cambio, de tal modo que:

“... al no apreciar razones empresariales que justifiquen razonablemente su negativa al horario solicitado por la demandante, la conclusión a la que debe llegarse es la estimación de la

demanda al ser la más acorde con la dimensión constitucional del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares (STS de 20 de julio de 2013 y STCO 3/2007) –FJ Tercero–¹³.

La moraleja está clara: “más le conviene al empleador negociar de buena fe, que resistirse a decisiones pretendidamente desorbitadas con vagos alegatos de concurrencia de razones organizativas”. La judicialización del asunto, una vez más, no sólo resulta incierto para la suerte empresarial, también ineficiente. Por tanto, más le vale negociar de forma seria. Puede tratarse de una suerte de propuestas de regulación reflexiva, y, por lo tanto, de naturaleza contractual, pero no por eso ha de considerarse meramente en la hégira productivista de la desregulación, por cuanto se trata de que la norma laboral de a ambos poderes efectivos de negociación, tratando de reequilibrar sus posiciones, que son asimétricas de partida, como se sabe y aquí lejos de discutirse se refuerza, más en esta época de reformas desequilibradoras. Con ello se ganará ten flexibilidad y también en seguridad para ambos, haciendo creíble en la práctica la fórmula de la “flexiguridad”.

Veamos si es así o, como mucho me temo, no, en la regulación de un régimen fundamental para hacer viable esa transacción razonable: el del empleo a tiempo parcial. El RDL 16/2013 admite, y exige, una lectura desde este prisma de la transacción entre flexibilidad y seguridad para trabajador y empresario, pues la presupone, aunque, como se decía, luego no la realice adecuadamente. Primero porque son débiles las garantías para hacer creíble el objetivo de la conciliación de la vida laboral y familiar, que más bien se ve, una vez más, dificultado u obstaculizado, irrazonablemente. En este sentido, no sólo se reducen los plazos de preaviso sino que se incrementan las cláusulas legales de elasticidad-variabilidad de la jornada de trabajo. Segundo, y esto, resulta mucho más sorprendente, porque tampoco para el empleador se aporta las garantías de seguridad en el cumplimiento de tales cláusulas de elasticidad temporal, ante la grave incertidumbre que se cierne en torno a la eficacia de la figura estrella dada para incrementar la elasticidad-flexibilidad de esta modalidad contractual laboral y llamada a compensar –por ser más baratas y por permitirle un grado de ampliación de jornada análogo o mayor– la recuperación de la prohibición de horas extraordinarias: el nuevo y adicional –a de las complementarias– “pacto” de “horas suplementarias”.

Como comentaremos de inmediato, se trata de un muy singular tipo de “horas complementarias de aceptación –más bien de cumplimiento– voluntaria”, en el tenor de la ley, por lo que su exigibilidad-cumplimiento quedaría a la estricta voluntad del trabajador. Una regulación de este tipo es coherente con la protección de la seguridad del trabajador, pero sorprende mucho en la lógica contractual de dejar el cumplimiento de lo pactado a una de las partes, con la consiguiente incertidumbre sobre el buen fin de la propuesta para el empleador que, en consecuencia, difícilmente se va a sentir concernido con esta pretendida mejora de la regulación en aras de la eliminación de rigideces y liberalización de facultades. Sin embargo, como es sabido, esta elasticidad mayor es lo que realmente considerarán, junto a la reducción de cotizaciones sociales, por supuesto, incentivo para sentirse implicados con el empleo parcial, no sólo como instrumento de flexibilización de la gestión del tiempo, sino también como vía para la inserción ocupacional de miles y miles de desempleados. Y ello aunque se agite una suerte de “segundo jinete” de la deflación o devaluación de las condiciones de trabajo, no sólo del salario, al permitir un empleo parcial inicial de pocas horas, y bajo salario por tanto, luego incrementado caso a caso, a través de la jornada complementaria-suplementaria, mutando esta forma de empleo en una versión socialmente tolerable del “contrato a llamada”, temido por los trabajadores y anhelado por los empleadores.

¹³“procede sancionar a la mercantil demandada con una sanción de 300 euros ante la temeridad de su pretensión y resistencia injustificada, al persistir en una actitud procesal injustificada, a sabiendas de la dimensión constitucional del derecho a la concreción horaria y la negativa a su reconocimiento, que carece de todo fundamento jurídico, ante la ausencia de toda justificación y prueba de las razones organizativas invocadas para denegar la concreción horaria solicitada...” –FJ Cuarto.

3. FAVOR HACIA EL EMPLEO PARCIAL COMO VÍA DE FLEXIBILIDAD EN LA GESTIÓN DEL TIEMPO: ¿INSERCIÓN *VERSUS* CONCILIACIÓN?

3.1. “Flexiseguridad *made in Spain*”: el primado de la flexibilidad como vía de inserción sobre la seguridad, incluso empresarial

Al inicio de este estudio reseñamos someramente la evolución del contrato de trabajo a tiempo parcial en la ordenación institucional de nuestro mercado de trabajo, de modo que nacido en el marco de las políticas de reparto del empleo, terminó siendo un horizonte clave para el incremento de la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo. Las diversas reformas experimentadas por esta modalidad contractual, cuyo encaje en el sistema de contratación español nunca ha sido fácil, se han orientado en una doble dirección básicamente. De un lado, a la reescritura de ese complejo equilibrio entre los imperativos empresariales de flexibilidad y los personales de limitación del tiempo de disponibilidad del trabajador. De otro, a la mejora de la protección social de esta forma de empleo a fin de asegurar un principio de igualdad de trato real o efectivo, no sólo en un plano formal, respecto al trabajador a tiempo completo¹⁴.

Cubierta, no sin ciertas inquietudes y dudas, además de forzada por el TJUE, la exigencia de seguridad económica de los trabajadores a tiempo parcial mediante la corrección del principio de proporcionalidad para facilitar el acceso a las pensiones de este creciente colectivo de trabajadores, sobre todo de trabajadoras –Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social–, le tocaba el turno al primero de los aspectos reseñados, el equilibrio entre flexibilidad y control de la disponibilidad de los trabajadores, “*para ahondar en la promoción del trabajo a tiempo parcial mediante una simplificación de su régimen laboral e incorporar en el mismo cambios dirigidos a que las empresas recurran en mayor medida al trabajo a tiempo parcial como mecanismo adecuado para una composición de las plantillas laborales adaptada a las circunstancias económicas y productivas, asegurando, en todo caso, un adecuado equilibrio entre flexibilidad y control*” –EM RDL 16/2013.

El preámbulo ya deja bien claro que, junto a la reactivación de su función inicial u originaria –la de instrumento de lucha contra el desempleo, ahora en cifras intolerables para una economía socialmente sostenible–, se quiere instrumentalizar la modalidad, que siempre ha adolecido de cierta artificialidad legislativa, al servicio de una perspectiva de gestión empresarial flexible, imperativo elevado ahora a principio general por la actual mayoría del TS –*vid.* STS, 4ª, 20 de septiembre de 2013, Rec. Cas. 11/2013–. Puede verse cómo el legislador parte de un presupuesto político-jurídico directamente extraído de la crítica empresarial, según se indicó: la regulación actual es rígida y, por tanto, hay no sólo que simplificarla, incluso en el plano de su gestión administrativa, sino también y sobre todo flexibilizarla, aumentando los márgenes de disponibilidad de la prestación, a través del tiempo de trabajo, a favor del empresario. Eso sí, y para curarse en salud, respecto de los contratiempos sufridos en los Tribunales por algunas de las reformas de la versión originaria en otros espacios orientados a intensificar la gestión interna bajo el paradigma de la flexibilidad productivista, hace referencia a su intento de mantener el ajuste, a veces problemático y a menudo nada fácil, con la Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, con lo que se “pone la venda antes de la herida”.

Esta llamada del legislador a la legalidad supranacional tiene especialmente en mente la forzada tutela del principio de voluntariedad de las novaciones, clave de toda la regulación internacional en la materia –Convenio n. 175 OIT; y su Recomendación n. 182–, no sólo de la comunitaria. En el plano socio-económico, la falta de respeto a esta exigencia haría muy difícil diferenciar el preconizado fomento del empleo parcial de la promoción de una forma de legali-

¹⁴ Para un análisis de esta evolución *vid.* I. BENAVENTE TORRES. *El trabajo a tiempo parcial*. CES-A. Sevilla. 2005. Pp. 24 y ss.

zación del subempleo, emergiendo o normalizando, con ciertas condiciones claro, las más invisibles o informales, con lo que se perjudica no sólo a los trabajadores, sino también el consumo y el crecimiento, por lo tanto, al final, también sería negativo para la creación de empleo sostenible. En el jurídico, promueve las garantías de prevención de intromisiones ilícitas o indebidas en la fuente central de la regulación de su régimen, la autonomía privada individual, incluso respecto de la intervención de los sujetos colectivos, al tiempo que blindaría al trabajador frente a eventuales sanciones empresariales por la no aceptación de ciertas modificaciones o de novaciones contractuales, presumiendo o reavivando el equilibrio contractual¹⁵.

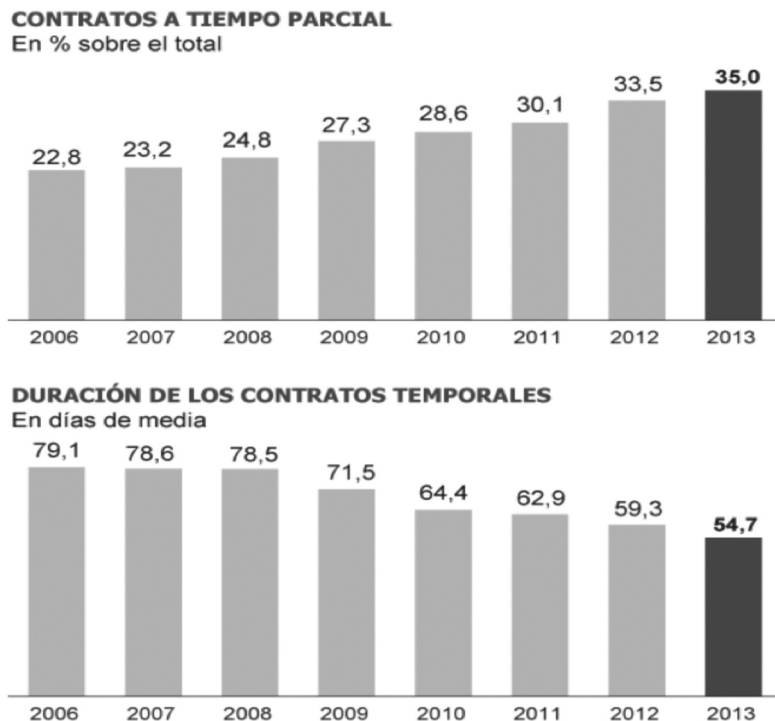
No obstante, el legislador explica que la referencia comunitaria responde al fin de la promoción del empleo a tiempo parcial como instrumento de lucha contra el paro, de ahí que reafirme el deber comunitario de «identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso, eliminarlos». Tras constatar su menor utilización en nuestro país, no obstante los «ligeros incrementos en los últimos tiempos», pues el porcentaje se sitúa muy por debajo de la media de los países de la Unión Europea, lo imputa al escaso atractivo de esta modalidad contractual tanto para los trabajadores, por los obstáculos en su carrera de seguro social, como para las empresas, pues no incorporaría hasta ahora, de un lado, «los suficientes elementos de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo», de otro, «el trabajo a tiempo parcial ha estado en cierta medida penalizado» por las mayores cotizaciones sociales.

Dejando a un lado el constante crecimiento del empleo parcial desde la reforma, hasta subir más de dos puntos –hasta el 15,4% del total de la población ocupada y en aumento porque el porcentaje de contratos parciales ha pasado del 30% al 35%–, lo cierto es que en la nueva regulación va a ponderarse mucho más la flexibilidad como la vía para promover el fomento-reparto de empleo que la conciliación de la vida familiar. Al mismo tiempo, pesará también más el ahorro de costes del empleador, a través de la eliminación de gravámenes económicos –sustitución de las horas extraordinarias por horas complementarias y suplementarias, a precio de la ordinaria; reducción de las cotizaciones sociales en contratos de duración temporal a tiempo parcial– que la certeza del cumplimiento de las nuevas cláusulas de elasticidad del tiempo de trabajo parcial. Una vez más, pues, la razón de la inserción ocupacional vía flexibilización del régimen del contrato dominará por encima de la garantía del equilibrio de intereses, lo que va a terminar perjudicando no sólo el objetivo de la conciliación familiar, sino también el de la inserción por las dudas de los empleadores en torno a la eficacia jurídico-operativa de la referida cláusula de elasticidad concretada en ese «pacto de horas suplementarias», pero de estricta aceptación –observancia– voluntaria. El debilitamiento de los poderes de regulación colectiva, un objetivo claro –al menos respecto de la sectorial– en el nuevo episodio de reforma no se vería, así, suficientemente reforzada con la liberalización de los límites de la autonomía individual del trabajador en tales casos.

Es difícil, en última instancia, no ver en esta renovada defensa del contrato de trabajo a tiempo parcial más una vía para reducir el gasto público en prestaciones por desempleo, aunque sea promoviendo una forma socialmente algo más tolerable de subempleo, que una voluntad real de hacer atractivo este contrato como vía de inserción ocupacional. El irrazonable crecimiento de las horas extraordinarias podría también hallar una reconducción hacia el empleo parcial, ahora más elástico y barato. En este sentido, el preámbulo silencia que casi dos tercios

¹⁵ Sin duda esta idea ha pesado mucho en la denominación de la nueva figura llamada «horas complementarias de aceptación voluntaria», aunque con ello se desatienda uno de los pedidos fundamentales de la organización patronal española. La dimensión no sólo jurídica –garantía de la existencia de consentimiento siempre del trabajador en esta vertiente del objeto del contrato, tutela de intereses preferentes del trabajador (la formación, la conciliación familiar...)–, sino socio-económica de la voluntariedad, aparece en múltiples Cláusulas de la Directiva comunitaria –Preámbulo, Cláusula 1ª, la Cláusula 5ª. Vid. para la centralidad de este rasgo jurídico-social y económico P. BOLLE. «El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?». *RIT*, vol. 116, 1997, pp. 605 y ss.

de las personas que trabajan formalmente “a media jornada” lo hacen porque no puede hacerlo más horas, no porque les resulte atractivo a ningún fin o interés propio. Si el debilitamiento de las garantías, de seguridad económica y de seguridad ocupacional, como mecanismo para salir de una crisis de empleo es una constante en nuestro mercado de trabajo, ahora se agravaría porque la devaluación salarial y repunte de la temporalidad –que además de menor duración media– irían simultaneadas con un empleo parcial que, paradójicamente, multiplica las posibilidades de pactos de variabilidad-elasticidad de la jornada.



Fuente: INE y Ministerio de Empleo. / EL PAÍS

3.2. Nueva contradicción: simplificación administrativa de modelos y multiplicación de las modalidades de contratación parcial

Es llamativo, cuando se analiza la primera novedad del artículo 12.4 ET, que se haya seguido de modo radical el objetivo de la simplificación de este contrato en lo que hace a la gestión administrativa, eliminando cualquier referencia a la necesidad de que se haga en “modelo oficial” –el legislador ha comprometido una reducción drástica de los modelos administrativos de contrato: el preámbulo señala que se pasará de 42 a 4–, mientras que se ha radicalizado, casi hasta el extremo, la transversalidad típica de este “macro-modalidad” contractual, favoreciendo la creación de nuevas sub-modalidades de contrato a tiempo parcial. De este modo, frente al eje de reforma laboral asentado, con más o menos credibilidad experimental fuera del discurso económico-político, en la simplificación de las modalidades contractuales, aunque no sea el más que imposible “contrato único”, ahora se vuelve a incidir, como ya lo hiciera el RDL 4/2013, en la multiplicación de aquéllas, con la consiguiente irracionalidad mayor del entero sistema.

En efecto, en primer lugar, el art. 2 RDL 16/2013 incorpora, entre otros cambios menores, uno muy significativo en el contrato de trabajo por tiempo indefinido como medida de apoyo a los emprendedores –art. 4 de la Ley 3/2012– posibilitando formalizar tal contrato en una sub-modalidad a tiempo parcial, y no sólo a tiempo completo tal como estaba previsto anteriormente. El viraje en el modo de realizar la transacción normativa entre la flexibilidad y la seguridad es aquí evidente: si antes la localizaba el legislador en la concesión de un periodo de prueba larguísimo, 1 año, a cambio de asegurar que la jornada sería, en todo caso, a tiempo completo, ahora el legislador, desequilibrando la regulación más, le ofrece al empleador una segunda línea de flexibilidad para hacer más atractivo este contrato– Este nuevo incentivo contractual no perjudicará el derecho de los empleadores a acceder a los incentivos fiscales y las bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, sólo que en ambos supuestos “se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato” –artículo 4.4 y 4.5 Ley 3/2012–, como es lógico¹⁶.

Aunque no es nuestro ámbito temático, sí conviene poner de relieve que la suerte de este incentivo está en entredicho con la declaración de nulidad, por contradecir el principio de legalidad internacional, del periodo de prueba de un año, por la SJS, n. 412/2013, de 19 de noviembre, dictada por la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social n. 2 de Barcelona. Esta doctrina judicial será seguramente consolidada por el TS como jurisprudencia, pues la apelación que se hace al principio de proporcionalidad, en los términos que exige, para comprender el art. 4.4 de la CSE, la “jurisprudencia” del Comité Europeo de Derechos Humanos, es muy sólida¹⁷. La realidad estadística prueba que se han hecho más contratos sin incentivos económicos que con ellos, lo que pondría de relieve que ha sido el incentivo contractual el que ha dado mayor impulso a esta vía de contratación, por lo que su ilegitimidad desincentivará su uso, perjudicando también a la actual sub-modalidad a tiempo parcial.

En segundo lugar, esa transversalidad del empleo a tiempo parcial se ve de algún modo incrementada a través de la ampliación de las posibilidades de contratar bajo la nueva sub-modalidad de contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, pese a que inicialmente la voluntad confesada por el RDL es tan sólo ser regla de clarificación de qué deba entenderse por “sector de actividad”, al objeto de poderse beneficiar una empresa de ayudas económicas en caso de contratación de trabajadores a tiempo parcial con finalidad formativa –art. 9.2 de la Ley 11/2013 de 26 de julio–¹⁸. Ahora queda claro que se entenderá por sector de actividad “el identificado como Clase mediante un código numérico de cuatro cifras en el Anexo del Real Decreto 475/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades

¹⁶ La regulación de incentivos obliga a modificar la normativa supletoria de aplicación, para incorporar la referencia al art. 2.7 de la Ley 43/2006, que regula las bonificaciones en las cuotas empresariales cuando el contrato, indefinido o temporal, se formaliza a tiempo parcial –apartado 9–. Asimismo, dado que la compatibilidad del 25 % de la prestación por desempleo que tenga reconocida el trabajador contratado, junto con el salario que perciba, sólo se prevé para la prestación laboral a tiempo completo, la reforma remite, en el caso de CTP, a las disposiciones generales previstas en la LGSS y normas de desarrollo para su compatibilidad con las prestaciones o subsidios por desempleo –nuevo último párrafo del artículo 4.4 Ley 3/2012–.

¹⁷ Muy interesante el vivo comentario de la profesora S. OLARTE ENCABO a esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social, RTSS-CEF*, n. 370, Enero 2014, pp. 173 y ss.

¹⁸ Ninguna de las reglas de clarificación suelen ser neutrales, como evidencian las otras dos que se incluyen en el RDL 16/2013. Ni la precisión de qué ha de entenderse por “grupo de empresas” a efectos de las aportaciones a las arcas públicas por las empresas con beneficios que acudan a despidos colectivos de personas de más de 55 años, que esconde un claro favor a las empresas multinacionales, ni mucho menos la des-localizada reforma del artículo 109 LGSS, relativa a los conceptos incluidos en las bases de cotización, que pretende un claro aumento de la recaudación, que se cifra en torno a los 900 millones de Euros –alguna otra medida, como el aumento de la base de cotización de los autónomos que tienen 10 empleados o más y la de los autónomos societarios tiene el mismo efecto, que se cifra en unos 100 millones de Euros–. Las críticas sindicales, por su no negociación, y las empresariales, por el aumento de la cotización con efectos negativos sobre el empleo, no han sido suficiente elemento disuasorio para el Gobierno a la hora de incluir estas medidas. Como compensación reduce, como se dirá, las cotizaciones por desempleo para los contratos temporales a tiempo parcial –*vid.* art. 11 RDL 1/2014.

Económicas 2009 (CNAE-2009), de acuerdo con su artículo 3.d)”. Aunque tampoco es motivo de estudio en este lugar, debe recordarse que esta modalidad contractual también expresa con toda nitidez el primado del fin de la inserción ocupacional por encima de la seguridad.

En tercer lugar, y mucho más relevante que la anterior novedad, se establece un incentivo para compatibilizar dos cláusulas de flexibilidad en el tiempo de trabajo, la relativa a la duración del vínculo –temporalidad–, y la relativa al tiempo de disposición –la parcialidad–. La disposición adicional primera del RDL 16/2013 reduce la cotización para la contingencia por desempleo a los contratos temporales parciales, con lo que, frente al objetivo confesado de la estabilidad, se fomentaría la temporalidad. Queda, una vez más evidenciada, por tanto, la primacía de la finalidad de la inserción ocupacional por encima de todo¹⁹. A mayor temporalidad menor será la posibilidad para llevar a cabo un proyecto de vida familiar a través de este empleo parcial y temporal.

3.3. El nuevo reparto de poderes reguladores del empleo parcial: la pérdida de protagonismo de la autonomía colectiva sectorial en favor de la privada

Ya insertos en el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial, la primera gran novedad que presenta la nueva redacción del artículo 12.4 letra a) ET, pone de relieve una opción de política jurídica más general en torno al reparto de poderes reguladores, que a su vez enlaza con un eje clave de la reforma en su versión originaria: favorecer el papel de la autonomía colectiva de empresa en detrimento de la sectorial, por entender que cumple mejor con la función productiva que debe tener el convenio colectivo. En efecto, en la redacción anterior a la reforma de ese texto legal, se asumía, en aras de la protección del interés empresarial y en detrimento de las exigencias de determinación del objeto-prestación temporal del contrato, plenamente el poder de gestión flexible del tiempo de trabajo, haciendo innecesario identificar el *quantum* de jornada ordinaria, ni su distribución respecto de todos los módulos temporales. Pues bien, ahora, y dejando al lado ahora, tanto las críticas doctrinales a esta indeterminación como las judiciales –STS, 4ª, 6 de marzo de 2002, RJ 4657–, el legislador precisa que debe ser el convenio el que determine estos aspectos del “tiempo de trabajo ordinario”, por lo que debe ser en la negociación donde se concilie flexibilidad y seguridad.

Hay que advertir al menos tres cosas al respecto. De un lado, el legislador parece querer convertir aspectos del contrato, como son la jornada concreta ordinaria y también el horario, en materias más propias de regulación colectiva que contractual, reduciendo así la dimensión individual-personal característica de esta materia. De otro lado, que no se precise qué unidad negociadora es preferente no quiere decir neutralidad, pues desde una perspectiva sistemática, queda claro que se está pensando en la negociación de empresa, pues el artículo 84.2 ET hace de estas materias una regulación protagonizada por el convenio de empresa, con lo que en última instancia, es el poder empresarial el que saldrá fortalecido. Finalmente, y en conexión con esto último, resulta evidente que a falta de regulación convencional específica, tendrá que ser el pacto de autonomía individual, el propio contrato el que, con respeto a los mínimos que se fijan en la Ley, el que cubra esta exigencia de determinación, siendo ilógico o irracional concluir que en ausencia de ese pacto colectivo no pueda fijarlo el contrato.

Por tanto, en defecto de convenio colectivo, una posibilidad ya abierta anteriormente pues la autonomía colectiva es un poder regulador originario que no necesita habilitación legal para

¹⁹ El tipo de cotización previsto en la LPGE/2014 para la contingencia de desempleo en los contratos de duración determinada a tiempo parcial se reducirá en uno por ciento: el tipo de cotización será del 8,30 por 100, del que el 6,70 por 100 será a cargo del empresario y el 1,60 por 100 a cargo del trabajador. Aquí es oportuno comentar al vicio de técnica legislativa que se ha producido, generado sin duda por la extrema improvisación existente en este ámbito. Esta reducción se produjo antes de entrar en vigor la LPGE, pues el RDL 16/2013 es anterior. Pero no se modificó la LPGE. Ahora sí se hace, a través de esa técnica tan socorrida, ahora equivalente a las viejas y denostadas “leyes de acompañamiento”, que es el RDL. Concretamente, la modificación del artículo 128, Cinco, número 11, se hace en el artículo 11, Uno del RDL 1/2014, de 24 de enero.

intervenir –STCO 58/1985–, quedan inalterados todos los problemas suscitados anteriormente en orden al alcance de esta determinación. Pues es sabido que mientras la mayoría de la doctrina, científica y judicial, entiende posible acudir sólo a uno de los parámetros de concreción temporal, otro sector, minoritario, pero no falto de razones, considera que es necesaria la determinación en todos ellos, por ser una exigencia elemental de la seguridad contractual, dado que sobre esos elementos se forja no sólo el consentimiento sino también el control preciso de la jornada adicional o complementaria. En cualquier caso, y aquí vendría la principal crítica, la reforma no atiende bien la citada exigencia de la norma comunitaria de eliminar incertidumbres reguladoras, pues sigue abierta la pugna entre interpretaciones “pro operario” –de tutela del interés contractual y personal a la seguridad– y las interpretaciones “pro empresario” –de promoción de un mayor margen de flexibilidad en la gestión-. Desde esta última perspectiva, no es posible ignorar la voluntad legislativa, seguida de reglas novedosas relevantes a tal fin, de culminar con esta reforma el proceso de metamorfosis del contrato a tiempo parcial de una modalidad de contratación laboral de jornada reducida -la diferencia es consagrada por la STS, 4ª, 7 de octubre de 2011, Rec.144/2011-, en una de las principales formas-técnicas de gestión variable-elástica del tiempo de trabajo²⁰.

La importancia de esta cuestión no puede escapar al intérprete, pues de ello se hace depender el juego o no de la presunción del carácter completo de la jornada, salvo prueba en contrario de la parcialidad –y estricta distribución– del tiempo de prestación de servicios. Una regla claramente tuitiva y a través de la cual se quiere mantener en todo momento el necesario equilibrio entre ambas posiciones contractuales, que precisa una básica seguridad del objeto-prestación temporal para el trabajador. No obstante, se ha evidenciado el mayor rigor relativo en las exigencias de control y transparencia de la jornada adicional o complementaria que de la ordinaria o básica.

La disponibilidad del trabajador no deriva tan sólo del tiempo laboral prestado de forma efectiva, sino de su distribución interna, pues la existencia o no de eventuales interrupciones determinará, según cada caso, la mayor o menor posibilidad de conciliar la prestación de servicios con las obligaciones familiares, con sus tiempos de vida fuera de lo laboral. A mayo fragmentación, mayor penosidad horaria, a menor fragmentación mayores posibilidades para hacer otras actividades, de organización de la propia vida y, por lo tanto, mayor protección del equilibrio entre tiempos de vida. A este respecto, una misma remisión a la autonomía colectiva genérica, sin preferencia de la sectorial, como antes del cambio sí se hacía, hallamos en la posibilidad del convenio de alterar, en un sentido –de más flexibilidad: mayor fragmentación– u otro –de más seguridad: menor fragmentación de la jornada–, el régimen de interrupción única cuando el empleo a tiempo parcial lo sea a jornada partida, no continuada. Recuérdese que este régimen legal constituye una excepción a la libertad empresarial de fraccionamiento de la jornada existente cuando se trata de un contrato a tiempo completo.

Tampoco aquí parecen resolverse los problemas interpretativos, y de límites a la seguridad del trabajador, de la normativa anterior. Al contrario, se agravan, porque al subsistir la regla de plena disponibilidad de este régimen de interrupciones de la jornada partida por parte del convenio, pero no ser ya el sectorial sino el de empresa el llamado implícitamente –artículo 84.2 ET– con preferencia, se refuerza el poder de organización- gestión flexible del empleador. En este sentido, se debe insistir en que esta novedad del artículo 12.4.b) ET evidencia cómo la pretendida reconciliación con la negociación colectiva a la que apuntaba el comentado nuevo inciso final de la letra a) del artículo 12.4 ET es sólo aparente. Realmente la reforma sigue el camino de la doble devaluación –favorece la autonomía contractual y la colectiva empresarial– de la autonomía sectorial.

²⁰ Vid. para el contraste de posiciones doctrinales y las dificultades de ajuste a la regulación no sólo comunitaria sino internacional I. BENAVENTE TORRES. El trabajo a tiempo parcial... *op. cit.* pp. 202-203. De especial interés M.C. ORTIZ LALLANA. “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”. *RL*, T.II, 1998, pp. 243 y ss.

Una misma opción de política jurídica que encontramos en la regulación de la llamada “cláusula de reversibilidad” de las novaciones contractuales en esta forma de empleo parcial. La movilidad contractual como factor de “empleabilidad”-voluntariedad se mantiene en la regulación, que prevé la existencia de procedimientos para “formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial”. Tales procedimientos se regularán por convenio, esto es, por cualquiera, con marcada preferencia implícita a la empresa. No obstante, no está en esta regla de remisión convencional formalmente abierta, funcionalmente preferencial para el convenio de empresa, la principal novedad en la materia, sino en la supresión de la preferencia contractual de retorno desde el empleo parcial al empleo completo, si es que había una vacante –del mismo o equivalente grupo profesional– a tal fin.

Por tanto, *tal garantía de movilidad, de ida y vuelta, quedará ahora a merced de la regulación del convenio colectivo que sea de aplicación*, o, en su defecto, lo que va a suceder con frecuencia, del pacto contractual. Un protagonismo mayor de la autonomía privada difícil de articular equilibradamente cuando se trata de situaciones con desigual poder negociador. Se introduce aquí una medida de flexibilidad (des)reguladora a favor del empleador y en detrimento de los intereses del trabajador²¹, que ve mermada una de las garantías legales del principio de voluntariedad, que es mayor si se tiene en cuenta que se ha eliminado igualmente la letra g) del artículo 12.4 ET, según la cual, los Convenios Colectivos sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior, podían establecer “*requisitos y especialidades –no se trata por tanto de preferencias en sentido estricto– para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando ello esté motivado principalmente por razones familiares o formativas*”.

No obstante, una vez más, esta eliminación de la llamada legal tanto al fin –la conciliación de los intereses laborales– como a la fuente –la negociación sectorial-, no significa que no pueda incluirse por pacto, colectivo o individual. Se trataba de una regla promocional, no habilitadora, pues dicha posibilidad queda siempre abierta a la negociación colectiva. Pero sí deja al desnudo el nivel de preocupación real de la norma por la efectividad del derecho-principio de conciliación de la vida familiar, por encima de las confesiones-fábula.

En efecto, es sabido que esta llamada legal al convenio para fomentar este tipo de conversiones pretendía actualizar los imperativos de la Directiva comunitaria, que en diversos apartados evidenciaba la estricta funcionalidad del contrato a tiempo parcial para conciliar los intereses privados del trabajador con los empresariales. Una regla de favor hacia la conciliación en el marco del empleo parcial que también tiene eco en el art. 9 del Convenio n. 175 de la OIT y en los arts. 17 y 20 de su Recomendación 182. Y con ello se quería convertir a la negociación colectiva en una vía de incremento de otros derechos de este tipo reconocidos en el ET –arts. 37.5 y 23.1 ET–. Consecuentemente, a través de esta vía, también se confirma que la nueva regulación legal vuelve a la visión que imperó en 1984 de este contrato, poniendo en el primer plano su instrumentación al servicio de la creación-reparto de empleo, aunque no sea formalmente un contrato de fomento de empleo en su régimen común (sí otras sub-modalidades ya referidas y que se ordenan en el RDL 4/2013, luego Ley 11/2013). Pero para ello se apuesta mucho más que en la confianza-seguridad que pueda dar a los trabajadores -la garantía efectiva de la voluntariedad es una vía de promoción indirecta de la inserción en el mercado laboral por esta vía, al evidenciar también la funcionalidad adaptativa a las vicisitudes que se puedan producir en otros intereses privados del trabajador-, en la dada al empleador con vista a convertirlo en una vía primordial de satisfacción de sus necesidades de gestión flexible para mejorar su productividad y capacidad de adaptación a la demanda²².

²¹ La fijación legal de preferencias de conversión de retorno –junto a los deberes de información y exigencias de motivación empresarial, que sí se mantienen– suponía un condicionamiento a la libertad empresarial de organización y gestión de tales movibilidades funcionales y contractuales.

²² A diferencia de la reforma de 1984, que se centró más en el incentivo directo del trabajo parcial como vía de creación de empleo –sobre todo juvenil y femenino–, la reforma de 1998, en aplicación de la normativa comunitaria e internacional, puso el acento en las vías de promoción indirecta del trabajo a tiempo parcial. *Vid.* M.I. BENAVENTE. *El trabajo a tiempo parcial. Op. cit.* p. 359, nota 250.

3.4. Una reforma de ida y vuelta –contrarreforma–: el “vacilante” retorno de la prohibición de las horas extraordinarias

Decía Mark TWAIN que “la historia no se repite, pero rima”. Creo que esta idea de circularidad relativa es la que sugiere la nueva redacción de la letra c) del artículo 12.4 ET. A través de ella se recupera la prohibición, incluida por vez primera en la reforma de 1998, de realizar “horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3 ET” –horas por fuerza mayor–. En principio sorprende el retorno a una “regla de excepción”, en su día criticada por los empresarios, cuya derogación en 2012 fue aplaudida por aquéllos como una “pequeña flexibilidad”.

Un enfoque de cierta ingenuidad exegética, podría llegar a pensar que una regla tan sorprendente, aunque valorable positivamente, de auto-enmienda gubernamental se liga tanto (1) a las exigencias del principio de voluntariedad, que respetarían más los pactos de horas complementarias y más débilmente las horas extraordinarias, cuanto (2) a la de restaurar la función económico-social típica del empleo a tiempo parcial, pues las horas extraordinarias desnaturalizan este contrato de jornada reducida por definición. Pero lo cierto es que, a mi juicio, responde directamente a eliminar las disfunciones ínsitas en el régimen de las horas extraordinarias. En realidad, la reforma busca, otra cosa es que lo consiga de manera coherente y eficaz, proporcionar técnicas más útiles al empleador para lograr la elasticidad-flexibilidad deseada de la jornada y a un precio menor, al de la jornada ordinaria²³, sin gravar más las incertidumbres y los desajustes para el trabajador, en términos de equiparación de la protección social y límites a la disponibilidad del trabajador, derivados de las horas extraordinarias²⁴.

Para confirmar esta afirmación, bastaría con recordar la vacilante historia de esta prohibición. En efecto, es sabido que permitida –desde 1984– la posibilidad de horas extraordinarias en el empleo parcial con anterioridad a la reforma de 1998, en la misma fecha en que se produjo la prohibición legal apareció en nuestro ordenamiento jurídico el concepto sustitutivo de “hora complementaria”, y que cuando se ha vuelto a prohibir se ha inventado un nuevo concepto aditivo de mayor elasticidad temporal, como es el de “horas suplementarias”, añadido al de “jornada complementaria” en sentido estricto. Precisamente, para mantener intactos estos imperativos de flexibilidad-elasticidad, a un coste menor para el empresario –se paga como hora ordinaria y se cotiza como tal, de ahí la derogación expresa del apartado 3 de la DA séptima LGSS–, la legislación ha garantizado que lo perdido con esa prohibición general se gane, y con creces, a través de la doble vía de ampliación de las “horas complementarias”. A tal fin, no sólo (1) se ha aumentado el porcentaje máximo permitido respecto de la jornada ordinaria –pasa del 15 al 30 por cien–, como había pedido la CEOE de forma expresa, sino que también (2) se prevé un novedoso, pero también incierto –porque queda a la estricta decisión del trabajador–, pacto novatorio aditivo de “horas complementarias” (letra g) art. 12 ET).

Esta subespecie iuris de la jornada complementaria, a su vez tertium genus de la jornada, característica, pero no exclusiva del empleo a tiempo parcial²⁵, constituye una de las principales, pero también más dudosas, novedades de la reforma. La razón estriba en que si bien se quiere

²³ Según la letra j) del art. 12.5: “Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones...”

²⁴ La prohibición de horas extraordinarias no es una exigencia comunitaria, pero sí está en línea con las recomendaciones de la OIT, pues el artículo 12 de la Recomendación 182 OIT, promueve la búsqueda de la flexibilidad mediante mecanismos más idóneos y compatibles con la seguridad del trabajador. Así, entiende que “en la medida de lo posible, las modificaciones de los horarios convenidos y el trabajo en exceso de dichos horarios debería ser objeto de restricciones y de un preaviso”.

²⁵ Para la ampliación de ese concepto, por la negociación colectiva, a otros sectores, aceptando la jurisprudencia la diferencia de salarios, incluso por debajo de la jornada ordinaria, siempre y cuando estuviese por encima del SMI, *vid.* la jurisprudencia y doctrina judicial citadas en la nota 4.

presentar como el desarrollo natural de la línea de reformas del año 2001, que inclinó la balanza a favor de la flexibilidad empresarial en detrimento de la tutela de la posición del trabajador primada con la reforma de 1998, lo cierto es que dejaría a la más estricta voluntariedad del trabajador su cumplimiento, contradiciendo las expectativas de la patronal de mayor disponibilidad unilateral pero a su favor.

3.5. Las cláusulas de elasticidad-flexibilidad de gestión interna: una “oferta de horas suplementarias” de aceptación voluntaria y cumplimiento incierto

Dejando a un lado las ya comentadas novedades, presentes en el apartado 12.4 ET y extendidas al apartado 5 –horas complementarias–, relativas a la ausencia –cargada de incertidumbre– de referencia a un modelo oficial, así como a la remisión al convenio a secas, cuatro son las novedades principales que presenta la nueva regulación de este fundamental aspecto de flexibilización del empleo a tiempo parcial. La primera vuelve a dejar completamente en evidencia la verdadera voluntad legal: flexibilizar el uso de las horas complementarias como vía para fomentar que se hagan más contratos parciales, aunque impliquen pérdida de derechos de estabilidad, haciendo compatible la cláusula de parcialidad del empleo con la de temporalidad, lo que antes no sucedía.

En efecto, en la anterior redacción legislativa sólo era posible el pacto de jornada complementaria en los contratos de duración indefinida, por lo tanto, la flexibilidad horaria se compensaba con mayor estabilidad laboral. Sin duda esa regla prohibitiva sí era expresión de la ambivalente “flexi-seguridad”: el trabajador perdía seguridad laboral por la mayor flexibilidad horaria, pero ganaba en estabilidad del vínculo laboral. Pues bien, la actual regla –artículo 12.5 b) ET. quebraría tal transacción, reordenado de modo profundo la prohibición –esta estructura normativa se mantiene: “sólo se podrá...”–. Ahora bastará con que el empleo a tiempo parcial lo sea “con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual”, por tanto puede ser temporal.

En suma, ahora basta con la formalización de un contrato que permita fijar con precisión que (excluido el período vacacional de treinta días) el TTP debe realizar un mínimo de 480 horas anuales, con la distribución que acuerden las partes y que sólo tendrá los límites en materia de jornada y descansos del descanso diario, las pausas en jornadas continuadas, el trabajo nocturno, y el descanso semanal. Es decir, todo lo demás es negociable libremente por las partes, con lo que tan sólo la fijación de ese número mínimo de horas pactadas –casi marginal– es lo que permitirá el acceso a la formalización de pactos de horas complementarias en todos los contratos, al margen de su duración. Consecuentemente, el pacto *transaccional que antes normalizaba el ET ahora se pierde, en detrimento del trabajador y a favor del empresario, eso sí, con la vaga esperanza de una mayor empleabilidad a tiempo parcial.*

La segunda novedad en este ámbito recoge directamente la petición empresarial de duplicar el porcentaje de jornada complementaria permitida, que pasa del 15 al 30 por cien de exceso sobre las horas ordinarias. Este porcentaje máximo adicional de jornada no es disponible a la baja para la autonomía colectiva que, en consecuencia, tan sólo podrá disponer al alza del mismo, con lo que el empleador se asegura un espacio de libertad de gestión blindado frente al convenio, que sólo podrá aprobar otros porcentajes máximos, fijados entre ese mínimo del 30 y un máximo del 60 por cien de la jornada ordinaria ab initio. Estamos, pues, ante una nueva manifestación de un orden público laboral invertido: el convenio sólo puede mejorar la regulación mínima a favor de su mayor flexibilidad no en detrimento de ella. Un nuevo tipo de normas laborales, en clara función –económicamente– productiva y en detrimento de la –socialmente– distributiva, que se verá confirmado por la tercera novedad relevante en este aspecto, que supone un obstáculo aún más relevante que esta ampliación de jornada complementaria para hacer creíble la función de conciliación de la vida familiar formalmente reconocida. En efecto, la Ley ha reducido el plazo de preaviso de la realización efectiva de estas horas de 7 a sólo 3 días –letra d) art.12.5 ET–. Pero, no contento con este factor de aumento de la disponibilidad por parte del trabajador a la demanda de uso flexible de su prestación temporal, el legislador nos vuelve a confirmar su compromiso con la reconversión del convenio colectivo –a secas,

luego sobre todo el empresarial— al servicio de la función productiva, pues la autonomía colectiva aún podrá establecer “...un plazo de preaviso inferior” (sic).

La consolidación de este nuevo tipo de reglas de *Derecho necesario relativo invertido*, que sólo admiten ser suplementadas a favor del empleador —principio pro empresario—. Este tipo de normas fijan un mínimo indisponible para el convenio in mejus para el trabajador, pues sólo es superable por el convenio para la protección del interés a la flexibilidad de la gestión interna del empleador, in pejus, pues, para los derechos y los intereses, incluso constitucionalmente protegidos, del trabajador. En suma, el nuevo capítulo de reforma confirma el nuevo —o quizás rescata el muy viejo: principio de rendimiento— concepto de orden público laboral económico, productivista u orden público laboralmente invertido, que la versión originaria de la reforma 2012 puso en juego —ejemplo artículo 84.2 ET; incluso el art. 34.2 ET, si bien en este caso el texto resulta ambiguo; art. 4 Ley 3/2012, si bien hoy cuestionado judicialmente—. En cambio, se mantiene —letra e— el periodo de preaviso de 15 días —se entiende que deben ser días naturales, no laborales, por no precisarse, según el art. 5.1 CC— cuando se trata de denunciar el pacto de horas complementarias, con lo que el desequilibrio es manifiesto.

En cualquier caso, parece claro que una cosa es que pueda disponer a la baja de ese pírrico preaviso y otra muy diferente que pueda eliminarlo, ya sea totalmente ya sea, incluso, prácticamente —preavisos irrisorios, como los inferiores a 48 horas—, ya que en tal caso se neutraliza su función social. La disponibilidad plena convencional que la Ley parece otorgar debe contrastarse con los límites intrínsecos de toda regla, y en especial la exigencia de buena fe y la prohibición de abuso de derecho, puesto que el preaviso ha cumplido siempre una función de equilibrio entre los intereses empresariales tutelados de forma primaria aquí y los de los trabajadores, que tienen fundamento no sólo legal sino también constitucional, e internacional²⁶. En consecuencia, debe entenderse como una cláusula de flexibilidad abusiva todo plazo de preaviso que, aun contando con la previsión convencional colectiva, no sea razonable —una vez más el inexorable juicio de proporcionalidad en sentido estricto, diga lo que diga el TS, por ser principio jurídico— para adaptar la prestación adicional a los requerimientos de la vida personal del trabajador. Y a mi entender es irrazonable todo preaviso inferior, al menos con carácter general, a 48 horas, por lo que ese debe ser el margen de disponibilidad máxima del convenio colectivo. Otra cosa nos situaría muy cerca, o incluso cruzando, si no es que se ha cruzado ya, la raya del, por el momento, no legítimo en nuestro país —a diferencia de otros, como se verá—, “contrato a llamada unilateral del empresario”.

La cuarta y última, quizás más significativa, también más incierta, novedad legal la hallamos en la letra g) del apartado 5 del artículo 12 ET, que contempla las llamadas de forma expresa “horas complementarias de aceptación voluntaria”, adicionales a las ya previstas anteriormente: “estas horas complementarias no se computarán a efectos de los porcentajes de horas... pactadas que se establecen en la letra c)”. En otros términos, la facultad de disponer de un límite máximo legal que se niega a los convenios colectivos, sí se otorga al pacto de autonomía individual, de modo que, sin remisión alguna a eventuales requisitos que pudieran establecerse en convenio colectivo, se permite al empresario proponer —ofertar— al trabajador la realización de horas adicionales “en cualquier momento”, con un máximo del 15 % sobre las horas ordinarias, y posible ampliación al 30 % vía, ahora sí, convenio colectivo —que de nuevo actúa en función de estricto suplemento de flexibilidad empresarial—. El resultado será, de mediar este pacto de jornada suplementaria, y la concurrencia de la flexibilidad convencional —puede sólo incrementar el porcentaje, no reducirlo—, el reconocimiento de la facultad empresarial de acuerdos individuales que podrían llegar a ser del 90 % de las horas ordinarias, esto es, *el empleo inicialmente parcial se convertiría en empleo cuasi a tiempo completo*.

Ahora bien, dos límites condiciones importantes se ponen al juego lícito de esta facultad de disposición, elástica y flexible, del tiempo de trabajo en el empleo parcial. El primero, la exigencia

²⁶ En este sentido hay que citar el art. 12.2 Recomendación n. 182 OIT.

de que se trate de un contrato indefinido, con lo que aquí sí que se querría compensar la mayor flexibilidad con un vínculo duradero –principio de favor hacia la estabilidad–. Eso sí, bastará con que tenga una jornada no inferior a 10 horas semanales “en cómputo anual”, lo que evidencia una cláusula legal de elasticidad muy clara. El segundo, la plena disponibilidad de esas horas para la voluntad del trabajador –principio de voluntariedad–. A partir de aquí, todo se vuelve incierto en relación al régimen jurídico de lo que, pese a la denominación oficial legislativa, no son ya estrictamente “horas complementarias” sino más bien “horas suplementarias”.

Incierta es la propia denominación. En sentido literal carece de relevancia, pues en aras del principio de voluntariedad que rige esta modalidad contractual, cualquiera de las horas complementarias “son de aceptación voluntaria”, so pena de ilicitud o abuso, de ahí que se requiera un pacto escrito –aunque ahora se silencie si en modelo oficial–. En consecuencia, el legislador habría querido decir algo más y diferente, para que tenga sentido su regla. A mi juicio, esa diferencia está en que el trabajador no sólo es libre en la aceptación de esa jornada, por supuesto, sino que también tiene la facultad de desistir.

Hay aquí una diferencia con la jornada complementaria, que sólo puede dejar de cumplirse si el empleador no respeta el pacto –aunque se habla en doctrina de ejemplo del derecho de resistencia a una orden empresarial, por tanto en términos de excepción de una regla general de cumplimiento u “obediencia”, no es sino expresión de la regla general del artículo 1124 CC: quien incumple no puede exigir el cumplimiento del otro y viceversa–. En efecto, aquí se consagra una garantía de indemnidad absoluta para la negativa del trabajador no ya a aceptarlas, que eso es obvio en virtud del principio general, sino, incluso eventualmente aceptadas, “a la realización de estas horas”, que es lo que dice expresamente el precepto. Por tanto, el legislador se sitúa en un escenario de aceptación inicial pero negativa a llevarlas a la práctica –realización–, sin que pueda tratarse de conducta laboral sancionable. –letra g), *in fine*–. Precisamente, esta libertad de disposición explicaría la informalidad con que se ordena esta opción de jornada doblemente adicional –ordinaria y complementaria–, pues no se exige ni forma escrita ni preaviso, ni su duración, salvo la regulación que pueda hacer al respecto el convenio y la eventual integración con el régimen general de las horas complementarias. Eso sí, realizadas, tienen el mismo tratamiento retributivo que las complementarias –letra j, art. 12.5 ET.

Ciertamente, soy plenamente consciente de los problemas de esta lectura, unos jurídicos, y los otros prácticos, de eficacia de esta cláusula de elasticidad-flexibilidad. En el primer plano, queda claro que las exigencias de buena fe del trabajador llevarían a que, una vez libremente aceptada tales horas, y no existiendo flexibilidad abusiva, quede obligado al cumplimiento, salvo causa justificada. Pero por su evidente carácter extraordinario, el legislador ha querido dejar en manos del trabajador el control de esta oferta empresarial de ampliación extrema del poder de dirección. En el segundo plano, y en todo caso, el principal problema aquí surgirá para el empleador, pues la norma consagra una gran incertidumbre sobre la suerte del pacto, expreso o tácito, que puede quedar en letra muerta si el trabajador no quiere realizarlas, sin exigir preaviso alguno. La autonomía privada y la colectiva, sin jerarquía entre ellas en este punto, tienen un abonado campo para la precisión de este régimen, que en la Ley queda demasiado en el aire, también en detrimento del empleador que, por tanto, no se va a sentir preocupado por el mismo si no tiene la seguridad jurídica sobre su régimen y su cumplimiento, por lo que una integración racional del régimen legal excesivamente informal y liberal, a favor del trabajador, ayudaría a su consolidación.

Otra cosa es si tiene sentido racional, social y económicamente, un margen tan elevado de disponibilidad temporal, por cuanto el régimen de horas complementarias, que es lo que había pedido la patronal, ya es suficientemente generoso en términos de flexibilidad-disponibilidad. En consecuencia, hay razones para dudar de su efectividad no ya sólo como reclamo para incrementar el empleo parcial sino incluso en el plano de la legitimidad de esta figura, rayana en lo abusivo salvo por la tutela plena que dejaría al trabajador, que puede o no aceptarlas o no cumplirás, volviendo entonces al absurdo de su contemplación. En definitiva, aún de forma incoherente y no completa, la Ley parece querer conformar un estatuto laboral de puesta a dis-

posición del trabajador, que si no se puede identificar, sí se acerca peligrosamente, al paradigma del “contrato a llamada en interés empresarial”.

Una modalidad aquélla tan pretendida por el empleador, pero en términos que le permita decidir unilateralmente, como repudiada por nuestra jurisprudencia precedente, si bien no sin una importante polémica plasmada en un fundado voto particular –STS, 4^a, 17 de diciembre de 2001, Rec. Cas. 68/2001–. A mi juicio, se abre aquí una de las cuestiones más relevantes, en el plano jurídico, que suscita la nueva regulación, pues en juego está el margen efectivo que la normativa internacional, no sólo la comunitaria, le deja al empleador para aspirar a un mayor reconocimiento legal del poder de disponer unilateralmente las conversiones de empleo a tiempo completo en otro parcial, que es lo que realmente busca el empleador para sentirse concernido, como se decía, con el fin de la promoción del contrato a tiempo parcial. El principio supra-legal de voluntariedad parece impedir, conforme a la clásica jurisprudencia, la mutación o novación unilateral, por tratarse de cambio de modalidad contractual y, por tanto, presuponer el acuerdo del trabajador. Pero ¿cambiada la Ley, mutable es la jurisprudencia que la interpreta?

Podría pensarse que, al igual que sucede hoy con otras importantes materias de reforma en aras del principio de gestión flexible del trabajo, el cambio legal no puede ser el único dato relevante para fundamentar el cambio de jurisprudencia, que está sujeta al principio de legalidad. Este principio se entiende hoy en términos acordes con lo que exige su dimensión internacional y/o trasnacional, añadiendo controles a la legalidad obviados por el Gobierno-legislador expresamente. En este caso, la efectividad de esta vía de control-conservación del orden jurídico previo sería mayor por la llamada que hace el legislador a la Directiva comunitaria, quizás, decíamos, poniéndose la “venta antes de la herida”.

Ahora bien, ¿cabe de verdad pensar que esta regulación comunitaria actúe como un obstáculo insalvable si ese poder de conversión unilateral es causal, esto es, si viene condicionado a la mejora de la productividad creadora de empleo, o a sus promesas? Sin perjuicio de la necesidad de realizar un estudio más detenido al respecto, me temo que no existe tal impedimento absoluto si se atiende a la evolución de los ordenamientos jurídicos de la UE en esa dirección de creciente flexibilidad-elasticidad del tiempo de trabajo, hasta el punto de legitimar auténticos y genuinos “contratos a llamada”, y no ya sólo en las experiencias anglosajonas, donde están más consolidados desde tiempo²⁷.

4. REFLEXIÓN FINAL: ¿LAS BASES PARA UNA NUEVA REFORMA EN UN SENTIDO MÁS FLEXIBILIZADOR?

Existe una tendencia a confiar los equilibrios entre flexibilidad y seguridad en la regulación-gestión del tiempo de trabajo a los convenios o a los acuerdos individuales, a veces a poderes de novación unilateral. Ahora bien, la remisión a la autonomía colectiva –ahora más bien en el nivel de empresa, con marginación de la sectorial– adolece de falta de realismo, pues ni en época de bonanza ni menos en época crítica para la negociación colectiva, como ésta, tales re-

²⁷ No faltan los ejemplos de legitimidad condicionada en el Derecho comparado: en la legislación alemana [Arbeit auf Abruf]. Vid. ARUFE VARELA, A. “La regulación de los contratos a tiempo parcial... en Alemania...”. En AF-DUDC, 11, 2007, 71-80. También existe en el Derecho Chileno: artículo 40 bis C CdT. E incluso en el Derecho italiano, tras las reformas del año 2000 y 2003 en sentido pro empresario, quebrando así de raíz la oposición jurisprudencial a esta figura, incluso en el ámbito de la justicia constitucional –Sentencia 11 de mayo de 1992, n. 210–. Vid. M. BROLLO. “La forma e la predeterminazione del contenuto del contratto di lavoro a tempo parziale”. *Lavoro e Diritto*. N.2. 1993, pp. 351-352. Aunque sabido es que la modalidad más radical se recoge, desde el año 1996, con la Employment Rights Act 1996, en el Reino Unido, que legalizó el “zero-hour contract”, caracterizado por la no concreción del número de horas que el trabajador deberá trabajar. Una modalidad que sería contraria a la prohibición legal de contratos con un objeto completamente incierto o determinable sólo a instancia de una de las partes, como recordaba la posición mayoritaria de la citada STS de 17 de diciembre de 2001 y recoge la STSJ Murcia 694/2010 de 1 de diciembre de 2010, en relación al contrato eventual.

gulaciones no son frecuentes, al tiempo que adolecen de desajustes reguladores, ante los aspectos de individualización que tiene esta materia. Al tiempo, la remisión a acuerdos individuales los hace también improbables por la fuerte oposición de intereses y por el cada vez mayor desequilibrio de poderes entre las partes. Por su parte, las esporádicas o puntuales novaciones unilaterales a favor de los intereses de conciliación de la vida familiar –artículo 37.5 ET– no están, por su aislamiento y hoy marginalidad, en condiciones de provocar el cambio sistemático de la organización del trabajo que requieren las mejoras de la conciliación útiles para la productividad.

La nueva regulación del empleo a tiempo parcial, como paradigma para intentar hacer creíble, de forma generalizada, esa compatibilización entre tiempos de trabajo y de vida, pretende dejar en manos de la autonomía, tanto colectiva como individual, esa composición de intereses. Sin embargo, no aporta garantías para la efectividad de los poderes de negociación, que resultan difusos, mientras que sí hace muchas concesiones a la mayor flexibilidad-disponibilidad de la gestión del tiempo de trabajo, con lo que se arriesga a crear más obstáculos que vías de superación. El foco de interés se pone en la atracción del empresario, pero éste insiste en recibir más poderes para fijar el tiempo –*quantum y distribución*– y debilitar las resistencias colectivas e individuales.

Ciertamente, el legislador ha dado pábulo a la devaluación de los primeros, no obstante las continuas llamadas, a menudo como suplementos de la Ley, al convenio, y no tanto de los segundos, como se ha evidenciado no ya sólo con la continuidad del régimen de renuncia del trabajador, por motivos familiares y formativos, al pacto de horas complementarias, pese a la crítica empresarial, sino también con la disposición para el trabajador de la comentada “oferta de horas suplementarias”. No obstante, no ha sabido, o no ha querido crear, el sistema de incentivos adecuado para que esos poderes de negociación, colectiva e individual, sean reales, serios y efectivos. A día de hoy, la reforma evidencia que la única preocupación es hacer del empleo parcial una forma de alivio temporal para rebajar las sangrantes cifras de desempleo, aunque con la trampa de impulsar formas de subempleo que, a medio plazo, serán más un freno que salida de la crisis, por perjudicar el consumo, la producción, las cotizaciones sociales y la igualdad.

En consecuencia, es necesario mejorar y ampliar las medidas existentes hoy en el ordenamiento que presupone un poder efectivo de negociación de ese equilibrio transaccional razonable entre razones organizativas y familiares. Un poder-deber de negociación no sólo colectivo, sino también individual, en los términos en que se recoge y garantiza en el artículo 139 LRJS, desarrollando el artículo 34.8 ET a tal fin. De este modo, se haría real, efectivo, el cambio de modelo de conciliación que preconizara la LO 3/2007, en gran medida hoy incomprendido por el sistema de fuentes y que no es otro que desarraigar de nuestras prácticas la reducción de jornada para propiciar la adaptación de la misma, aunque aquella reducción pudiera ser creadora de empleo –sistema de incentivos a la sustitución–, lo que no sucede tampoco. Y, cómo no, esta misma idea de potenciar los poderes-deberes de negociación sobre los poderes de novación debe presidir en todo momento la regulación del empleo parcial, más allá de los límites que a modelos unilateralistas deriven de la norma comunitaria.