

DL

LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA REFORMA LEGAL DE 2012: ENTRE EL ESTÍMULO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y LA PREOCUPACIÓN POR EL EMPLEO*.

Juan García Blasco**
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. REFORMA LABORAL DE 2012 Y CRISIS ECONÓMICA: DE LA CONTINUIDAD DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL AL REFORZAMIENTO LEGAL DEL CONTRATO INDEFINIDO.–II. LA NUEVA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE FORMACIÓN Y APRENDIZAJE. II.1. Pervivencia y reforma en la ordenación legal del contrato. II.2. Las modificaciones normativas ampliadoras del contrato. –III. EL NUEVO CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES: ¿ENTRE EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y EL CONTRATO ÚNICO?. III.1. La caracterización jurídica del contrato: objeto y destinatarios. III.2. El periodo de prueba y su ya menor riesgo constitucional. III.3. Un contrato de compleja y desordenada incentivación y bonificación, compatible con el desempleo.–IV. LA TÍMIDA REFORMA DEL TIEMPO PARCIAL: UN EQUILIBRIO ENTRE FLEXIBILIDAD Y PROTECCIÓN SOCIAL. –V. LA MODERNIZACIÓN DEL TRABAJO A DOMICILIO. EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL PAPEL RELEVANTE DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL.–VI. OTROS ASPECTOS SOBRE LA REORDENACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL ART. 15.5 DE LA LET, LA REGULACIÓN APLICABLE A CONTRATOS ANTERIORES A LA REFORMA LABORAL Y LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE BONIFICACIONES POR DETERMINADA CONTRATACIÓN.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la nueva regulación legal incorporada por la reforma laboral de 2012 sobre la contratación laboral española en la Ley 3/2012, de 6 de julio. En particular, se abordan las novedades incorporadas al contrato de formación y aprendizaje, reparando en los aspectos más relevantes de su ordenación legal, con especial interés en la ampliación de esta figura de contratación temporal en el marco de la política de empleo. Se dedica especial atención a la figura más novedosa de la reforma, que es el nuevo contrato de apoyo a

* La presente colaboración, que recoge la intervención en la Jornada organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en julio de 2012, en Madrid, se inscribe también dentro de las Líneas de investigación del Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2010-16914/JURI, sobre “Derecho del Trabajo y crisis económica: del diálogo social a las intervenciones normativas sobre las relaciones laborales”, del que soy Investigador principal y del Grupo Consolidado de Investigación S-07, reconocido por el Gobierno de Aragón.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

los emprendedores, analizando su caracterización jurídica, su objeto, destinatarios, estímulos a su concertación, así como otros aspectos problemáticos en su diseño y configuración. Por último, se realiza una aproximación al tiempo parcial y a la modernización del trabajo a domicilio, reparando en el nuevo trabajo a distancia y el papel relevante de la autonomía contractual, así como otros aspectos, de menor trascendencia, referidos también a la contratación laboral. Todo ello en el propio contexto de la crisis económica, sus efectos sobre el mercado laboral y el papel de los instrumentos legales para su ordenación y tratamiento.

I. REFORMA LABORAL DE 2012 Y CRISIS ECONÓMICA: DE LA CONTINUIDAD DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL AL REFORZAMIENTO LEGAL DEL CONTRATO INDEFINIDO

La reforma laboral española de 2012, tanto en la redacción dada por el legislador de urgencia a través del Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (en adelante DLRML), como por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante LRML) no ha operado una modificación absoluta de la contratación laboral española que altere sustancialmente la regulación sobre el mercado de trabajo español. Ello es evidente en relación con la regulación legal de la contratación temporal y sus distintas tipologías, cuyos contratos no experimentan cambio o modificación alguna. Puede decirse, por ello, que esta reforma se proyecta, en lo que toca a la contratación laboral, sobre alguna otra figura o modalidad contractual al margen de las temporales, con una única excepción, de forma que permanece inalterable el modelo de contratación temporal que viene caracterizando la regulación del mercado de trabajo español desde 1994.

La intervención normativa así, como se verá más adelante, actúa sobre algunos contratos que para el legislador pueden ser piezas fundamentales para la creación de empleo y favorecimiento de la ocupación. Se opera por medio de la sustitución de algún contrato de trabajo indefinido anterior, de efectos relativos sobre el empleo, por otro de reglas particulares pero con la misma finalidad. Es precisamente el objetivo del empleo el que fundamenta la reordenación de la contratación laboral en los términos mencionados, siendo el elemento predominante y trascendental en su configuración. En consecuencia, puede decirse que nos encontramos ante un régimen jurídico regulador del mercado de trabajo español bastante parecido al anterior a la reforma laboral, si bien con algunos cambios de incidencia desigual, cuyos resultados en términos de empleo requieren más tiempo de aplicación. Aún así, la flexibilidad que acompaña a la reforma laboral española de 2012 como rasgo de identificación de sus intervenciones normativas y principio inspirador de la modificación legal de importantes instituciones laborales es predicable igualmente sobre la reordenación de la contratación laboral o de los contratos de trabajo. La finalidad pretendida por el legislador en materia de contratación es no sólo la de fomentar el trabajo, sino la de garantizar la continuidad o estabilidad en el empleo. Si este objetivo se alcanza o no vendrá dado por la experiencia aplicativa de la propia reforma y, por tanto, de la LRML, por lo que, de momento, y en el contexto tan grave y agudo de la crisis económica, esos resultados pueden ser inciertos. Habrá que dar oportunidad, por tanto, a la Ley para que despliegue los efectos positivos que la misma norma reclama y el legislador declara abiertamente en la Ley.

II. LA NUEVA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE FORMACIÓN Y APRENDIZAJE

II.1. Pervivencia y reforma en la ordenación legal del contrato

El contrato de formación y aprendizaje es objeto de modificación en la reforma laboral de 2012, tanto por el Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, como posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, siendo, a su vez, una figura contractual objeto de constantes vaivenes y avatares normativos.

En efecto, ya fue objeto de nuevo tratamiento por el Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, al otorgarle una nueva denominación, volviendo a ser modificado, en el plazo de 6 meses, por

el Decreto-ley 3/2012, de 11 de febrero, lo que lo sitúa en una constante inseguridad jurídica, a la vez que cierta complejidad sobre su contenido y desarrollo. Todo ello supone que la regulación normativa de este contrato puede ser distinta en breve espacio de tiempo, esto es, el concertado antes y después de los Decretos-leyes mencionados o el celebrado a partir de la reforma laboral de febrero de 2012.

Como se ha puesto de relieve (Gárate Castro), ninguna de las reformas ha alterado el modelo sobre el que descansa el contrato, de forma que los rasgos de caracterización con el que nació siguen vigentes. Se trata, sobre todo, de una evolución de la figura, si bien en el reforma legal de 2012 hay aspectos sustanciales, quizás de menor intensidad a la operada en el año 2011.

El objetivo ahora de la reforma es el de flexibilizar o eliminar restricciones en la utilización del contrato modificado en 2011. Así lo recoge expresamente el Preámbulo de la LRML al insistir en que la modificación trata de “potenciar el empleo juvenil mediante la supresión de limitaciones injustificadas”.

Permanecen, por tanto, inalterables aspectos centrales del contrato como son la particularidad de la causa; el requisito de la edad (con la ampliación a los 30 años hasta que el desempleo alcance el 15%, lo que no es secundario como se verá); las interrupciones de su duración por distintas situaciones; la compatibilidad de trabajo y formación, el desarrollo reglamentario de esta última y la acreditación de la cualificación; la prohibición de horas extraordinarias; la cuantía de la retribución; la protección de la Seguridad Social; el cómputo de la antigüedad y la eliminación expresa del Convenio Colectivo, lo que hace inaplicable el art. 7.2 del Reglamento de 1998.

II.2 Las modificaciones normativas ampliadoras del contrato

Tanto el DLRLML, como la LRML, han introducido cambios relevantes en el régimen jurídico de este contrato que manifiestan, por un lado, la voluntad del legislador por ampliar el espacio y el número de contratos de estas características y, por otro, el interés en situar a esta figura como un contrato relevante para la incorporación de los jóvenes al empleo, a la vez que lo sea también para el empleador. Merece la pena reparar en los aspectos novedosos más interesantes que responden, a mi juicio, a estas dos finalidades.

La edad sigue siendo así un elemento trascendental para celebrar este contrato, dirigido ahora a trabajadores mayores de 16 y menores de 25 años, pudiendo acogerse también a esta modalidad contractual “los trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo”, para lo que servirá, sin duda, esa formación. No juega, sin embargo, el límite máximo de edad cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad, ni “con los colectivos en situación de exclusión social” contratados por las empresas de inserción. A su vez, la Disposición final novena de la LRML excluye el límite de edad a los contratos que se suscriban en el marco de las acciones del art. 25 de la Ley de Empleo. No obstante, la disposición transitoria novena de la LRML amplía la posibilidad de realizar estos contratos con trabajadores menores de 30 años hasta que “la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15%”. Esta posibilidad legal amplía, sin duda, el espacio y el tiempo de duración de estos contratos, de forma que puede llegar o afectar hasta un trabajador de 33 años.

La duración mínima sigue siendo la misma, esto es de un año y máximo de tres. En el trámite parlamentario de la Ley, por la que se modifica la LET, se ha introducido la posibilidad de prórroga, de forma que “en caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, hasta por dos veces, sin que la duración de cada prórroga pueda ser inferior a seis meses y sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima” (art. 11.2.b) de la LET). Parece, por tanto, que se podrán prorrogar los contratos celebrados antes de febrero de 2012 hasta el límite máximo de los tres años. Se permite al Convenio Colectivo

establecer distintas duraciones del contrato, siendo “las necesidades organizativas o productivas de las empresas” las que puedan servir de fundamento, lo que es otra manifestación de flexibilidad en la figura.

El nuevo art. 11.2.c) de la LET amplía, por su parte, el ámbito para la celebración del contrato, pues, aunque una vez expirada su duración el trabajador no puede ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, sí puede serlo en el supuesto de que “la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional”, suavizando, por ello, la previsión contenida en el DLRLM que hablaba “de distinta actividad laboral u ocupación objeto de cualificación profesional asociada al contrato”. Es posible que no existan diferencias notables entre una y otra expresión, pero lo cierto es que con esa redacción se amplía notablemente la posibilidad de utilización de esta modalidad contractual del mismo trabajador en la misma empresa, que puede ser objeto así de este contrato, con duraciones máximas sucesivas hasta alcanzar, eso sí, la edad máxima mencionada. Una utilización abusiva de esta posibilidad puede tener evidentes riesgos para trabajadores jóvenes, que pueden permanecer en el tiempo en esta temporalidad contractual con contratos sucesivos. Otro ejemplo pues de flexibilidad contractual ya mencionada, que pudiera implicar, a su vez, un cierto abaratamiento del trabajo de los aprendices, por lo que será interesante atender a la regulación de la cuenta de formación, que reclama la Disposición Final Segunda de la LRML, para asegurar así realmente la formación. Parecía, por ello, conveniente, como se ha señalado por la doctrina (Rodríguez Piñero-Valdés-Casas Baamonde) identificar y aclarar cual es la duración del anterior contrato cuya expiración impide la celebración del otro, sobre la que guarda silencio la norma. Permanece, no obstante, la imposibilidad de celebrar este contrato “cuando el puesto de trabajo correspondiente haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a 12 meses”. No rige, por otro lado, para este contrato el art. 15.5 de la LET sobre contratación temporal encadenada o abusiva.

En cuanto a la duración del tiempo de trabajo efectivo, se eleva el tiempo máximo del 85% en el segundo y tercer año, destacando la posibilidad de recibir la formación por parte de la propia empresa, que antes no era posible, exigiéndose, en el trámite parlamentario de la Ley, que la impartición de esta formación “deba justificarse a la finalización del contrato” [art. 11.2.d)] de la LET). Será una norma reglamentaria la que se ocupe de esta materia, siendo relevante el control administrativo de esta formación, por lo que debería haberse modificado la LISOS para contemplar ese eventual incumplimiento empresarial como conducta constitutiva de infracción laboral. Desaparece, por otro lado, la referencia legal anterior al momento del comienzo de la formación. Parece que la actividad laboral y la formación no deberían comenzar simultáneamente y discurrir de forma paralela para una adecuada efectividad de ésta última. No queda claro, por último, la exigencia de que la formación inherente al contrato permita obtener el título de graduado en Educación Secundaria. Hay que señalar, también, que la nueva regulación dada por la LRML al art. 23.3 de la LET sobre permisos retribuidos de 20 horas anuales de formación profesional para el empleo, advierte que ese derecho “se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención para la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva”, sin que se incluya en ese derecho “la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme lo previsto en otras leyes”.

Por su parte, las Disposiciones transitorias séptima y octava de la LRML se ocupan, en una regulación muy detallada a la que me remito, de la acción formativa y su financiación para los contratos celebrados antes y después de 12 de febrero de 2012.

En una manifestación inequívoca de favorecimiento y potenciación de este contrato, el art. 3 de la LRML incorpora un catálogo de reducciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social. En efecto, las empresas que celebren contratos para la formación y el aprendizaje “con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo, tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una reducción de las cuotas por contingencias

comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional” del 100% en empresas de menos de 250 trabajadores o del 75% en empresas de más de este número. Se incluyen las prórrogas del contrato en esa reducción. A su vez, se estimula su transformación en contratos indefinidos, de forma que con independencia de la fecha de su celebración, y tanto a la finalización de su duración inicial como a la prorrogada, se reconoce el derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 € durante 3 años, que se amplía a 1.800 € en el caso de el contrato se haya celebrado con mujeres. Por último, se excluyen de estas reducciones los contratos que se suscriban “en el marco de las acciones y medidas establecidas en el art. 25.1.d) de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, incluyendo los proyectos de Escuelas Taller, Casas de oficios y Talleres de empleo. Este régimen parece más ventajoso que el previsto en el Decreto-ley 10/2011, siendo de aplicación las reducciones por transformación en indefinidos de los contratos analizados a los celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este último Decreto-ley, que no se pudieron beneficiar en su día y “que se transformen en indefinidos a partir del 1 de enero de 2012” (Disposición transitoria decimotercera de la LMRL). Lo que no parece exigirse es el aumento de la plantilla empresarial con cargo a este contrato y a su eventual conversión en indefinido, que hubiera sido también deseable.

Las novedades legales incorporadas a este contrato permiten deducir, por lo dicho, que tanto el legislador de urgencia, como la LMRL, han depositado las esperanzas en esta figura contractual, junto con el contrato para emprendedores que se examina a continuación, tratando de hacerla lo más atractiva posible, con el fin, sobre todo, de que puedan incorporarse al mercado de trabajo los jóvenes que lo abandonaron y carecen de la formación necesaria para su retorno. Lo cierto es que la efectividad de esta figura, hasta ahora, ha sido escasa, pues, en el año 2011, se han celebrado únicamente 60.000 contratos. Inspirado en el sistema alemán dual, la regulación de esta modalidad contractual combina demasiados objetivos que los hace a veces irreconciliables. Si a ello se une la escasa concienciación empresarial sobre su utilización, que no la estimulan precisamente, así como los cambios normativos constantes en su ordenación legal, puede decirse que el contrato de formación y de aprendizaje se sitúa, de nuevo, en la incertidumbre sobre su utilización, que sólo el tiempo en la aplicación de la reforma laboral de 2012 podrá despejar.

III. EL NUEVO CONTRATO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES: ¿ENTRE EL FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA Y EL CONTRATO ÚNICO?

La figura estelar en materia de contratación laboral de la reforma laboral de 2012 es, sin duda, el nuevo contrato creado y regulado en el art. 4 del DLMRL, en febrero de 2012, y ahora en la LMRL.

En efecto, el legislador trata de impulsar esta figura contractual nueva que, como se ha dicho (Moreno Vida) aspira a tener una posición central en el nuevo y renovado marco institucional del contrato de trabajo en España, convirtiéndose en el contrato “estrella”, como lo fue, en su momento, el contrato para el fomento de la contratación indefinida creado en 1997, que parece viene a sustituirlo, de la nueva legislación laboral fruto de la reforma de 2012.

Como se verá, forma parte de la tendencia flexibilizadora del mercado de trabajo, que arranca de 1984, en el que la libertad de empresa adquiere un protagonismo reforzado en el propio escenario regulador de la relación laboral y del empleo. Se sitúa, por ello, en el marco de la política de flexiseguridad adoptado por la Unión Europea, a la que se refiere también el Preámbulo de la LMRL. Forma parte de la conveniencia sobre la necesidad de redefinir el contrato por tiempo indefinido, a fin de que la protección del puesto de trabajo vaya aumentando progresivamente, comenzando con un nivel básico de protección de éste, que se incrementaría progresivamente con el ejercicio del mismo, hasta obtener la plena protección.

En este debate, han aparecido también propuestas genéricas de reformulación de los términos del contrato de trabajo por tiempo indefinido que logran la ordenación y tratamiento de

un nuevo contrato tipo (contrato único) que proporcione respuesta a la fuerte segmentación del mercado de trabajo. La propuesta así de contrato único ha estado presente con intensidad en los meses anteriores a la reforma laboral de 2012, formando parte del debate sobre el mercado de trabajo, tratándose de un figura bien recibida por la representación empresarial y por una buena parte de los economistas de nuestro país. Los graves efectos de la crisis económica han influido probablemente en su trascendencia y relevancia que es ahora más secundaria, pero que encuentra, como se verá más adelante, algunos elementos de esta propuesta en la configuración legal del nuevo contrato creado en febrero de 2012. Puede incluso plantearse si la regulación y tratamiento normativos que acompañan a este nuevo contrato, en algunos aspectos problemáticos, podría realmente haber dado cobijo, con las adecuadas garantías constitucionales, a ese denominado contrato único a través de su reconocimiento, configuración y ordenación legal en la LET.

En todo caso, este nuevo contrato plantea, de presente y de futuro, interrogantes que sólo el tiempo dará respuesta. Algunos se centran en los perfiles legales de su ordenación y en las virtudes de su creación y otros en los riesgos de su utilización. También se refieren a su controvertida adecuación constitucional. Existen otros referidos a su incierta aplicación y efectividad, que tendrá una regla de medir evidente dentro de un año. Por último, es discutible que se trate de una modalidad contractual propia, aunque su regulación tenga lugar fuera de la prevista en la LET sobre contratación laboral española a la que también remite. Lo que sí es cierto es que es el contrato por el que ha apostado el legislador de urgencia y la LMRL como respuesta normativa en el mercado de trabajo a la crisis económica y a la creación de empleo. Como expresamente se señala en su Preámbulo, “la reforma laboral trata de facilitar la contratación de trabajadores por parte de las pequeñas empresas, que representan a la mayor parte del tejido productivo del país y que albergan las diversas fórmulas de la organización empresarial que posibilitan nuestro ordenamiento jurídico, entre las que cabe destacar el trabajo autónomo y las diversas familias de la economía social...con esta finalidad se crea esta nueva modalidad de trabajo por tiempo indefinido”.

Este contrato es, por lo dicho, también un desafío por no existir un referente normativo en nuestra legislación laboral, si bien el objetivo del empleo y de la ocupación que caracteriza la reforma laboral de 2012 lo sitúan en el contrato de trabajo español que podría contribuir a este objetivo. También aquí el tiempo nos irá dando datos para una adecuada valoración, también jurídica, de su creación, configuración y regulación legal. Por si es de interés a tal efecto, el número de contratos de apoyo a los emprendedores celebrados hasta el 5 de julio de 2012, según los datos de la Dirección General de Empleo, es de 40.900.

III.1 La caracterización jurídica del contrato: objeto y destinatarios

Es el art. 4 de la LMRL el que crea y regula el régimen jurídico “del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores” de forma autónoma y fuera, como se ha dicho, de las figuras contractuales laborales de la LET. Su reconocimiento implica la derogación del contrato para el fomento de la contratación indefinida regula en la Ley 12/2001, que se sustituye, como se ha dicho, por éste, mostrándose como la piedra angular de fomento del empleo estable en las PYMES que apuesten por ellos y que fomenta el empleo juvenil, según el propio Preámbulo de la LMRL. Aún cuando desaparece este segundo contrato, el nuevo se inspira en él, sobre todo en algunos aspectos relacionados con la incentivación y bonificación a su celebración.

El contrato nace, a diferencia del ahora derogado que era coyuntural, al menos en 1997, con vocación de permanencia, si bien matizado, como se verá, por la Disposición transitoria novena de la LMRL. Está también fuertemente financiado, aunque adecuadamente matizado por su nueva regulación legal

La definición del contrato comienza, en una técnica jurídica probablemente mejorable, por identificar su objeto: facilitar el empleo estable a la vez que se potencia la iniciativa empresarial. Y su utilización se reserva exclusivamente a “las empresas que tengan menos de 50 trabajado-

res". Parece tener así tres fines específicos, que son, por un lado, fomentar y estimular la formación del empleo estable y, por otro, apoyar a las pequeñas empresas y fomentar el empleo juvenil. Se sitúa, como se ha dicho, en el escenario normativo regulador también del contrato de formación y aprendizaje ya analizado, que tiene como destinatario precisamente a los jóvenes.

Esta finalidad combinada de objetivos del contrato se pretende lograr conformándolo por tiempo indefinido y a jornada completa, así como con algunas particularidades especiales en tres dimensiones específicas de su tratamiento jurídico: la limitación de sus destinatarios que lo pueden concertar, el reconocimiento de un tratamiento incentivador y bonificador de su celebración y, especialmente, la singularidad normativa sobre la duración del periodo de prueba que lo acompaña.

Al dirigirse a las empresas de menos de 50 trabajadores, se cubre, no obstante, el 99,3 de las empresas españolas, en las que hay que incluir también a trabajadores autónomos y otros empresarios personas físicas.

Parece que al referirse a las empresas, el número de trabajadores que habilita para la celebración de este contrato ha de computarse en ese ámbito y no, en el supuesto de existir, en un concreto centro de trabajo. En ese sentido parece apuntar el Preámbulo de la LMRL y una interpretación finalista del precepto, al potenciar la iniciativa empresarial, referencia que se proyecta en la organización productiva total con independencia de los instrumentos o de la forma en la que se articula. La referencia así al centro de trabajo para este contrato podría ser distorsionadora y crear problemas adicionales para una figura que tiene una finalidad global empresarial clara y evidente.

A diferencia de otras Disposiciones legales, la LMRL no contiene referencia alguna al grupo de empresas, por lo que el número de trabajadores de referencia para la modalidad contractual ha de computarse sin tener en cuenta los que lo son del grupo de empresas a efectos mercantiles en los que se integra la misma empresa. Cuestión distinta es si el grupo lo es a efectos laborales, en cuyo caso habría que computar a todos sus trabajadores a la vista de la jurisprudencia relativa a los efectos y responsabilidades en esta materia, todo ello matizado también por la adecuada utilización del contrato y la finalidad perseguida por la norma. Lo que queda claro en la regulación es que la exigencia numérica queda referida al momento de celebración del contrato (art. 4.8 de la LMRL).

Con buen criterio, el art. 4.6 de la LMRL excluye de la posibilidad de concertar este contrato a las empresas que, "en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato, hubiera adoptado decisiones extintivas improcedentes", modificando la redacción del DLML que hablaba de "extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas declaradas improcedentes por sentencia judicial o hubiera procedido a una despido colectivo". Esta nueva redacción, técnicamente más correcta, parece razonable para evitar una progresiva sustitución de trabajadores por trabajadores contratados a través de esta figura, creando una epidemia de rejuvenecimiento forzado de las plantillas (Miranda Broto). Será por ello incompatible este contrato y la extinción de la relación laboral improcedente, que incluye, todas aquéllas, y no sólo el despido, que tengan esa consideración, incluyéndose, ahora, el despido disciplinario que no lo estaban en la redacción sustituida. Lo que no resuelve la norma son los problemas relacionados con sentencias de tiempo atrás pendientes y que declaran la improcedencia. En tales casos ¿es válida esta contratación?, ¿se convertiría en un contrato indefinido ordinario?

No obstante, el alcance de esta limitación legal es relativo, pues "afectará únicamente a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional de los afectados por la extinción y para el mismo o mismos centros de trabajo", siendo esta última referencia de encuadramiento profesional muy relevante para determinar efectivamente esa incompatibilidad, que queda, por ello, referida exclusivamente a ese ámbito cuya identificación y ordenación corresponde a la

negociación colectiva, quedando fuera además otros centros de trabajo de la empresa en los que no se ha producido la decisión extintiva.

Nada dice, por otro lado, el art. 4.6 de la LMRL sobre la resolución contractual de la relación laboral por no superar el trabajador el periodo de prueba.

Todos los trabajadores son potenciales destinatarios de este contrato, a diferencia del de fomento de la contratación indefinida, si bien los incentivos y bonificaciones previstos legalmente configuran destinatarios prioritarios.

En la medida en que no existe una previsión o prohibición específica, sería posible la sucesión de contratos desde éste, resuelto al año, como se verá, por la no superación del periodo de prueba, a uno temporal o formativo, lo que debería ser atendido para evitar una utilización abusiva y contraria a la propia finalidad que lo inspira. Un balance próximo del contrato pasado el tiempo permitirá una valoración más ajustada de este riesgo.

El contrato dispone, también, de un régimen jurídico particular o especial que consiste en la exigencia de forma escrita en el modelo, ya existente, que se establezca. De igual forma, lo será a jornada completa. Es discutible esta última exigencia, que prohíbe, por tanto, el tiempo parcial, contradiciendo probablemente las virtudes de este último a las que se alude en el Preámbulo de la Ley. Podría ser también una fórmula de potenciamiento de la contratación a tiempo parcial, muy reducida en nuestro país.

III.2. El periodo de prueba y su ya menor riesgo constitucional

Pero la novedad fundamental en el tratamiento normativo de este contrato, que puede considerarse, también, contrato común, viene dado por la previsión contenida en el art. 4.3 de la LMRL.

En efecto, el régimen jurídico del contrato y los derechos y obligación que de él se deriven se regirán con carácter general por los dispuesto en la LET y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, “con la única excepción de la duración del periodo de prueba a que se refiere el art. 14 de la LET que será de un año en todo caso”. Pasa así a ser esta institución del periodo de prueba el rasgo de identificación fundamental y caracterizador de este contrato, lo que lo aproxima, en cierta medida, a las propuestas de contrato único, a la vez que plantea algunos de los problemas jurídicos que acompañan a esta excepción legal.

El periodo de prueba, típico del contrato de trabajo, trata de verificar que la relación de servicios establecidas entre las partes satisface razonablemente los intereses o expectativas de las mismas y puede, por tanto, prolongarse por tiempo indefinido o, puede, en su caso, desplegar toda la duración prevista. Atienda así a la defensa de los intereses empresariales con el fin de que la empresa pueda comprobar las aptitudes psicofísicas y técnicas del trabajador para el puesto de trabajo para el que se le contrata. Es por ello que la jurisprudencia ha mantenido que el periodo de prueba del contrato de trabajo no puede ser fijado por la negociación colectiva más allá de lo que permitiría la doctrina del abuso del derecho, particularmente, la STS de 12 de noviembre de 2007 ha considerado con tal carácter un periodo de prueba de 2 años previsto en el convenio, teniendo en cuenta que el tiempo de prueba debe adecuarse a la finalidad misma de la institución, debiendo ser, por tanto, razonable en su duración. Serán las características de la actividad que vaya a desempeñar el trabajador las que deban tomarse en consideración a tal efecto.

A la vista de todo ello, la cuestión que suscita esa exigencia legal del art. 4.3 de la LMRL es la de si el periodo de prueba de duración necesaria a un año como exigencia anudada a la propia existencia del contrato supone descausalizar esta institución, esto es, si se muestra o no como razonable, pues, como se sabe, durante ese tiempo el empresario dispone de libre desestimiento contractual sin alegar causa alguna, sino simplemente que el trabajador no ha supe-

rado la prueba, siendo esta extinción indagable judicialmente, salvo que esconda una lesión de derechos fundamentales o no se haya realizado el objeto o la experiencia de la prueba pactada, constituyendo, en tal caso, un supuesto de abuso o de fraude de Ley.

Esta problemática se plantea además porque la exigencia legal de un periodo de prueba de un año se contempla en el art. 4.3 de la LMRL como una regla de derecho necesario absoluto, de orden público, que impide así la intervención de la negociación colectiva y de la autonomía contractual individual. Ni una ni otra puede, por tanto, disponer algo distinto sobre esa duración. Se eliminan así los distintos grados del art. 14 de la LET en función de la capacitación del trabajador y del tamaño de la empresa. Es, pues, igual para cualquier trabajador, sector y plantilla por debajo de 50 trabajadores. Lo que no parece excepcionarse en el citado precepto son las reglas del periodo de prueba en las relaciones especiales de trabajo (Rodríguez Piñero-Valdés-Casas).

Es por ello que esta imperatividad normativa puede asimilarse, en su caso, y actuar como un mecanismo de temporalidad equivalente a la duración de la prueba con el riesgo, también, de proyectarse este contrato indefinido como un contrato temporal de facto. Eso es lo que debería impedirse a toda costa. Además, los trabajadores objeto de este contrato no disponen del derecho al permiso retribuido de 20 horas previsto en el nuevo art. 23.3 de la LET. De poco sirve, por tanto, en tales casos, el adelanto a 31 de diciembre de 2012, por el art. 17 de la LMRL, de la suspensión de la vigencia del art. 15.5 de la LET. La empresa podría, extinguido este contrato, encadenar, al día siguiente, un nuevo contrato indefinido. Este riesgo, sin duda trascendente, podría contravenir la Directiva 99/70, lo que aconsejaba el establecimiento de las necesarias cautelas para evitar esta práctica contraria al objeto y finalidad del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores.

Por ello, es acertada la previsión normativa incorporada en el trámite parlamentario al art. 4.3 ahora analizado por el que “no podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”, trasladando aquí esta misma previsión del art. 14. 1 de la LET, que sanciona con nulidad el pacto que establezca un periodo de prueba para tales casos.

Se ha planteado por algunos autores al comentar esta regulación del periodo de prueba contemplada en febrero de 2012 por el art. 4.3 del DLMRI su eventual inconstitucionalidad. Los argumentos que se esgrimen son razonables al efecto, con independencia de que puedan convencer o no al intérprete y de que un eventual recurso de inconstitucionalidad pueda ser estimado. Sin embargo, esos razonamientos tienen ahora, después del debate parlamentario y con la previsión de la Disposición transitoria novena de la LMRL, menos peso, al incorporar la Ley una motivación expresa que, ahora sí, podría justificar razonablemente esa exigencia legal del citado periodo de prueba.

En efecto, apelando a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular la STS de 20 de julio de 2012, que exige la racionalidad del periodo de prueba, de forma que no se pueden admitir como válidas fórmulas por la negociación colectiva (cláusula convencional con un periodo de prueba de un año), que puedan resultar incompatibilidad con la propia finalidad y funciones del periodo de prueba, se dice, se estaría dando amparo a un resultado semejante a la contratación temporal, lo que puede ser fraudulento. En tal caso, sería válido este razonamiento aun cuando sea la Ley la que fija el periodo de un año.

También se ha esgrimido que cabe sostener que, con esa regulación se crea un contrato temporal de un año sin causa con extinción “ad nutum”, que está prohibida por el ordenamiento laboral y contraria, por tanto, al art. 35 de la CE en la interpretación dada a este precepto por al STC 72/81 que ampara el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedido sino es por causa justa”.

También se esgrime el convenio n.º 58 de la OIT y la racionalidad del periodo de prueba, de forma que si la duración de un año no es razonable, sería contrario al Derecho Internacional suscrito por España. Se ha citado a tal efecto el informe de la Dirección de la OIT a propuesta de la queja sindical francesa sobre el contrato de primer empleo que se introdujo en 2005. En él se incluía un periodo de prueba de 2 años y el Comité consideró que era incapaz de establecer si tal periodo era razonable dado que la jurisprudencia francesa había admitido los periodos de 6 meses. Se insta, a cambio, a que estos contratos no se puedan extinguir sin causa válida, con lo que cobraría importancia, pues, la doctrina del Tribunal Supremo español.

Desde el punto de vista del Derecho europeo, se hace referencia a la Sentencia Manged, en la que se concibe la estabilidad en el empleo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un “componente primordial de protección de los trabajadores”.

Algunos argumentos proporcionan también la definición de los contratos temporales contenida en la Directiva 99/70 al considerarlos como “aquellos en los que el final del contrato viene determinado por condiciones objetivas como una fecha concreta, realización de una obra o producción de un acontecimiento”. De esta forma, ¿el año del periodo de prueba se mostraría como una fecha concreta a tales efectos? Si fuera así, se aproximaría a un contrato temporal y no a uno indefinido. Ello no sería secundario, pues las previsiones del art. 15.5 de la LET (temporalmente suspendido por 2 años) y que razonablemente volverá a ser de aplicación no incluye este contrato en su ámbito, lo que requeriría un adecuado análisis .

Desde mi punto de vista, esa regulación del periodo de prueba plantea un interesante debate desde el principio de igualdad, sobre el que apenas han reparado el sector de la doctrina partidario de esa inconstitucionalidad. Se situaría en el ámbito de desigualdad de trato en la Ley contraria al art. 14 CE, argumento quizás más sólido que los anteriores para justificar, en su caso, esa inconstitucionalidad. La cuestión sería, por tanto, la de si los trabajadores contratados al amparo de esta figura y sujetos a un periodo de prueba de un año serían objeto de un tratamiento desigual en relación con otros trabajadores no justificado en la Ley que vulneraría las exigencias del propio principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE.

Todos estos razonamientos, que podrían mostrarse como razones sólidas para ese reproche constitucional, particularmente el último, con la regulación prevista sobre este contrato en el DLMLR, pierden consistencia, a mi juicio, con la previsión legal incorporada en el trámite parlamentario a la Disposición transitoria novena de la DLMLR.

En efecto, el apartado 2 de la citada Disposición trata de justificar y fundamentar la configuración y el régimen jurídico del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores en el objetivo del empleo. Para ello, establece expresamente que estos contratos podrán realizarse “hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15%”. Parece configurarse dicho contrato con carácter coyuntural, esto es, como una respuesta del legislador a la situación de crisis económica y de fuerte desempleo que requiere, a su juicio, una intervención normativa particular que estimule y favorezca el empleo y la ocupación y estabilidad de los trabajadores, así como la creación y actividad de las empresas, bienes protegidos también constitucionalmente. Se trataría, con ello, de facilitar el empleo estable y de potenciar la iniciativa empresarial, que son objetivos fundamentales del legislador al crear esa modalidad contractual, para la que éste cree necesario y conveniente fijar un periodo de prueba legal de esa duración.

Esa finalidad, atendible pues desde el punto de vista constitucional, justificaría un periodo de prueba de más larga duración con el fin de comprobar no sólo las actitudes profesionales para el desempeño del puesto de trabajo por el trabajador, sino la viabilidad del mismo puesto de trabajo y de la actividad empresarial. La medida se inscribiría así en el marco de una legislación excepcional, en un contexto de crisis económica y en un escenario de fomento del empleo como tarea de los propios poderes públicos. La referencia, por tanto, a una tasa de desempleo por debajo del 15% sería el objetivo a alcanzar con dicho contrato y su régimen jurídico particular en lo que toca al periodo de prueba. Acompañaría así el legislador a este contrato una causal-

dad y justificación legales suficientes para satisfacer la exigencia constitucional de que el eventual tratamiento desigual que pueda operar es razonable y justificado, siendo la disminución del desempleo a través del estímulo y favorecimiento del empleo la finalidad principal que lo ampara.

Hay que recordar así que el empleo se muestra desde tiempo en nuestro país como un título o causa que ha justificado intervenciones legales y fundamentado decisiones judiciales en un amplio espectro de materias que han superado el juicio de constitucionalidad. Basta con acudir a la ya amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que, efectivamente, han reconocido este objetivo y su intervención legal como un motivo razonable y justificado para incorporar un tratamiento jurídico diferenciado o desigual en relación con otros elementos de comparación que no merece, por ello, reproche constitucional desde el art. 14 CE.

Y en esa línea de fundamentación y justificación contenida en la Disposición transitoria novena se sitúa también la nueva Disposición adicional decimocuarta, que no contenía el DLMLR, incorporada ahora a la LMLR sobre “evaluación de las medidas adoptadas en el mercado de trabajo para hacer frente a la crisis y al desempleo” y en la que el Gobierno deberá presentar al finalizar el primer año de vigencia del DLMLR, un informe de evaluación del mismo que “analice el impacto que sobre los principales indicadores del mercado de trabajo, la creación de empleo, la disminución de la tasa de paro y la tasa de temporalidad ha tenido la citada reforma”.

Han sido argumentos de esta naturaleza los que ha manejado el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña que, en su Informe de 3 de abril de 2012, fundamenta la adecuación constitucional de esta exigencia legal del periodo de prueba en este contrato en razones de política de empleo que deriva particularmente hacia el objetivo de la consolidación del puesto de trabajo.

Es indudable que, aunque esta nueva previsión legal de la Disposición transitoria novena sitúa la regulación de este contrato y de la exigencia legal del periodo de prueba de un año en una mejor posición para hacer frente a un eventual recurso de inconstitucionalidad sobre este punto, que, por lo dicho, podría ser desestimado, ello no quiere decir que se eliminen por completo los eventuales riesgos que siguen acompañando a esta ordenación legal y a la nueva figura contractual. La cuestión que se planteará en su momento se refiere ahora a la eventual extinción del contrato de trabajo por el ejercicio del libre desistimiento empresarial al final del periodo de prueba alegando que el trabajador no ha superado la experiencia objeto de ésta última. En tal caso ¿qué acción le puede corresponder al trabajador que ve extinguido su contrato?, ¿podría solicitar la nulidad de la decisión extintiva empresarial por entender que ese periodo de prueba es abusivo?. Son cuestiones sobre las que, llegado el momento, podrá ser interesante tratar expresamente.

Una fórmula por la que podría haber optado el legislador con menos riesgo hubiera sido la de fijar el año como periodo mínimo de antigüedad para disfrutar de la protección íntegra del despido en línea con el Convenio 158 de la OIT, incorporando algunas cautelas para un uso abusivo del contrato con determinados trabajadores, aproximando el contrato a uno temporal, sin desvirtuar la institución del periodo de prueba (Gómez Abelleira)

III.3. Un contrato de compleja y desordenada incentivación y bonificación, compatible con el desempleo

Como se ha dicho, este contrato se crea con la finalidad de lograr un empleo estable y, a la vez, selectivo, dirigido, sobre todo, a favorecer a aquellas empresas que, como dice el Preámbulo de la LMLR “están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis”, esto es las PYMES. De ahí que al régimen jurídico singular que acompaña a esta modalidad contractual ya examinado, el art. 4 de la LMRL contempla un extenso, pero complejo, desordenado y poco claro, programa de incentivos económicos para esas empresas que contraten en determinadas condiciones y a determinados trabajadores.

La LMRL mantiene también aquí la tradicional técnica de fomento de la contratación indefinida mediante la utilización de técnicas de incentiviación económica que estimulen a las empresas a contratar por esta vía y, ahora, por esta modalidad contractual. Trata, a su vez, la LMRL de cumplir con otro objetivo que es el de la racionalización del sistema de bonificaciones para la contratación indefinida, al considerar que “su práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia”. Las bonificaciones se dirigen exclusivamente a las empresas de menos de 50 trabajadores y, como se verá, se concentran en determinados colectivos de trabajadores.

A tal efecto, el art. 4 del DLMRL contenía una serie de incentivos fiscales y de bonificaciones de regulación insuficiente, que ha sido completada y desarrollada por la LMRL, aunque, como se ha dicho, esa ordenación adolece, a mi juicio, de cierta complejidad para su aplicación e interpretación que obliga a esfuerzos adicionales para su entendimiento, lo que podría haberse facilitado con una mayor claridad y precisión en su diseño, tratamiento y ubicación normativa en la propia LMRL. Un esfuerzo interpretativo de esta regulación permite hablar de los siguientes incentivos y bonificaciones legales para este contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores:

a) Incentivos fiscales: sólo para las empresas y no para el empresario persona física

De acuerdo con el art. 4.4 de la LMRL, estos contratos “gozarán de los incentivos fiscales contemplados en el art. 43 de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades”. Es la Disposición final decimoséptima la que da una nueva redacción a dicho precepto, con efectos a partir de la entrada en vigor de DLMRL, en el que se reconocen deducciones por creación de empleo a través de dos fórmulas.

La primera de ellas reconoce una deducción de la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades de 3.000 €. Esa deducción se reserva exclusivamente a “las entidades que contraten a su primer trabajador a través de un contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores definido en el art. 4 de la DLMRL. De acuerdo con esta redacción, esa deducción se reconoce exclusivamente a los sujetos pasivos del citado impuesto, esto es, a las entidades, que, de acuerdo con el art. 7 de la citada Ley del Impuesto sobre Sociedades, alcanza a las personas jurídicas, excepto a las Sociedades Civiles, y otra serie de instancias, pero no al empresario o empleador persona física, por lo que esta deducción no podría realizarla un empresario de estas características, por ejemplo un autónomo.

A su vez, esa deducción fiscal se reserva única y exclusivamente a la contratación por la entidad de su primer trabajador que lo es precisamente a través del citado contrato. Parece, pues, que se requiere una y otra condición, esto es que sea el primer trabajador que se incorpora a la empresa y que lo hace además a través de este contrato.

La segunda de las fórmulas reconoce la posibilidad de deducir de la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades el 50% de la cuota íntegra del menor de los siguientes importes: el de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación o el importe correspondiente a 12 mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocido. Esta deducción lo es sin perjuicio de la deducción fiscal de la cuota de 3.000 € anterior y se reconoce, de nuevo, a las entidades que tengan una plantilla inferior a 50 trabajadores en el momento en que concierten el referido contrato y lo hagan con desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo regulada en la Ley General de la Seguridad Social. Parece, por tanto, que se trata de un requisito nuevo incorporado por la LMRL que hay que unir a otros contemplados en su art. 4 que veremos después, y que esta deducción se proyecta exclusivamente sobre este tipo de desempleados y no de los que perciben otro tipo de prestaciones al margen de esta de naturaleza contributiva. El propio art. 43.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades señala que esta deducción resultará de aplicación “respecto de aquellos contratos realizados en el periodo impositivo hasta alcanzar una plantilla productiva de 50 trabajadores y siempre que en los 12 meses siguientes al inicio de la relación laboral, se produzca de cada trabajador un incremento de la plantilla media total de la entidad en, al menos,

una unidad respecto a la existente en los 12 meses anteriores”, exigiéndose por tanto un incremento del empleo en la empresa. A su vez, la aplicación de esta deducción “estará condicionada a que el trabajador contratado hubiera percibido la contratación por desempleo durante, al menos, 3 meses antes del inicio de la relación laboral”.

Tanto la deducción de la cantidad de 3.000 €, como la de la cuota íntegra del 50% “se aplicarán en la cuota íntegra del periodo impositivo correspondiente a la finalización del periodo de prueba de un año exigido en el correspondiente tipo de contrato y estarán condicionadas al mantenimiento de esta relación laboral durante al menos 3 años desde la fecha de su inicio”. Se exige, pues, de nuevo una continuidad de la relación laboral indefinida, esto es del contrato por ese espacio temporal que parece razonable exigir a las empresas que se benefician de estas deducciones y que facilita, a su vez, el mismo empleo estable que se pretende con este contrato.

Por último, se sanciona con la pérdida de la deducción a las entidades que incumplan cualquiera de los requisitos anteriores, si bien “no se entenderá incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga, una vez transcurrido el periodo de prueba, por causas objetivas o despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador”. Se trata de previsiones de la norma fiscal que se corresponden, como se verá, con las que contiene el art. 4.7 de la LMRL sobre mantenimiento del empleo a las que se hará referencia después. Es probablemente la dimisión la causa de extinción más problemática y de mayores riesgos en esa obligación de mantenimiento del empleo.

b) Bonificaciones de Seguridad Social: para todos los empresarios o empleadores

Además de los incentivos fiscales analizados anteriormente, el art. 4.5 de la LMRL contempla una serie de bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social en los siguientes términos: se proyectan sobre contrataciones realizadas bajo esta modalidad contractual analizada y respecto de “desempleados inscritos en la oficina de empleo que pertenezcan a una serie de colectivos”. Lo son así, por un lado, los jóvenes entre 16 y 30 años ambos inclusive con una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante 3 años y una cuantía de 1.000 € en el primer años, 1.100 € en el segundo y de 1.300 € en el tercero, cantidades que se incrementan en 100 € al año si el contrato se concierta con “mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado”. Por otro, los mayores de 45 años, cuya cuantía es de 1.300 € durante 3 años y de 1.500 € si es mujer. Esas bonificaciones son compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad sin que, en ningún caso, la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

Por otro lado el art. 4.7 de la LMRL exige, para la aplicación de los incentivos vinculados a este contrato, en los que no está claro si son sólo los fiscales, que parece claro o también las bonificaciones, que no son, en los términos de la Ley, incentivos, lo que se llama mantenimiento del empleo. De esta forma, la empresa debe seguir con el contrato del trabajador al menos 3 años desde la fecha del inicio de la relación laboral. También deberá mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con este contrato durante, al menos, un año de su celebración. El incumplimiento de estas obligaciones razonables de mantenimiento del empleo en la empresa implica el reintegro de los incentivos, si bien no se considera incumplida esa obligación cuando el contrato de trabajo se extinga por las mismas causas que se han mencionado en relación con las deducciones fiscales por creación de empleo contempladas en el ar. 43 de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades, a la que se añade, en este caso, “la expiración de tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato”, con lo que hay un desajuste entre este art. 4.7 y el 43 que no sé si es consciente o no el legislador.

Por último, el art. 4.9 de la LMRL mantiene las bonificaciones contempladas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo a la que ahora me remito.

Otra de las características en la configuración, ordenación y tratamiento jurídico de este contrato de trabajo es la posibilidad, ciertamente novedosa, de que el trabajador contratado bajo esta modalidad pueda compatibilizar la actividad con la prestación de desempleo, habiéndose incorporado en el trámite parlamentario algunas previsiones no contempladas en el DLMRL.

Llama la atención esta previsión normativa que constituye un elemento extraño a la figura contractual laboral tradicional española. La razón fundamental parece que se encuentra en hacer el contrato estimulante para uno y otro contratante, de forma que esa compatibilidad se reserva únicamente al trabajador que a la fecha de celebración de este contrato hubiera percibido prestaciones por desempleo de nivel contributivo durante, al menos, 3 meses. Es una compatibilidad voluntaria mes a mes con el salario del contrato y puede alcanzar hasta el 25% de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y que estuviera pendiente de percibir.

Esa compatibilidad surte efecto desde la fecha de inicio de la relación laboral y está condicionada a que se solicite en el plazo de 15 días a contar desde la misma, que, de no observarse, impide al trabajador poder acogerse a la misma. A su vez, se mantendrá exclusivamente durante la vigencia del contrato con el límite máximo de la prestación pendiente de percibir. Si el cese en el trabajo supone situación legal de desempleo “el beneficiario podrá optar por solicitar una nueva prestación o bien por reanudar la prestación pendiente de percibir, en cuyo caso se considerará como periodo consumido únicamente el 25% del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el contrato. Se exime de la obligación de cotizar a la entidad gestora y al beneficiario durante la prestación compatibilizada.

Por último, “cuando el trabajador no compatibilice la prestación en los términos mencionados, se mantendrá su derecho a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación”. Se aplicaría en este caso lo previsto en los arts. 212 y 213 de la Ley General de la Seguridad Social.

IV. LA TÍMIDA REFORMA DEL TIEMPO PARCIAL: UN EQUILIBRIO ENTRE FLEXIBILIDAD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Con mucho menos alcance y significación que los contratos analizados anteriormente, la reforma laboral ha modificado algún aspecto del contrato a tiempo parcial, ocupándose en art. 5 de la LMRL de operar, a tal efecto, una modificación del art. 12.4.c) de la LET en lo que se refiere únicamente al trabajo extraordinario.

En efecto, el Preámbulo de la LRML es consciente de que la utilización del contrato a tiempo parcial sigue siendo muy escasa en nuestro país (en 2011 menos del 14% de trabajadores tenían este contrato). Señala así que “el trabajo a tiempo parcial constituye una de las asignaturas pendientes de nuestro mercado de trabajo y aunque han sido diversas las reformas que han modificado la regulación de este contrato, lo cierto es que el nivel de contratación a tiempo parcial en este país no es equiparable al existente en otros países de la Unión Europea”. Para el legislador el trabajo a tiempo parcial no sólo es un mecanismo relevante en la organización flexible del trabajo y en la adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades personales y profesionales de los trabajadores, sino que es un mecanismo de redistribución del empleo.

Es en este contexto en el que la reforma legal se centra para admitir la realización de horas extraordinarias para dichos contratos, tratando, se dice, de “buscar un mayor equilibrio entre flexibilidad y protección social”. Parece situarse, pues, esta reforma en una línea flexibilizadora de la propia figura del trabajo a tiempo parcial para dar respuesta a las necesidades de adaptación de las empresas a la realidad productiva.

En la regulación del contrato a tiempo parcial la regla general ha sido hasta ahora la de prohibir a estos trabajadores la realización de horas extraordinarias, salvo las previstas en el art.

35.3 de la LET. La razón de esa prohibición se corresponde con la introducción en el art. 12.5 la LET de las horas complementarias, instrumento de flexibilidad a disposición del empresario para su adaptación a las necesidades productivas de la empresa. Sin alterar el régimen de esas horas complementarias, la LMRL, modifica el art. 13.2.c) de la LET para que el trabajador a tiempo parcial pueda realizar horas extraordinarias, cuyo número será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada. Esas horas extraordinarias computan a efectos de las bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones. Por último, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal a tiempo parcial definido en el art. 12.1 de la LET.

Esta posibilidad de realización de horas extraordinarias, que ha sido, sin duda, criticada, parece obedecer a esa finalidad mencionada en el Preámbulo de la LMRL, si bien sus efectos y consecuencias en la figura del tiempo parcial y en el tratamiento del ordenamiento español de esta figura son todavía desconocidos para ese objetivo. Es por ello necesario esperar al resultado de esa modificación o si, por el contrario, puede situar al trabajador en una situación de mayor dificultad para el ejercicio de otros derechos, particularmente los relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

Con el fin de desarrollar el régimen de cotización al que se refiere el nuevo art. 12.4.c), la Disposición final quinta de la LMRL, que modifica determinados preceptos de la Ley General de la Seguridad Social, incorpora un nuevo apartado 3 en la Disposición adicional séptima de esta Ley para regular el régimen de cotización de las horas extraordinarias realizadas por trabajadores contratados a tiempo parcial, simplificando el que se contenía en la Disposición final novena del DLMRL.

Las reglas fundamentales de ese régimen son las siguientes: las remuneraciones por esas horas, se toman en cuenta para la determinación de la base de cotización tanto de las contingencias comunes como profesionales, cuyos tipos serán los previstos en Ley de presupuestos. Esa cotización se computará exclusivamente a efectos de determinar la base reguladora de determinadas prestaciones, que son la jubilación, la incapacidad temporal, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes y la de maternidad y paternidad. Esta previsión implica que se tendrá en cuenta una base reguladora más elevada y, por tanto, mayores prestaciones para el beneficiario.

Por último, esa regulación es de aplicación a esos trabajadores incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, con la exclusión de algunos sistemas especiales. Será una norma reglamentaria la que determinará los términos y condiciones para la aplicación de estas reglas.

V. LA MODERNIZACIÓN DEL TRABAJO A DOMICILIO. EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL PAPEL RELEVANTE DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

Otra de las figuras contractuales, por último, que ha sido objeto de modificación en la reforma laboral es la referida al contrato de trabajo a domicilio regulado hasta ahora en el viejo y tradicional art. 13 de la LET, procediendo así a su modernización a través de el reconocimiento legal del trabajo a distancia.

En efecto, el propio Preámbulo llama la atención sobre el deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral, dando cabida, con ello, con las necesarias garantías al teletrabajo. Insiste en esta particular forma de organización de trabajo para señalar que “encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo incrementando las oportunidades de empleo y optimizando la relación de tiempo de trabajo y vida personal y familiar”.

A esta finalidad responde, pues, la modificación de la ordenación del tradicional trabajo a domicilio para dar acogida al trabajo a distancia. Se incorpora así una regulación equilibrada de derechos y obligaciones a esta forma de trabajar basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías.

A diferencia de otras materias, la nueva regulación del trabajo a distancia no ha planteado la problemática jurídica y la conflictividad que acompaña a otras modificaciones normativas contenidas en la reforma laboral. Se trata de una regulación menos controvertida jurídica y laboralmente, que viene facilitada por una regulación comunitaria del teletrabajo a través del Acuerdo Marco Europeo de 16 de junio de 2002, firmado por la Confederación Europea de Sindicatos, CES y las organizaciones empresariales europeas. Este acuerdo se recogió sustancialmente en el ordenamiento español por el acuerdo interprofesional de negociación colectiva de 2003 y se incluye ya en algunos convenios colectivos.

Una breve síntesis de la nueva regulación del art. 13 incluiría los siguientes aspectos:

Se considera trabajo a distancia aquel en que “la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo en la empresa”. Como se ha dicho (Moreno Vida), esta regulación pretende dar cabida a los supuestos tradicionales o más actuales de trabajo a domicilio junto con los supuestos de teletrabajo, aunque realmente sea el fomento y la regulación de este último lo que motiva la reforma.

Tomando como referencia así el trabajo a domicilio, destacan ahora dos aspectos relevantes, pues se requiere que la prestación laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador, y desaparece la referencia a la ausencia de vigilancia del empresario, dando entrada con ello al teletrabajo.

En cuanto a los requisitos formales del trabajo a distancia, se exige acuerdo al respecto por escrito, con el fin de garantizar así la existencia del contrato de trabajo, teniendo en cuenta la singularidad que adquiere en este caso la dependencia del trabajador. A su vez, son de aplicación las reglas del art. 8.3 de la LET sobre copia básica del contrato. Pasa a ser el contrato de trabajo el instrumento fundamental para la articulación, ordenación y tratamiento del trabajo a distancia, adquiriendo aquí, a diferencia de otras modalidades contractuales, la autonomía de la voluntad un papel trascendental en la conformación del trabajo a distancia.

Por último, el art. 13 establece como regla fundamental la igualdad de derecho entre los trabajadores a distancia y los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo los inherentes a la realización de la prestación laboral de manera presencial. A tal efecto, el trabajador a distancia tiene derecho a percibir como mínimo la retribución establecida conforme a su grupo profesional y funciones. El empresario debe asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional y deberá informar de la existencia de los puestos de trabajo vacantes. Tienen derecho a una adecuada protección en su seguridad y salud, si bien la prevención de los riesgos laborales en tales casos plantea problemas y dificultades evidentes al realizarse la actividad fuera del centro de trabajo. Pueden ejercer los derechos de representación colectiva como debiendo estas adscritos a un centro de trabajo de la empresa.

VI. OTROS ASPECTOS SOBRE LA REORDENACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL ART. 15.5 DE LA LET, LA REGULACIÓN APLICABLE A CONTRATOS ANTERIORES A LA REFORMA LABORAL Y LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE BONIFICACIONES POR DETERMINADA CONTRATACIÓN

Para completar el análisis de la reordenación de la contratación laboral operada por la reforma laboral de 2012, conviene referirse, aunque sea brevemente, a tres aspectos directamente relacionados con las figuras contractuales y los contratos de trabajo previstos en nuestra regulación.

El primero de ellos afecta a la suspensión temporal de la aplicación del art. 15.5 de la LET que, como se sabe, regula los efectos y consecuencias de la denominada contratación temporal encadenada o abusiva.

En efecto, el art. 17 de la LMRL procede a una nueva redacción del art. 5 del Decreto-ley de 10/2011, que ya suspendió efectivamente el citado precepto estatutario. Ahora se hace hasta el 31 de diciembre de 2012, que antes lo era a 2013. La razón que justifica ese anticipo parece se encuentra en la conveniencia de no prorrogar en exceso esa suspensión, y, por tanto, la posibilidad de que el trabajador objeto de esa contratación pueda adquirir la condición de fijo en la empresa. Hay que recordar que la suspensión de este precepto, en el año 2011, se produjo al detectar el legislador de urgencia que esas reglas se mostraban como un freno a la propia contratación laboral aunque fuera temporal por el empresario ante el riesgo de tener que hacer fijo al trabajador. Se hablaba así de que en la actual coyuntura, la regla, lejos de fomentar la contratación indefinida, puede estar produciendo efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y afectando negativamente al mantenimiento del empleo.

En el trámite parlamentario se han incorporado un nuevo apartado al art. 17 de la LMRL que parece aconsejable y que se corresponde con algunas interpretaciones judiciales, no siempre coincidentes, sobre el alcance y los efectos jurídicos de la citada suspensión del precepto estatutario. En particular, queda excluido del cómputo al que se refiere el art. 15.5 de la LET “el tiempo transcurrido entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de siembre de 2012, halla existido o no prestación de servicios del trabajador entre dichas fechas, computándose en todo caso a los efectos de lo indicado en dicho artículo los periodos de servicios trascurridos, respectivamente, con anterioridad o posterioridad a las mismas”.

Esta expresa mención aclara las eventuales dudas sobre las consecuencias de esa suspensión, de forma que cuando cobre vigencia el art. 15.5, la actividad laboral prestada por el trabajador al amparo de contratos temporales celebrados con anterioridad a estas dos últimas fechas se podrán computar para deducir de ese tiempo la concurrencia o no de las exigencias legales del precepto estatutario y, por tanto, los efectos jurídicos que, en su caso se deriven. No obstante, los efectos jurídicos de este precepto pueden quedar derivados a 2014 si no ha existido antes, en el tiempo que se puede computar, contratación sucesiva o encadenada.

El segundo contempla, en la Disposición transitoria sexta de la LRML, una regla de derecho transitorio para los contratos de fomento de la contratación indefinida, de forma que los celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del DLMLR (12 de febrero), continuarán rigiéndose por la normativa a cuyo amparo se concertaron. Se refiere así al contrato creado en 1997 y regulado en la Ley 12/2001, ahora derogado. Advierte, a su vez, la citada disposición que, en el caso de despido disciplinario, la indemnización por despido improcedente se calculará conforme a lo dispuesto en el apartado dos de la Disposición transitoria quinta de la LRML para antes de 12 de febrero de 2012.

Se exige ahora expresamente en el art. 8 de la LET forma escrita para los contratos de aprendizaje, de fijos discontinuos y a distancia.

La Disposición final decimocuarta de la LRML introduce algunas modificaciones en materia de bonificaciones por la contratación de víctimas de terrorismo, víctimas de violencia de género y violencia doméstica y trabajadores en situación de exclusión social, dando la redacción pertinente a las distintas normas legales afectadas, a la que me remito.

Por último, la Disposición adicional duodécima de la LRML incorpora medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo, comercio vinculado al mismo y hostelería. Por su parte, la Disposición transitoria segunda de la LRML mantiene la normativa anterior a 12 de febrero de 2012 sobre bonificaciones y reducciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social que se vinieran disfrutando por contratos a esa fecha.