

LA NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL Y DEL CONTRATO DE RELEVO

FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO

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

ANTONIO VALVERDE ASENCIO

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

EXTRACTO

El contrato de trabajo a tiempo parcial es, sin duda, una de las modalidades contractuales que más y más profundos cambios ha debido soportar durante estos últimos veinte años. En este contexto, la reforma operada sobre el art. 12 ET, primero por el RDL 5/2001 y, más tarde, por la Ley 12/2001 podría aparecer como una más, e incluso, como una de menor importancia dentro de esta evolución temporal. Y, sin embargo, no creemos que esta conclusión fuese acertada. La peculiar técnica asumida por el legislador, de intervención mínima y limitada, no debe hacernos olvidar que las modificaciones, aunque escasas, son de una enorme importancia, al haber afectado a tres de los elementos fundamentales de la institución: a su definición, a la fijación y distribución de la jornada ordinaria, y al trabajo suplementario mediante el pacto de horas complementarias. El presente trabajo intenta abordar todas y cada una de estas innovaciones, destacando el impacto que las mismas han supuesto sobre el anterior modelo de contrato a tiempo parcial. Y todo ello sin olvidar la nueva regulación de una vieja institución como es el contrato de relevo, que va perdiendo poco a poco su centralidad en beneficio del otro polo de esta compleja relación: la jubilación parcial que asume ahora una progresiva autonomía fruto de la nueva perspectiva flexible con la que se aborda la edad y el acceso a la jubilación.

ÍNDICE

1. La prolongada evolución del contrato a tiempo parcial: entre el fomento y la protección del trabajador a tiempo parcial
2. La reforma del RDS 5/2001 y la Ley 12/2001: ¿La voladura controlada del anterior sistema. 2.1. Premisas: sobre el papel otorgado al CTTP y la técnica seguida por la reforma. 2.2. La nueva delimitación del CTTP. 2.2.1. La definición del CTTP en el RDL 15/1998. 2.2.2. La definición del CTTP tras la Ley 12/2001. 2.2.2.1. El periodo de referencia a efectos de comparación. 2.2.2.2. El término de referencia prioritario: el concepto de trabajador comparable. 2.2.2.3. El término de comparación supletorio: la jornada a tiempo completo prevista en convenio colectivo o, en su defecto, la jornada máxima legal. 2.2.2.4. La eliminación de topes porcentuales: de nuevo sobre los contratos a tiempo completo con jornada reducida y la posibilidad de fijación de topes máximos por convenio colectivo. 2.2.5. La exclusión de los fijos discontinuos y la inclusión de los fijos periódicos. 2.3. La nueva regulación de la forma del contrato y de los aspectos cualitativos del tiempo de trabajo: distribución y fijación de horarios. 2.4. La nueva regulación flexible del pacto de horas complementarias. 4.2.1. Los problemas en la regulación original del PHC. 2.4.2. La nueva regulación del PHC. 2.4.2.1. Las horas complementarias y la flexibilidad en la distribución y horarios de los trabajadores a tiempo parcial. 2.4.2.2. La nueva regulación del quantum, distribución y extinción del PHC. 2.4.2.3. Las nuevas posibilidades del PHC. 2.5. Normas de Derecho Administrativo Sancionador. 2.6. Derecho Transitorio
3. La nueva regulación de la jubilación anticipada y del contrato de relevo
4. Conclusiones

1. LA PROLOGADA EVOLUCIÓN DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL: ENTRE EL FOMENTO Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR A TIEMPO PARCIAL

Lo primero que sorprende al abordar la, por ahora, última reforma del contrato de trabajo a tiempo parcial (CTTP en adelante) es la cuanto menos azarosa existencia que ha soportado esta figura desde su ya lejana recepción legal en el art. 12 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo. Desde aquella primera norma, lo cierto es que todas y cada una de las principales reformas que ha sufrido este texto legal han venido a alterar, de forma más o menos radical, el régimen jurídico e incluso la propia delimitación conceptual de esta modalidad contractual, hasta convertirla –paradójica pero también significativamente–,

en el tipo negocial que más y más profundas alteraciones ha sufrido durante estos últimos veinte años¹.

Probablemente, la razón última de esta toda extrema coyunturalidad se encuentre en la búsqueda constante por nuestro legislador de una regulación que no sólo fomenta esta modalidad hasta alcanzar unas cuotas de utilización similares a las que disfruta en otros países de la Unión Europea, sino que además —y al menos en un momento posterior— dotase de las suficientes garantías a un colectivo cada vez más amplio de empleados y que tan sólo limitadamente accede de forma voluntaria a esta forma de contratación². Y todo ello, claro está, desde una perspectiva inmodificada en la que esta modalidad se ha asumido desde su origen como un tipo negocial de trabajo “a medida” preferentemente ligado a la política de creación, reparto y conservación de empleo³.

Desde esta perspectiva, no parece necesario reiterar aquí toda esta compleja y difícil evolución⁴. Baste pues con recordar cómo en ella quizás quepa consignar dos fases sucesivas y claramente identificadas. En la primera e inicial prevaleció sin duda la finalidad de fomentar esta modalidad como medida de fomento y conservación del empleo. Y ello ya fuese como medida selectiva realmente aplicable sólo a un reducido colectivo de desempleados

¹ Por todos, M.E. CASAS BAAMONDE, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo”, en *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, n. 100, pág. 415 y sig.; M. RODRIGUEZ-PINERO, F. VALDES, M.E. CASAS, “La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, en *Relaciones Laborales*, 2001, n. 7, pág. 15; R. PRADAS MOTILLA, “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, en *Documentación Laboral*, 2001, n. 64, pág. 5; J.M. GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación laboral: tiempo parcial y contratos de duración determinada”, en AAVV, *la reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 16.

² Como señala M.E. SENISE BARRIO, *El trabajo a tiempo parcial como instrumento de creación de empleo*, Tecnos, CARL, 2001, pág. 150 “dentro de la Unión Europea destaca España con el mayor índice de trabajo a tiempo parcial involuntario, tanto entre los hombres como entre las mujeres...”. De acuerdo con los datos proporcionados por la EPA y el Anuario de Estadísticas Laborales de 1999, el 23,8 por 100 de los trabajadores a tiempo parcial estipularon este tipo de contrato al “no encontrar otro a tiempo completo”. Sólo el 6,1 no deseó otro a tiempo completo, mientras que la mayoría —38,8 por 100— optó por el tipo de actividad desarrollada.

³ Sobre la función social y económica del trabajo a tiempo parcial, véase, por todos, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial*, Aranzadi, 1998, pág. 31 y sig. Sobre las ventajas e inconvenientes desde una perspectiva de gestión de personal M.E. SENISE BARRIO, *El trabajo a tiempo parcial como instrumento de creación de empleo*, Tecnos, CARL, 2001, pág. 151 y sig.

⁴ Para un excelente resumen de la misma, M.E. CASAS BAAMONDE, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial:...”, cit., pág. 418 y sig.; F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial”, en AAVV, *La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo*, (Coord. A.V. SEMPERE NAVARRO), Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 45 y sig.

-DT 3 ET de 1980-⁵, o más tarde, de forma general, sin limitaciones subjetivas⁶. La culminación de esta primera fase se produjo con la reforma de 1993-1995. En ésta no sólo se estableció una regulación bastante más flexible en la delimitación conceptual de esta modalidad, sino que además se estableció un sistema que mermaba gravemente la protección social de estos empleados y, en especial, la de aquellos que realizaban una jornada semanal o mensual marginal y en las que el fomento se centraba no ya sólo en la aplicación de la regla proporcional sino también, o sobre todo, en una reducción drástica de la cotización y, por tanto, de la protección social, de este peculiar grupo de empleados⁷.

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar aquí es que si bien estas medidas permitieron un notable incremento en el número de estos contratos, no lograron en cambio que la proporción de asalariados a tiempo parcial se acercara, ni tan siquiera lejanamente, a la media europea. Y es que si bien es cierto que de los escasos 27.749 contratos a tiempo parcial firmados en 1982 se pasó rápidamente a los más de 121.000 de 1985, a los 635.000 firmados en 1993, o a los más de 1.983.000 en 1997⁸, no lo es menos que todo ello no impidió que la tasa de asalariados a tiempo parcial -el elemento realmente clave dada la posibilidad de contratos temporales de muy corta duración y con alta rotación- siguiera estancando por debajo del 10 por ciento, en concreto un 8,2 por ciento en 1997, sólo por encima de Grecia -un 4,6 por ciento- e Italia -un 7,1 por ciento-, y ciertamente bastante alejado del 38 por ciento de Holanda, el 24,9 por ciento de Gran Bretaña o el 22,3 de Dinamarca. Y ello a pesar de que desde 1991, dicha tasa no ha dejado de ascender pasando del 4,2 al 8,2 por ciento ya señalados⁹.

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que esta progresiva expansión de esta modalidad estuvo ligada a un claro proceso de precarización de sus condiciones de trabajo y a una escasa protección social¹⁰. A una situación marcada, de un lado, por una elevada tasa de temporalidad especialmente alta

⁵ Vid. J. GARCÍA MURCIA "El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español, en AAVV, *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba 1983, pág. 149.

⁶ Por todos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, "Las modalidades de contratación laboral en el Estatuto de los Trabajadores reformado", en *Relaciones Laborales*, 1985, n.1, pág. 58.

⁷ Por todos, M.R. ALARCON CARACUEL, "Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo", en AAVV *la reforma de la legislación laboral, Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995, pág. 167 y sig.

⁸ Significativamente estas cifras sufrieron su mayor salto cualitativo tras la reforma de 1993-1994 pasando a 935.428 contratos a tiempo parcial en dicho año y 1.128.654 en 1995.

⁹ Tomamos estos datos de M.E. SENISE BARRIO, *El trabajo a tiempo parcial...*, cit., pág. 109 y sig. a quien se remite para un más amplio estudio de su composición y estructura.

¹⁰ Vid. J. LOPEZ GANDÍA, "Trabajo a tiempo parcial y protección social" en *relaciones laborales*, 1998, n. 15-16, pág. 130-131.

en este colectivo¹¹, del otro, por el uso y abuso que de las horas ordinarias o de las meras "ampliaciones" de jornada se practicaron en este tipo de contratos, y, por último, por las dificultades y, en ocasiones, exclusiones en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social.

A resolver buena parte de estos problemas se dirigieron las medidas adoptadas en lo que podríamos considerar la segunda fase de evolución o readaptación en la regulación de esta modalidad; una evolución ésta en la que intentando no disminuir su fomento —centrado ahora en la adaptación cuantitativa del tiempo de trabajo a las necesidades empresariales y en su progresiva apertura a las medidas de fomento del empleo—, se procuró no obstante mejorar su régimen contractual y, sobre todo, de protección social.

Esta fase se inicia, básicamente, con el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, y se articula con la Ley 63/1997 de 26 de diciembre, el RD 489/1998 de 27 de marzo y, sobre todo con el Acuerdo macro suscrito el 6 de junio de 1997 por los interlocutores sociales a nivel europeo, traspuesto por la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial. Y es que esta directiva, apoyada sobre los pilares de voluntariedad y no discriminación del trabajador a tiempo parcial¹², provocó en su transposición la aprobación de una norma fundamental que incorporó la regulación vigente inmediatamente anterior a la reforma: el RDL 15/1998 de 27 de noviembre de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad.

No es posible detenernos aquí en el análisis de aquella compleja, densa y quizás excesivamente prolija normativa¹³, que ciertamente parecía dejar poco espacio —al menos en sus aspectos laborales— a la tradicional colaboración internormativa del reglamento. Por ahora tan sólo nos interesa destacar como,

¹¹ Nuevamente M.E. SENISE BARRIO, *El trabajo a tiempo parcial...*, cit., pág., 206 y sig., con amplio análisis de la evolución de esta tasa de temporalidad.

¹² Vid. M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Trabajo a tiempo parcial y Derecho comunitario", en *Relaciones Laborales*, 1998, n. 15-16, pág. 43 y sig.

¹³ Sobre la misma, por todos, C.L. ALFONSO MELLADO, *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: aspectos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; J. CABEZA PEREIRO, F. LOUSADA AROCHENA, *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999; M. IGLESIAS CABERO, J.M. MARIN CORREA, *Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial*, Colex, 1999; S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENSIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, 1999, n. 18; AAVV., *Trabajo a tiempo parcial*, Francis Lefebvre, Madrid, 2000; H. MERINO SEMOVILLA, "El trabajo a tiempo parcial: la nueva delimitación y las líneas fundamentales de su contenido", en *Derecho Social*, n. 5, pág. 222; M. ESCOTET VÁZQUEZ, "El contrato de trabajo a tiempo parcial a partir del RDL 15/1998" en *Actualidad Laboral*, 1999, n. 39; A.V. SEMPERE NAVARRO, F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial: modalidades y contenido", en *Aranzadi Social*, 1998, T/V, p. 237 y sig.

junto a reglas claramente extraídas o de desarrollo de la mencionada Directiva —como eran, por ejemplo, la prohibición de discriminación matizada por el principio de proporcionalidad, la regla de la voluntariedad, el establecimiento de derechos de información y prioridades en la transformación de uno a otro tipo de contrato—, y de normas de protección social que escapan de nuestra atención¹⁴—y que han sido sustancialmente respetadas por la reforma—, el RDL 15/1998 estableció igualmente otras reglas que, de un lado, suponían una clara incitación a la contratación parcial indefinida, y que, del otro, coordinadamente, recogían una regulación más rígida, tanto en la reincorporación de porcentajes máximos en la delimitación de esta figura como, sobre todo, en la regulación de los aspectos cualitativos y de distribución del tiempo de trabajo de estos empleados.

Comenzando por esto último, de todos es sabido como, junto a la prohibición de más de una interrupción en los supuestos de jornada inferior a la partida —disponible eso sí, por Convenio colectivo sectorial o, en su defecto de ámbito inferior—, la principal limitación contemplada en la nueva normativa se centró en la obligación de fijar en el documento escrito “*el número de horas... contratadas, la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios*”. Esta total predeterminación horaria en todos y cada uno de los elementos que sirven para determinar y fijar la jornada y el horario de trabajo —el *quantum* en el concreto periodo de referencia, su distribución en los inferiores y la fijación de los momentos de entrada y salida diaria al trabajo diarios— suponía en la práctica eliminar cualquier tipo de flexibilidad sobrevenida en los aspectos cualitativos del tiempo de trabajo que no se articulase por la vía del art. 41 ET. Y si bien esto lo hacía especialmente atractivo para determinados colectivos como las personas con responsabilidades familiares o formativas —los colectivos que tradicionalmente han buscado voluntariamente este tipo de empleo—, lo desincentivaba para un empresariado que veía cómo las posibilidades de redistribución o de modificación horaria quedaban ciertamente limitadas¹⁵. La rigidez de la norma no sólo hacía impracticable cualquier tipo

¹⁴ Nuevamente por todos, S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Novedades de la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RDL 15/1998 y en el RD 144/1999”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, 1999, n. 18.; A. DESDENTADO BONETE, “Contrato a tiempo parcial y Seguridad Social en el RDL 15/1998”, en *Mes a mes social*, 1999, n. 39; J.A. PANIZO ROBLES, “El trabajo a tiempo parcial y la protección social”, en AAVV., *Trabajo a tiempo...*, cit., pág. 125 y sig.; J.M. MARÍN CORREA, “El contrato a tiempo parcial a efectos de protección social”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo*, 1999, n. 18.

¹⁵ Destacando estas limitaciones H. MERINO SEMOVILLA, “El trabajo a tiempo parcial...”, cit., pág. 226

de trabajo a llamada¹⁶ u otras fórmulas de distribución sobrevenida en el quantum y en la distribución del tiempo de trabajo que, recogidas en algunos productos de la negociación colectiva, fueron finalmente anuladas —al menos en algún caso— por nuestros propios Tribunales¹⁷. Es más, seguramente la anterior regulación legal difícilmente casaba con contratos con pacto de reserva de modificación o con fórmulas de distribución irregular y sobrevenida de bolsas más o menos reducidas de horas ordinarias que estaban previstas para los trabajadores a tiempo completo en buena parte de nuestra negociación colectiva¹⁸. Por ello, sólo la vía del art. 41 ET —eso sí, como mera modificación individual al provenir siempre de contrato— parecía practicable cuando la alteración excediera del ámbito del ejercicio regular del poder de dirección, con lo que ello significaba de retraso en la efectividad de la decisión causalizada y de riesgo para el empleador de extinción indemnizada por parte del trabajador.

Finalmente, esta “relativa rigidez”, al menos para nuestro empresariado, terminaba por cerrarse no sólo por la recuperación de un porcentaje máximo de parcialidad —en una delimitación del tipo contractual, por cierto, quizás no muy acertada técnicamente¹⁹—, sino también porque la única válvula que restaba para dar una cierta flexibilidad al resultado, las horas extraordinarias, previamente contratadas o de libre aceptación, se prohibían casi completamente —salvo las atípicas destinadas a combatir o evitar siniestros, que en realidad nunca fueron realmente extraordinarias²⁰—, a fin de evitar tanto abusivos incrementos de la jornada de estos empleados, como fáciles formas de eludir el control de la Inspección de Trabajo sobre la verdadera duración de la jornada²¹.

Sea como fuera, lo cierto es que todo este conjunto de medidas dio como

¹⁶ Aunque aplicando una normativa anterior, de extremo interés resulta la interesante STSJ de Murcia de 16 de abril de 1998 (AS 2257). En la doctrina, por todos, M.E. CASAS BAAMONDE, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial:...”, cit., pág. 426.

¹⁷ Sin duda el caso más extremo era el del art. 31 del CC de Elaboradores de Pizzas y Productos Cocinados para su Venta a Domicilio (BOE de 15 de septiembre de 1997), de tenor similar al art. 30 del anterior Convenio (BOE de 12 de agosto de 1995) y al art. 28 del Convenio de 22 de abril de 1994 (BOE de 6 de mayo). Otro supuesto en el art. 5.g del Convenio Intersectorial de Hostelería de Valencia y Provincia de 13 de marzo de 1998 (BOP de 30 de abril). El primero de ellos fue declarado nulo por la SAN de 6 de abril de 1999 (BOE de 26 de mayo). Más información sobre estas cláusulas con más amplia cita bibliográfica en M. C. RODRÍGUEZ PINERO ROYO, F.J. CALVO GALLEGU, *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 29.

¹⁸ Sobre estas prácticas, por todos, G. RODRÍGUEZ PASTOR *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁹ Por todos, S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato...”, cit., pág.

²⁰ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Voluntariedad y obligatoriedad en la prestación de las horas extraordinarias”, en AAVV, *Estudios sobre la jornada de trabajo* (Coord. L.E. DE LA VILLA), ACARL, Madrid, 1991.

²¹ Sobre estas mismas consecuencias R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 119.

resultado una modalidad contractual bastante más rígida que sus predecesoras y que motivó, ya desde un principio, el rechazo por parte empresarial; un rechazo éste que no se vio ni mucho menos paliado por el instrumento que, en teoría debiera haber servido tanto para flexibilizar cuantitativa y cualitativamente el conjunto de la institución como para fomentar la contratación a tiempo parcial indefinida: el pacto de horas complementarias (PHC en adelante).

Como se ha señalado en algún trabajo previo a la reforma²², este pacto de horas complementarias se configuró desde un principio como un pacto específico y accesorio respecto del contrato indefinido a tiempo parcial, de clara inspiración en la normativa francesa, y que permitía al empresario disponer libremente de un cierto número de horas en la franja de la jornada ordinaria, debiendo retribuirse y cotizarse como tales. El pacto de horas complementarias no obligaba así al empresario a exigir estas horas ni, por tanto, a retribuir las cuando éstas no se reclamaban. La única obligación automática surgía a cargo del trabajador que, salvo incumplimiento del empresario, no podía negarse a ejecutarlas cuando fueran solicitadas dentro del más estricto respeto a la legalidad. A cambio, el empleado podía, de un lado, consolidar en sucesivos periodos bianuales un porcentaje de estas horas realmente realizadas, y, del otro, extinguir dicho pacto específico y accesorio al año de su firma mediante la mera denuncia unilateral y recepticia, sin causa ni efecto sobre la relación principal²³. Y todo ello sin olvidar el fortalecimiento de la autonomía individual de las partes que esta institución suponía —o, mejor, el fortalecimiento de la posición del trabajador en la autonomía individual frente a las horas extraordinarias (manifestación del denominado principio de voluntariedad)—, al conectar la contratación con la actuación sobre la distribución del tiempo de trabajo.

Así analizado, quizá podría pensarse que el esquema diseñado por el RDL 15/1998 resultaba extremadamente interesante, al menos desde una perspectiva teórica. En primer lugar, desde una orientación empresarial porque abría las medidas de fomento anuales a esta concreta modalidad contractual, y desde una perspectiva laboral, porque eliminaba las posibilidades de fraude en el número de horas realmente realizadas y que se presumía bastante elevado; en segundo lugar, porque se incitaba la incorporación al mercado de trabajo de sectores inactivos que, en condiciones de trabajar, estaban no obstante sometidos

²² M. C. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, F.J. CALVO GALLEGO, *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

²³ Sobre este pacto, ampliamente, F. VALDES DAL-RE, "Una nueva modalidad de jornada de trabajo: las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial (I y II)", en *Relaciones Laborales*, 1999, n. 20 y 21; G. RODRÍGUEZ PASTOR, "La distribución de la jornada en el trabajo a tiempo parcial. Horas complementarias", en *Actualidad Laboral*, 1999, n. 37.

dos a otras cargas u obligaciones que le impedían una dedicación a tiempo completo; y, por último, porque parecía incitarse fuertemente la contratación indefinida al ser la única desde la que podía formalizarse al pacto de horas complementarias y que resultaba bonificada por las normas de fomento.

Y, sin embargo, no parece que los resultados fueran los apetecidos o esperados²⁴. Quizás porque aún se carecía del necesario periodo de rodaje de esta nueva modalidad, o quizás porque se han infravalorado –consciente o inconscientemente– unos datos que, en cualquier caso, eran optimistas aunque limitados²⁵; quizás, finalmente, por la enorme oposición que, posiblemente de manera injustificada, mereció la nueva regulación por parte empresarial.

Sea como fuere, lo único cierto es que el grado de contestación empresarial hizo de este RDL, en gran parte, una salida –si se nos permite la expresión– “en falso”; una medida de marcado carácter transitorio y temporal, en una situación que se sabía no definitiva, y que obligó a mantener este contrato y su regulación en las negociaciones posteriores entre las organizaciones sindicales y empresariales. Y de hecho, la propia DA 1 RDL 15/1998 reconocía esta situación de mera provisionalidad “permitiendo” (sic) al Gobierno promover cambios legislativos²⁶ “en el umbral de la jornada que define el trabajo a tiempo parcial, el límite máximo de horas complementarias que pueden ser objeto de

²⁴ Esta valoración, por ejemplo, en R. PRADAS MOTILLA, “El contrato de trabajo...”, cit., pág. 5. De hecho, la Exposición de Motivos del RDL 5/2001 señalaba claramente como si bien “*el tiempo transcurrido desde estas reformas (las operadas por la Ley 63/1997 y el RDL 15/1998) ha puesto de relieve unos efectos globalmente positivos derivados de las mismas, traducidos en el incremento del número de contratos indefinidos y a tiempo parcial*” también “*ha puesto de relieve problemas prácticos o disfunciones en determinadas materias, como el trabajo a tiempo parcial, de los que se ha derivado probablemente el que no se haya alcanzado plenamente todas las posibilidades de desarrollo de la contratación que podrían haberse esperado*”.

²⁵ En este sentido baste señalar que, según las cifras proporcionadas por los sucesivos Anuarios de Estadísticas –en el caso del año 2000 su último avance disponible en internet–, el número de asalariados a tiempo parcial sobre el total de asalariados (EPA-25) pasó de 7,9 por 100 en el año 1997, al 7,95 por 100 en el año 1998, al 8,21 en el año 1999 y al 8,14 por 100 en el año 2000. Y tampoco los datos del Movimiento Laboral Registrado resultaban extremadamente desalentadores. Desde 1996 el número de CTP indefinidos no ha parado de crecer (MLR 25 y 27 respectivamente en los Anuarios de 1998 y 2000). Y así si en 1996 se registraron 109.991 contratos a tiempo parcial indefinidos, en 1997 este número subió a 123.178, mientras que en 1998 ascendió a 147.410. Pues bien, en 1999 fueron 197.607 CTP indefinidos y 237.741 en el año 2000. En cambio, el número de CTP temporales no registró esta misma tasa de crecimiento. Si en 1997 éstos eran 1.859.851 y en 1998 el número ascendía a 2.219.683, en 1999 este número llegó incluso a bajar situándose en 2.215.216, cifra ésta que sí sufrió un cierto incremento en el año 2000, en donde se contabilizaron –siempre según el avance del AEL– 2.274.363 CTP temporales.

²⁶ La obviedad de este precepto sólo se comprende si se recuerda su propia génesis. En un principio ésta DA pretendía delegar en el Gobierno la posibilidad de modificar el “umbral de la jornada que define el trabajo a tiempo parcial”, pero esta deslegalización fue informada negativamente por el Consejo de Estado, dando lugar a la peculiar forma hasta hace escasas fechas vigente.

pacto específico, la distribución y forma de realización de las horas complementarias, así como los límites y condiciones para la consolidación en la jornada ordinaria inicialmente pactada de una parte de las horas complementarias"; en definitiva un amplísimo listado de los múltiples puntos de desencuentro –casi todos los elementos esenciales del CTTP– que reflejaba el grado de provisionalidad de una solución que se preveía transitoria y que, por otra parte, resultaba premonitoria de la próxima orientación del legislador

En realidad, hoy parece evidente que fue la falta de acuerdo sobre el propio modelo de contrato a tiempo parcial uno de los principales detonantes que escasamente dos años después de la reforma del 1998 provocó el fracaso del proceso de concertación social. Y ello tanto por la incompatibilidad de los distintos modelos de CTTP propugnados por las partes –sobre todo en lo relativo a la delimitación de esta modalidad y al régimen de distribución flexible o no del tiempo de trabajo–²⁷ como por el rechazo radical que a la propuesta gubernamental realizaron las dos organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional.

2. LA REFORMA DEL RDL 5/2001 Y LA LEY 12/2001: ¿LA VOLADURA CONTROLADA DEL ANTERIOR SISTEMA?

2.1. Premisas: sobre el papel otorgado al CTTP y la técnica seguida por la reforma

En este contexto histórico, y desde una perspectiva global, dos son, seguramente, los aspectos que más llaman la atención en una primera aproximación al texto de la enésima reforma del CTTP²⁸.

²⁷ Como recuerda F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato de trabajo...", cit., pág. 51. Los sindicatos UGT y CCOO propugnaron en esta negociación la conservación básica de la regulación entonces vigente, si bien con la aprobación de una regulación específica para el contrato fijo discontinuo. Para estos sindicatos aspectos como la clara distinción porcentual entre contrato a tiempo parcial y contrato a tiempo completo, la necesidad de garantizar la seguridad del trabajador ante el volumen de jornada y su distribución o el mantenimiento del actual sistema de protección social resaltaban temas innegociables. Por el contrario, para la CEOE-CEPYME resultaba necesario volver al concepto de CTTP instaurado por la reforma de 1994 sin otro porcentaje máximo que la jornada del trabajador de comparación, aumentar hasta un veinte por ciento el número de horas suplementarias, eliminar la obligación de cumplimentar el contrato en modelo oficial como requisito esencial para su validez y, sobre todo, proceder a una regulación más flexible del tiempo de trabajo, fijando un volumen anual, y concretando su horario y distribución con preavisos de 15 días en periodos determinados, salvo que se fijasen plazos diferentes en la negociación colectiva.

²⁸ Sobre la misma, y junto al resto de artículos que se mencionan a continuación, véase M.A. PURCALLA BONILLA, M.P. RIVAS VALLEJO "Los contratos formativos y a tiempo parcial al amparo del nuevo régimen jurídico introducido por el Real Decreto- Ley", en *Tribuna Social*, abril 2001

El primero, e indudable, el papel fundamental que dentro de la misma parece otorgársele el CTTP²⁹. Y ello porque junto al contrato de fomento de la contratación indefinida –o, más bien, conjuntamente con él– el CTTP aparece como la gran apuesta institucional no sólo para crear empleo, sino también para disminuir la tasa de temporalidad y crear empleo del que ahora se ha dado en llamar de “calidad”. La reforma parece pretender así un cierto relanzamiento de este tipo de contrato³⁰ no sólo como fórmula para crear empleo y conservarlo en situaciones de crisis, sino también como vía para poder articular de forma indefinida necesidades hasta ahora normalmente cubiertas mediante el uso, incluso legal, de la contratación temporal. Pero sobre ello volveremos más detenidamente al finalizar este breve comentario.

Por ahora, y en segundo lugar, tan sólo nos interesa destacar cómo la reforma, al menos en apariencia, ha pretendido adoptar un papel de simple retoque, de mera remodelación del modelo pactado con los sindicatos e instaurado por el RDL 15/1998. Sea por cuestiones meramente políticas –el rechazo a admitir un fracaso propio–, por la necesidad de respetar la Directiva 97/81/CE en la que se inspiraban o basaban bastantes de estas normas, o, simplemente, por el deseo de ocultar el verdadero calado de la reforma, lo cierto es que el RDL 5/2001 y más tarde la misma Ley 12/2001 han adoptado una técnica sumamente peculiar en nuestro sistema. Y ello porque frente a la práctica tradicional y habitual en nuestro ordenamiento de proceder a una completa modificación y/o derogación del anterior texto del art. 12 ET –técnica seguida, por ejemplo, en las reformas de los años 1984, 1994, 1997 y 1998–, ambos textos normativos han optado, de forma mucho más limitada y reducida por alterar –por lo que aquí interesa– los apartados 1, 3 y 5 del art. 12 ET y a eliminar una mera frase del apartado 4 en su letra a). Todo lo demás ha permanecido igual y escapa por tanto a este breve y rápido comentario.

La finalidad perseguida con esta peculiar técnica normativa parece obvia: con ella se ha intentado aparentar una cierta limitación en el alcance de la reforma reduciéndola a aspectos puntuales que ya habrían sido recogidos en la DA I RDL 15/1998. Y todo ello sin que se hubiese modificado la estructura de aquél modelo firmado con las organizaciones sindicales más representativas. Cuestión distinta es que ello sea cierto. Pero para resolver esta cuestión parece necesario abordar en profundidad cada uno de estos cambios y analizar las consecuencias de esta “cirugía de precisión” o, según otros, de derribo controlado, sobre el anterior modelo de trabajo a tiempo parcial.

²⁹ De “buque insignia” habla, por ejemplo, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”, en *Relaciones Laborales*, 2001, n. 10, pág. 117.

³⁰ Nuevamente, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 118.

2.2. La nueva delimitación del CTTTP

En este sentido, el primero de los aspectos alterados —dejando a un lado, claro está, su propia intitulación, de la que por razones obvias ha desaparecido toda mención a al contrato fijodiscontinuo— ha sido la propia definición, la misma delimitación de esta modalidad. Y ello, lejos de ser una mera corrección técnica —como no obstante parece sostener la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001—supone, al menos a nuestro juicio, un cambio notable y sustancial en la definición misma del CTTTP.

2.2.1. La definición del CTTTP en el RDL 15/1998

Como de todos es sabido, el concepto de CTTTP establecido en la anterior regulación descansaba en tres aspectos básicos. En primer lugar en una expresa delimitación de la jornada de referencia concretada en el Convenio Colectivo de aplicación o, en su caso, en la jornada máxima legal; en segundo lugar, en la exigencia de que la jornada pactada contemplase una reducción significativa y porcentual de aquella jornada de referencia; y, en tercer lugar, en el hecho de que dicho porcentaje podía calcularse sobre los módulos más amplios posibles: diario, semanal, mensual o anual. Con estos tres elementos, el RDL 15/1998 trató de volver a un concepto hasta cierto punto “tradicional” y algo más limitado de CTTTP, solucionando al mismo tiempo, explícita o materialmente, viejos problemas como los suscitados por los denominados “contratos a tiempo completo con jornada reducida” —difícilmente concebibles cuando la teórica condición más beneficiosa superaba el 23 por 100 de la jornada de referencia—, o, sobre todo, la vieja polémica sobre el instrumento colectivo o, en su defecto, normativo, en el que se concretaba la añosa y oscura referencia a la “jornada habitual en la actividad”³¹. Pero lo cierto es que no todas las cuestiones quedaron resueltas.

En primer lugar porque la remisión al “Convenio Colectivo” solventó ciertamente esta discusión entre la jornada realmente realizada o la fijada en convenio, pero al mismo tiempo abrió otra sobre el instrumento colectivo en el que se concretaba. Y es que la grafía utilizada y el hecho de que en otras ocasiones el Estatuto distinguiera entre los diversos productos de la negociación colectiva, llevó a un autorizado sector de la doctrina a considerar que éstos convenios eran sólo los estatutarios³²; mientras que otros autores apoyaron una interpretación bastante amplia que era, de hecho, la que parecía más ade-

³¹ Para una recapitulación sobre esta discusión P. VARAS GARCIA, “Contrato a tiempo parcial”, en AAVV., *Trabajo a tiempo parcial*, Francis Lefebvre, Madrid, 2001, pág. 18.

³² Sobre el tema, vid. S. DEL REY GUANTER, A. VALVERDE ASENCIO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 18; págs. 29 a 31.

cuada al art. 34 ET y a su amplitud en la aceptación de otros instrumentos colectivos en la fijación de la jornada ordinaria³³. Y todo ello sin olvidar ciertos problemas de relación con las previsiones tanto del art. 1 del Convenio 175 de la OIT como de la propia Directiva 97/81 que, como es bien sabido –y sobre ello volveremos más tarde– utilizaban y utilizan un distinto criterio de referencia³⁴.

En cualquier caso, otro de los problemas más graves con la anterior regulación se suscitó en torno a los trabajadores fijos discontinuos. Si su inclusión en un modelo de CTTP sin porcentajes como el de 1994 era ya de por sí discutible, bastante más lo era su forzada recepción en una modalidad cuya jornada ordinaria no podía superar el 77 por 100 de la de referencia. En este sentido, la consideración del contrato fijo discontinuo como contrato de temporada, y el sometimiento a la definición del CTTP común implicaba, en principio, una reducción innecesaria en la consideración de esta modalidad contractual, dado que se limitaría cualquier posibilidad de llevar a cabo un período de actividad superior al umbral previsto para el CTTP; máxime en los supuestos en que se contrataran diferentes actividades o diferentes períodos de actividad. De ahí, seguramente, la necesidad de proceder a una cierta flexibilización articulada a través de la Ley 55/1999 que permitió su ampliación de forma excepcional, por convenios colectivos de ámbito sectorial y cuando así lo justificase la actividad estacional del sector³⁵.

Particularmente llamativa era la cuestión en los supuestos en los que la prestación de servicios de los trabajadores fijos discontinuos fuera la única actividad de la empresa. En estos casos, se planteaban dudas importantes. Por ejemplo, ¿cómo se medía el tope de dedicación?, ¿qué ocurría si existía un convenio de aplicación a nivel de empresa que no contemplara otra determinación del tiempo de trabajo?, ¿estaríamos ante estos casos ante contratos a tiempo completo o ante contratos fijos de servicios continuos?. Y todo ello sin olvidar otras dudas en el mismo sentido. En definitiva, la consideración del contrato fijo discontinuo como CTTP era complicada. Ni siquiera la reforma de la Ley 55/1999, que intentaba cohesionar ambos aspectos (además de con las exigencias de concreción formal que imponía la normativa derivada del RDL 15/1998 respecto a la distribución del tiempo de trabajo), lograba adecuar la solución –forzada desde 1993– de comprender al trabajo fijo discontinuo como una forma de CTTP. Y ello se hacía aún más difícil con los

³³ Vid. C. ALFONSO MELLADO; “La nueva regulación...”; cit. pág. 24, para quien “la mención legal a los convenios colectivos” debería interpretarse “en un sentido amplio, comprensivo de estos otros pactos” –colectivos– que tuviesen una aplicación general en la empresa.

³⁴ Cfr. J. YANINI BAEZA; “Trabajo a tiempo parcial: notas sobre su régimen regulador”. *Tribuna Social* n° 85; pág. 12.

³⁵ Vid. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El contrato de los trabajadores fijos discontinuos: la reforma continúa”, en AAVV, *Trabajo a tiempo parcial*, cit., pág. 104.

elementos de rigidez incorporados por el RDL 15/1998 en la propia delimitación del CTTT

2.2.2. La definición del CTTT tras la Ley 12/2001

Pues bien, a todas estas cuestiones parece querer dar respuesta la reforma, primero del RDL 5/2001 y, posteriormente, de la Ley 12/2001. Lo que desde luego no evita es que el mismo siga provocando diversos problemas derivados, en última instancia, de la atribución al CTTT de una normativa específica y cada vez más separada de la prevista para el contrato de trabajo común a tiempo completo; una normativa ésta que lo aleja más y más de ser un mero contrato de trabajo con "jornada y salario reducidos" y que complica y dota de una mayor importancia su nítida distinción.

En este sentido, lo primero que llama la atención de la reforma es su radical innovación, su profundidad e importancia, muy distinta a los meros retoques que, al menos en apariencia, sufren el resto de instituciones o normas del nuevo CTTT. La vigente redacción del art. 12.1 ET varía completamente la definición de CTTT, no sólo alterando el término de comparación, sino también, y sobre todo, eliminando el tope porcentual y dotando a la institución de un más amplio campo de actuación al cerrar el campo legal a contratos que, hasta ahora debían calificarse como a tiempo completo aunque con jornada reducida. Este segmento de contratos con una reducción inferior al 23 por ciento pasarán a ser ahora a tiempo parcial salvo que se trate de una mera reducción de jornada sin efectos sobre el salario y la naturaleza del contrato. Pero sobre ello volveremos más tarde.

Por ahora, lo que sí nos interesa destacar es que se trata de una definición claramente inspirada en la cláusula 3 de la Directiva 97/81³⁶, si bien presenta algunas diferencias³⁷ que, con todo, no suponen problema alguno de adecuación –al menos en este punto– entre la normativa nacional y la comunitaria.

³⁶ Como de todos es sabido, la citada cláusula señala que "a efectos del presente Acuerdo, se entenderá por trabajador a tiempo parcial a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un período de empleo de hasta de un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable". La misma aporta igualmente una definición de jornada de "trabajador a tiempo completo comparable", y que correspondería, según esta norma a la de "un trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias". "En caso de que no exista ningún trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales"

³⁷ Dos son, al menos a nuestro juicio, estas peculiaridades principales. En primer lugar, las derivadas de la comparación entre la definición de la norma nacional y la comunitaria. Y, en segundo lugar, las relativas al trabajador a tiempo completo comparable.

2.2.2.1. El periodo de referencia a efectos de comparación

En este contexto, el único elemento que continua inmodificado en la determinación del CTTP, al menos desde la reforma de 1993, son los periodos de referencia de la jornada, que, por otra parte, siguen siendo bastante amplios. Así, este periodo puede ser diario, semanal, mensual o anual, permitiéndose de esta forma cualquier tipo de distribución inicial del tiempo de trabajo —vertical, horizontal o mixta³⁸— dentro de las múltiples posibilidades de determinación del tiempo de trabajo que establece el art. 34 del ET. Esto es, se incluyen dentro de la definición legal del CTTP una pluralidad de supuestos que entroncan directamente con la flexibilidad en la comprensión de la jornada de trabajo del art. 34 del ET³⁹.

Por lo que se refiere a la primera a Directiva se refiere a una jornada de base semanal o como media de un periodo de empleo anual. La norma nacional tiene, como su precedente, una jornada de referencia lo más amplia posible dentro de los diferentes parámetros de medición de jornada: diaria, semanal, mensual o anual. La aparente restricción de la Directiva al referirse de principio sólo a la jornada base semanal no empuja la solución nacional en la medida en que cabe tomar como referencia la jornada anual. Eso sí, la Directiva aclara que la jornada máxima de referencia sobre la que se ha de calcular el trabajo a tiempo parcial es anual; no cabe por tanto un CTTP cuya referencia de jornada sea plurianual. Esta aclaración no la hace la norma nacional, seguramente porque la entiende innecesaria, pero teniendo en cuenta la posibilidad planteada de fijar criterios de jornada de referencia plurianual podría plantearse la hipótesis, por lo dicho, en nuestra opinión, no admisible, de un CTTP de referencia plurianual.

Por lo que se refiere a lo segundo nos remitimos a lo que diremos más tarde. Baste por ahora resaltar cómo esta referencia de comparación se sustenta en la norma comunitaria en varios aspectos que son trasladados a la norma nacional con algunos matices que, si bien en una primera aproximación podrían entenderse necesarios para adecuar la previsión comunitaria al Derecho del Trabajo nacional, posteriormente nos indican la presencia de una verdadera matización de las posibilidades que necesariamente aporta la Directiva. En este sentido, podríamos concretar lo que decimos en los siguientes aspectos. La norma comunitaria alude al concepto de establecimiento frente al concepto empresa y centro de trabajo recogido en la norma nacional para delimitar el trabajador comparable; la referencia al “mismo tipo de contrato o relación laboral” se reduce a una alusión al mismo tipo de contrato en la norma nacional; la referencia a “un trabajo idéntico o similar” que recogen la norma comunitaria y la nacional no cuenta en esta última con la precisión que se hace en la primera con la siguiente expresión: “teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias”; y, finalmente, en caso de que no haya trabajador comparable en los términos descritos en una y otra norma se prevé como jornada a tiempo completo en la norma nacional la “prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal”. La Directiva prevé finalmente la posibilidad de que no hubiere convenio aplicable y, lo que es más importante, alude, en una cláusula genérica, a que la comparación se efectuará haciendo referencia “a los convenios colectivos o prácticas nacionales”, “de conformidad con la legislación vigente”.

³⁸ Si bien en relación con la regulación previa a la reforma, M.E. CASAS BAAMONDE, “Los contratos de trabajo a tiempo parcial:...”, cit., pág. 426.

³⁹ Como señala M.C. ORTIZ LALLANA “Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial”; cit. pág. 99, si bien en relación con los RDL 18/1993 y 8/1997, “con ello tratan de superarse los problemas generados por el desplazamiento de dicho cómputo en la normativa anterior, que pasó del CTTP al fijo discontinuo, y que significó la ausencia de regulación de aquellas jornadas reducidas, fijadas y medidas en términos anuales, que así computadas no encajaban en el CTTP, ni tampoco en el de carácter fijo discontinuo, salvo que se tratara de actividades realmente periódicas y cíclicas”.

En este tema se presenta con especial importancia a la hora de determinar el periodo de referencia para calcular la jornada de referencia del trabajador comparable cuando nos encontremos ante empleados temporales en sectores o empresas en las que por convenio o acuerdo de empresa se haya producido una distribución irregular de la jornada ordinaria. En estos casos dos son, seguramente, las principales opciones que se abren al intérprete. La primera aceptar como término de comparación la jornada ordinaria que resulte de proyectar sobre la duración del contrato la media de la jornada anual —o el periodo de referencia del que se trate— del trabajador de referencia para posteriormente compararla con la soportada por el trabajador⁴⁰. Ciertamente ésta podría parecer la fórmula objetivamente más razonable. Pero su aplicación indiscriminada podría provocar, paradójicamente, la conversión en trabajadores a tiempo parcial de todos aquellos contratos temporales desarrollados sobre las fases de menor actividad ordinaria de la anualidad, y que simplemente se rigen por los horarios comunes para todos los trabajadores, ya sean estos temporales o indefinidos.

Por ello quizás resulte más razonable realizar la comparación no tanto con la proyección de la jornada anual, sino, más bien, con la jornada real de un trabajador de referencia en el módulo de duración del contrato y —esto es lo importante— en el periodo de duración del propio contrato; esto es, el módulo o índice de comparación sería la jornada del trabajador de referencia *durante el concreto periodo en el que esté vigente la relación temporal*. Y es que sólo cuando la jornada del trabajador temporal sea inferior existirá el pacto individual, específico de reducción proporcional de jornada y salario, que caracteriza el CTTT. En cambio cuando este pacto no exista, cuando por tanto el trabajador se rija por la normativa general, el pacto lo será a tiempo completo, con plena posibilidad, por tanto, de realizar lícitamente horas extraordinarias y con plena cobertura salarial y de protección social. Es más, esta misma solución parece apoyarse en el hecho de que entre los parámetros para identificar al “trabajador comparable” se aluda al mismo tipo de contratación, lo que delimitaría el periodo de referencia a efectos de comparación a la jornada que este disfrutase durante dicho periodo de tiempo⁴¹.

⁴⁰ En este sentido, parece, P. VARAS GARCÍA, “Contrato a tiempo parcial”, en AAVV, *Trabajo a tiempo parcial*, cit., pág. 20.

⁴¹ Sin embargo, esta cuestión no está exenta de dudas y así lo ha planteado la doctrina respecto a la definición precedente de CTTT. En este sentido, defendiendo una posición contraria a la expuesta ALFONSO MELLADO; “La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales”, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 26 y 27 aunque en relación con la definición del CTTT anterior, que, sin duda, planteaba una problemática más destacable. Sin embargo, para GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ (“El contrato de trabajo a tiempo parcial”; cit. pág. 78) “...puede resultar útil referir las jornadas, parcial y de comparación habitual, al tiempo de vigencia del contrato pues aun cuando aquéllas pudieran tomar como parámetro el año, mediante su prorrateo, parece más adecuado y preciso utilizar el módulo de duración de la relación”, citando la solución aportada por el art. 65.4 del RD 3064/1995 para apoyarse en esta afirmación.

Cuestión distinta serán los problemas salariales que podrían plantearse si, como normalmente acontece, el salario o retribución no se basa en el módulo horario, sino que se distribuye linealmente de forma mensual, sin tener en cuenta estas posibilidades. Y ello porque salvo que el empresario sustraiga o complemente el salario de los trabajadores temporales que desarrollen sus tareas respectivamente en los periodos de menor o mayor actividad ordinaria, el resultado sería una diferencia salarial por tiempo trabajado, un distinto salario hora para uno y otro tipo de trabajador, que muestra nuevamente las dificultades colaterales que provoca la mayor flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo cuando —como normalmente acontece— ésta no lleva aparejada una regulación más concreta o desde luego no exclusivamente tradicional de los sistemas de fijación salarial⁴².

2.2.2.2. El término de referencia prioritario: el concepto de trabajador comparable

En cambio, donde sí se ha producido la primera alteración de importancia ha sido en la fijación del término de referencia. Y ello porque que frente al anterior y directo reclamo a un fuente de regulación o fijación colectiva en la delimitación de la jornada de referencia, la nueva regulación, al menos literalmente, parece individualizar este término de comparación mediante la mera referencia a la jornada de “un trabajador a tiempo completo comparable”. De este modo, y al menos en teoría, el orden a seguir en la elección del término de comparación sería, en primer lugar, la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable; en segundo lugar, la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación; y, en tercer y último lugar, la jornada máxima legal.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al concepto de trabajador a tiempo completo comparable es evidente que nos encontramos ante una noción todavía por delimitar, más aún en un sistema como el español que carece a estos efectos de un cierta tradición jurisprudencial sobre este novedoso término. Legalmente se aportan tres datos para definir al mismo: que éste realice su prestación para la “misma empresa y centro de trabajo”, bajo el “mismo tipo de contrato de trabajo” y realizando un “trabajo idéntico o similar”. De esta forma, y en una primera aproximación, se sitúa la definición de trabajador comparable en un ámbito locativo y productivo (empresa y centro de trabajo), temporal y modal según lo dicho antes (tipo de contrato) y funcional (trabajo idéntico o similar)⁴³.

⁴² Sobre estos temas véanse las interesantes observaciones de G. RODRÍGUEZ PASTOR, *El régimen jurídico...*, cit., pág. 78 y sig. En general, vid. M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 98 y sig., en especial, pág. 102.

⁴³ Una primera aproximación al tema en F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato...”, cit., pág. 54; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 122.

a) Por lo que se refiere, en primer lugar a la *referencia a la misma empresa y centro de trabajo*, la norma nacional parece remitirse a la misma empresa y centro de trabajo frente al concepto en apariencia más simple de establecimiento que emplea la Directiva. Esta referencia a la empresa y centro de trabajo parece pretender, al menos en una primera aproximación, una delimitación geográfica, locativa y productiva en la determinación del tiempo de trabajo a comparar para definir el trabajo a tiempo parcial; una primera delimitación ésta, abierta y no excluyente en la medida en la que en la negociación colectiva pueden aparecer otros "ámbitos" de determinación de la jornada de trabajo: unidades productivas, secciones de empresa, o, incluso, un concepto no definido legalmente pero sí recurrente en la normativa laboral como el de puesto de trabajo, que tiene implicaciones funcionales evidentes y que indican que será éste normalmente el criterio que, a la postre, y tal como diremos, será el determinante en la fijación del tiempo comparable para definir el trabajo a tiempo parcial.

b) Desde esta perspectiva se comprende que el dato seguramente fundamental y más concreto sea la referencia a que en ambos casos se trate de un *trabajo idéntico o similar*. Quizá sea aquí donde la norma acepta definitivamente el elemento funcional aportando un dato absolutamente indefinido como es el de trabajo idéntico o similar. Sobre este concepto parece descansar la auténtica definición de trabajador comparable a los efectos de determinación de la jornada de trabajo de referencia en la delimitación del trabajo a tiempo parcial. De ahí la importancia de concretar que deba entenderse por trabajo idéntico o similar.

Parece que el concepto de trabajo idéntico o similar tiene unas connotaciones evidentes de carácter funcional, y que, por tanto, la alusión a un trabajo idéntico o similar parece incluir cualquier condicionamiento de la jornada de trabajo por el sistema de clasificación profesional. Ahora bien, no hay equiparación posible con los elementos sobre los que se sustenta el sistema de clasificación profesional que define genéricamente el art. 22 del ET. Entre otras razones porque el art. 12.1 ET cuando define al trabajador comparable alude a trabajo idéntico en primer lugar, alternativamente a trabajo similar; y porque además no se refiere a los parámetros que definen, por ejemplo, el concepto de categoría equivalente⁴⁴. Con todo, la comparación con el concepto de categoría equivalente nos parece interesante por un motivo principal. Las posibilidades legales de movilidad funcional (ordinaria u horizontal) ex art. 39 del ET se sitúan en el grupo profesional o en la categoría equivalente. La posibilidad de encontrar diferentes jornadas de trabajo para diferentes seccio-

⁴⁴ Vid. no obstante, F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato...", cit., pág. 55, para quien "si el sistema clasificatorio aplicable en la empresa no contempla la definición de grupos, y no existe trabajador comparable de la misma categoría, podría servir un trabajador de categoría equivalente.

nes o departamentos que no tengan una equivalencia en el sistema de clasificación profesional convencional puede encontrar en la definición legal de CTTP y de trabajador comparable un problema a resolver; dado que al trabajador a tiempo parcial podría encomendársele diferentes tareas, de diferentes secciones o departamentos con jornadas de referencia distintas (y, por tanto, con trabajadores comparables también diferentes⁴⁵). De nuevo se pone de manifiesto la necesidad de adecuar la definición de CTTP a la determinación de la jornada de trabajo de forma colectiva.

Además, la referencia al trabajo idéntico o similar tiene además en cuenta, necesariamente, cualquier condicionamiento de la jornada de trabajo en los supuestos de ampliación o restricción de la jornada por jornadas especiales. Con la diferencia de que los supuestos de ampliación de jornada pueden reconducirse a tipos de trabajo o a categorías o grupos profesiones mientras que las reducciones son más estrictas de puestos de trabajo.

c) Finalmente, el tercer elemento de concreción se centra en la estipulación por ambos trabajadores del *mismo tipo de contrato de trabajo*. Superada a estos efectos la dicotomía CTTP/contrato a tiempo completo por obvia, esta referencia parece que ha de centrarse fundamentalmente en los contratos temporales⁴⁶. En este sentido, la discusión que se plantea, y a la que antes nos referíamos, es si la duración de la vigencia del contrato es la que define el elemento temporal de comparación de la jornada de trabajo para determinar la contratación a tiempo parcial. En este contexto, la alusión al mismo tipo de contrato debe entenderse en función de la vigencia del mismo y de la existencia o no de alguna otra concausa, como por ejemplo formativa, que habrá así de ser tenida en cuenta para determinar la jornada de referencia a efectos de definir el carácter a tiempo parcial de los servicios contratados.

En definitiva, los elementos sobre los que descansa la definición de trabajador comparable, y, por traslación, la propia del CTTP, deben analizarse desde una perspectiva unitaria. Deben tenerse en cuenta fundamentalmente los aspectos que la regulación aplicable a la empresa o centro de trabajo —o unidades inferiores como las unidades productivas, secciones o, incluso puestos de trabajo— adopte para la determinación de la jornada de trabajo, independientemente, al menos en este momento, de su distribución. Y ello teniendo en cuenta fundamentalmente los aspectos funcionales y de tipo de contrato.

⁴⁵ En este sentido véase lo establecido, por ejemplo, en los Convenios de Carpintería de Taller de Valencia (BOP 25/6/99) o de Derivados del Cemento de Baleares (BOCAIB 14/5/98) cuyos arts. 22 respectivos disponen lo siguiente: "Art. 22. Distribución de la jornada.—Las empresas podrán distribuir la jornada establecida en el artículo anterior a lo largo del año mediante criterios de fijación uniformes o irregular, afectando dicha uniformidad o irregularidad bien a toda la plantilla o de forma diversa por secciones o departamentos, por periodos estacionales del año en función de las previsiones de las distintas cargas de trabajo y desplazamientos de la demanda...".

⁴⁶ Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato...", cit., pág. 55.

En cualquier caso, este término de comparación, obviamente, no deja de plantear diversos problemas. De un lado, y aunque ello sea casi anecdótico, porque se define literalmente al "trabajador a tiempo completo comparable", como aquel "trabajador a tiempo completo", lo que supone señalar en la propia definición el término que se quiere definir. Y por el otro, y esto es lo fundamental, porque, más allá de todo esto, la norma parece identificar simple y llanamente la jornada de comparación con la jornada que disfrute realmente este trabajador, con independencia de cuál sea su origen o incluso de las circunstancias específicas o especiales que motivaron su fijación. Seguramente con esta indeterminación, lo que se intenta es otorgar trascendencia a todo tipo de acuerdos o pactos, sea cual sea su naturaleza y eficacia, que delimiten globalmente la jornada en sus diferentes parámetros y que hubieran debido ser aplicables al trabajador contratado a tiempo parcial de no haber celebrado ese "acuerdo" de reducción al que hace referencia el propio art. 12.1 ET. Pero con ser loable, esta fórmula indeterminada acaba provocando –al menos en su tenor literal– las dudas sobre si debiera considerarse jornada de referencia la que a título individual, como condición contractual de este tipo, o por las razones estrictamente personales que sean disfruta el trabajador comparable. Obsérvese, en primer lugar, que nuestro legislador incomprensiblemente ha omitido la referencia comunitaria a la necesidad de tener "*en cuenta otras consideraciones, tales como la antigüedad y las cualificaciones o compensación*"; que en este caso la asunción como criterio de comparación de una condición de fijación estrictamente individual limitaría el ámbito lógico de actuación de esta modalidad; y todo ello por no plantear la posibilidad –lo que es plausible al utilizar la ley un criterio en apariencia individual– de que paradójicamente existan varios "trabajadores a tiempo completo comparable" cada uno de ellos con una jornada distinta por fijación individual.

Por todo ello, y al menos en nuestra opinión, quizás hubiera sido más lógico no haber asumido este extremado mimetismo frente a la norma comunitaria –que desde luego ésta no exige Cl. 2.1 D. 97/81/CE– y haber optado en cambio por una fórmula incluso más tradicional en la que el término de comparación hubiera sido simple y llanamente la jornada ordinaria que hubiera sido de aplicación en el mismo centro de trabajo, desarrollando la misma actividad y con el mismo tipo contrato; en definitiva, la jornada que le hubiera sido de aplicación al trabajador a tiempo parcial de no haber mediado el acuerdo de las partes en reducir proporcionalmente salario y tiempo de trabajo. Con ello se hubiera evitado estas referencias a concepto y supuestos individuales que dificultan la nítida distinción del CTPP⁴⁷.

⁴⁷ En un sentido similar R. PRADAS MONTILLA, "El contrato de trabajo a...", cit., pág. 8.

2.2.2.3. El término de comparación supletorio: la jornada a tiempo completo prevista en convenio colectivo o, en su defecto, la jornada máxima legal

Sea como fuere, el art. 12.1 ET establece finalmente un término de comparación “supletorio” para el supuesto de que en la empresa –no se da la referencia al centro de trabajo como se ha hecho previamente para definir al trabajador comparable⁴⁸– no sea posible hallar este “trabajador comparable”. Según el último inciso del segundo párrafo del art. 12.1 *“si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación, o en su defecto, la jornada máxima legal”*.

Retoma, ahora con carácter supletorio a estos efectos, la jornada que servía de base en la redacción anterior, que remitía exclusivamente a la jornada prevista en convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal. De esta forma, y aún con el referido carácter supletorio, se pueden plantear idénticos problemas a los que se derivaban de la jornada que servía de base al tope máximo del 77 por 100 de dedicación establecido en la anterior definición de CTPP. Fundamentalmente puede citarse, por ejemplo, la ausencia de toda referencia a los pactos colectivos o acuerdos de empresa que pueden establecer la jornada con carácter colectivo.

Como ya hemos señalado, respecto a la definición precedente de CTPP, donde ciertamente este tema se planteaba con mayor incidencia, nuestra doctrina se mostró bastante dividida. En la actualidad, es cierto que una interpretación literal de la norma quizás podría conducirnos, aún hoy, a sostener que el convenio colectivo de referencia es el estatutario de aplicación. Pero no cabe desconocer, en primer lugar, que la actual grafía es la normal, y que, además, el Estatuto, en no pocas ocasiones, se refiere al convenio colectivo como género, una de cuyas especie, pero no la única sería la regulada en el Título III ET. Y de hecho, así sucede en el art. 82.3, en el art. 92 o en el mismo art. 41 ET. En definitiva, que si a esta precariedad técnica del Estatuto, unimos las dudas que suscita la interpretación literal del precepto, seguramente deberemos acabar por aceptar que la solución más adecuada desde una perspectiva sistemática –art. 34 ET– es la de admitir esta remisión a cualquier instrumento colectivo de aplicación a la empresa, centro y tipo de actividad que fije o determine prioritariamente la jornada ordinaria de un trabajador a tiempo completo en su misma actividad y centro. La carencia de un trabajador comparable no obvia necesariamente la existencia de un instrumento colectivo de determinación de la jor-

⁴⁸ Sobre la diferencia entre las dos frases de comparación en el art. 12.1 ET véase J.M. GOERLICH PESET, “El RDL 5/2001...”, cit., pág. 13, n.5

nada de trabajo distinto del convenio. Y es más, en comparación con la Directiva, y tal como destacábamos antes, lo cierto es que ésta parece aludir a un concepto más genérico que la propia solución legal nacional. La práctica nacional a la que alude finalmente la citada cláusula 3 de la Directiva debería reconducirse así, en nuestro país, a todas las fuentes que, con carácter colectivo por lo dicho antes, pueden servir para determinar la jornada de trabajo.

En cualquier caso, lo que sí es criticable es la escasa técnica en la redacción del precepto. Y es que de hecho, hubiera bastado una genérica referencia a la negociación colectiva —como sucede en otras normas del mismo Estatuto— para incluir en la misma cualquiera de sus productos y permitir así la necesaria coordinación —que es seguramente la deseada— entre el art. 12 y el art. 34 ET.

2.2.2.4. La eliminación de topes porcentuales: de nuevo sobre los contratos a tiempo completo con jornada reducida y la posibilidad de fijación de topes máximos por convenio colectivo

En cualquier caso, el elemento más significativo de la perspectiva claramente flexibilizadora que también en este punto adopta la reforma se aprecia en la desaparición del anterior porcentaje máximo de jornada completa que constituía el límite no sólo a la jornada ordinaria pactada, sino también a la suma de ésta más las posibles horas complementarias que hubieran podido pactarse en los CTTTP indefinidos.

Con la eliminación de este mínimo, ciertamente infrecuente el panorama comparado y en las normas internacionales de referencia⁴⁹, no sólo se amplía el campo de este contrato, el número de horas complementarias y la aplicación del principio de proporcionalidad⁵⁰, sino que también vuelven a surgir con toda su fuerza viejos problemas⁵¹ en gran parte superados por la anterior normativa⁵² como los discutidos contratos a tiempo completo de jornada reducida; esto es, la discutida posibilidad de condiciones mas beneficiosas que rebajando la jornada por debajo del umbral del TTC no alterase ni su salario, ni obviamente su régimen jurídico, que sería así el común, con todo lo que ello supone en relación con los aspectos cuantitativos y cualitativos del tiempo de trabajo, o su régimen de derechos de información o novación preferente.

⁴⁹ Vid. R. PRADAS MONTILLA, "El contrato a tiempo...", cit., pág. 7, para quien la recuperación de este porcentaje es "un acierto".

⁵⁰ Vid. F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato...", cit., pág. 52 y sig.; C. MOLINA NAVARRERE, M. GARCÍA GIMÉNEZ, "Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo", en *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, 2001, n. 217, pág. 51.

⁵¹ De "fortísima dosis de indeterminación" habla, por ejemplo, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 121.

⁵² Para una más detenida delimitación del CTTTP que compartimos completamente, M.E. CASAS BAAMONDE, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial:...", cit., pág. 425 y sig.

En principio cabría pensar que la aceptación de este tipo de contratos provocaría, de facto, la consideración como dispositiva de la normativa aplicable al CTPP, cuando la misma no pretende tener este carácter. Basta su simple lectura para comprobar cómo esta normativa no parece permitir la opción de las partes por su aplicación o no, más aún cuando en la misma se reconocen derechos y se establecen claras prohibiciones incluso frente a la común voluntad de ambas partes.

Y sin embargo, no creemos que este enfoque sea el correcto. A nuestro juicio, y al menos desde una perspectiva laboral —cuestión distinta en la que no cabe entrar son estas mismas cuestiones en el campo no disponible de la Seguridad Social— las normas del CTPP son ciertamente indisponibles, pero cuando se da el supuesto de hecho al que se refiere la norma y que parte de una reducción proporcional tanto del tiempo como de la retribución del trabajador. Es en estos casos donde la prohibición de horas extraordinarias, las viejas reglas sobre predeterminación horaria y las relativas a derechos de información y novación encuentran su sentido y lógica. En cambio, cuando no existe esta proporcionalidad, cuando lo que simplemente se produce es una reducción convencional del tiempo sin que se afecte a la retribución, buena parte de estas normas carecen de sentido ya que el rasgo básico del trabajador a tiempo parcial, su atipicidad central, desaparece al recibir la misma retribución que los trabajadores a tiempo completo. De ahí que al menos a nuestro juicio nada obste a la calificación como a tiempo completo de aquellos contratos con jornada —y no retribución— reducida por mera condición contractual explícita o implícita⁵³.

⁵³ En sentido contrario tras la reforma F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato...", cit., pág. 53 para quien una simple reducción de una hora de jornada anual supondría su consideración como CTPP con independencia de que, en paralelo se haya pactado o no una reducción proporcional de salario. Con anterioridad a la reforma sostenían esta misma solución L.M. CAMPS RUIZ, *La reforma del mercado de trabajo. El nuevo régimen jurídico de la colocación y de los contratos de aprendizaje, de trabajo en prácticas, a tiempo parcial y de relevo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994, pág. 91 para el que "todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual es un contrato a tiempo parcial con independencia de que en paralelo se haya concertado o no un pacto estableciendo condiciones salariales más beneficiosas", y, parece, I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, "El contrato a tiempo parcial", en *Relaciones Laborales*, 1994, T/I, pág. 314. Por el contrario para A. BAYLOS GRAU, "Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo", en AAVV, *La reforma laboral de 1994*, (Coord. M.R. ALARCON CARACUEL), Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 140-141 "no cualquier pactación de reducción de jornada puede, en estas condiciones, tener relevancia precisa para suponer una transformación del tipo de contrato". Inmediatamente antes de la reforma parecen suscribir esta misma opinión M.C. ORTIZ LALLANA, "Algunos problemas del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial" en *Relaciones Laborales*, 1998, n. 15-16, pág. 106 para la que "debe oponerse una razonable resistencia a que el solo hecho de pactar individualmente una reducción de jornada conlleve la celebración de un contrato de trabajo a tiempo parcial" y J. YANINI BAEZA, "Trabajo a tiempo parcial: notas sobre su régimen regulador", en *Tribuna Social*, 1998, n. 85, cit., pág. 15, si bien en relación con una "mínima reducción de la jornada". Esta misma posición en, M.E. CASAS BAAMONDE, "Los contratos de trabajo a tiempo parcial...", cit., pág. 425. Igualmente sobre el tema, I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *El contrato de trabajo...*, cit., pág. 97-98. Tras la reforma de 1998 partidario de admitir el carácter a tiempo completo de este tipo de contratos C.L. ALFONSO MELLADO, *La nueva regulación del contrato...*, cit., pág. 35.

Cuestión distinta, y bastante más compleja, es la dificultad de distinguir estos supuestos de meros CTTT con mejora salarial. Pero para ello deberemos estar a cada caso concreto sin que la nueva redacción del art. 12.1 ET deba conducir forzosamente al campo del trabajo a tiempo parcial a situaciones en las que sólo se ha producido una mejora individual en las condiciones temporales de la prestación.

Finalmente, la desaparición del porcentaje del 77 por 100 puede provocar igualmente la reaparición —no del todo infrecuente en nuestra negociación colectiva— de normas convencionales que fijen topes inferiores como máximo de jornada en la contratación a tiempo parcial. A nuestro juicio, nada cabe objetar a esta posibilidad⁵⁴ que obligaría, en caso de superarse —ya sea por la jornada fijada en el contrato o por la que de forma ilegal se realice continuamente en la realidad— provocaría la aplicación de las normas sobre trabajo a tiempo completo y, desde luego, su equiparación absoluta al régimen salarial de aquéllos.

2.2.5. La exclusión de los fijos discontinuos y la inclusión de los fijos periódicos

Finalmente, ya hemos señalado como antes de la reforma parecía ser una opinión mayoritaria de la doctrina⁵⁵ la equiparación entre el contrato a tiempo parcial común y el contrato fijo periódico de duración cierta. Y es que las referidas dificultades de coordinación se referían exclusivamente a los supuestos de contratos fijos discontinuos que no se repetían en fechas ciertas. Así se señalaba tanto en el último párrafo del art. 12.3 ET incluido por la Ley 55/1999, como en el inciso que se introducía en el art. 12.4.a) del ET.

Con estos antecedentes la Ley 12/2001 (y, antes, el RDL 5/2001) deja de considerar al contrato fijo discontinuo como contrato a tiempo parcial pero mantiene dentro del contrato a tiempo parcial (entendiéndolo celebrado por tiempo indefinido) aquella prestación de servicios que lo fuera “para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa”. Sin duda, se trata de una modificación sustancial, ya que está afectando tanto la propia tipicidad como la calificación jurídica de esta modalidad contractual. Y ello justo en un momento donde unos de los datos que más dificultaban la consideración del contrato fijo discontinuo como contrato a tiempo parcial —el establecimiento de una definición porcentual como la incorporada por el RDL 15/1998— desaparece.

⁵⁴ En este mismo sentido J.M. GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación...”, cit., pág. 19.

⁵⁵ CAMPS RUIZ; “La reforma del mercado de trabajo”. Tirant Lo Blanch. Valencia 1994, pág. 106. En igual sentido, PEDRAJAS MORENO; “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo”. RR.LL. nº 8, 1994, pág. 23

De cualquier forma, una vez que el contrato fijo discontinuo adquiere su autonomía (al menos relativa en lo que se refiere a su sistemática), podría incluso cuestionarse la oportunidad y la misma corrección técnica de conservar el contrato fijo periódico dentro del contrato a tiempo parcial. En nuestra opinión, la definición de los trabajadores fijos periódicos no tiene autonomía propia. El mantenimiento del carácter causal del trabajo fijo periódico (que precisamente justifica la reiteración del período de actividad —rasgo consustancial al fijo discontinuo—) lo diferencia ontológicamente, si se nos permite la expresión, del contrato a tiempo parcial, lo que impide la aceptación acrítica de su consideración como una modalidad de trabajo a tiempo parcial. Téngase en cuenta, además, que difícilmente se puede aplicar el propio concepto de contrato a tiempo parcial y, derivado del mismo, de trabajador comparable con un contrato fijo periódico en empresas con actividad no estable aunque periódicas en el tiempo. Y es que, no se tiene en cuenta una distinción para nosotros esencial: vigencia del contrato y jornada de trabajo comprometida³⁶. Aunque ésta pueda tener carácter anual en los contratos fijos discontinuos y fijos periódicos, que responden a un mismo origen, el dato que los caracteriza es la determinación del período de actividad, no la jornada de trabajo. Aquello es vigencia del contrato, determinada por el término, cierto o incierto en su fijación, no jornada de trabajo comprometida ya que ésta dependerá de los factores determinantes de la misma durante dicha vigencia del contrato. Y este rasgo, junto al carácter causal, es aplicable tanto a fijos discontinuos como a fijos periódicos.

Todo lo anterior, no impide que haya supuestos de intersección entre los contratos a tiempo parcial de referencia anual y los fijos discontinuos y los fijos periódicos; pero no puede conllevar a la confusión de supuestos tal como se dedujo tras la reforma de 1993 y tal como se produce en la actualidad respecto a los fijos periódicos.

En resumen, el mantenimiento de los fijos periódicos dentro del contrato a tiempo parcial, sobre la base seguramente de la doctrina precedente que asimilaba completamente aquéllos al régimen jurídico de éste, plantea cuando menos dudas importantes. Dudas sobre la efectividad del mantenimiento de la distinción de esta figura con los fijos discontinuos (de los que provienen claramente) y dudas sobre la corrección técnica de su calificación jurídica como forma de trabajo a tiempo parcial y sobre los efectos que podría conllevar la misma. Por ello creemos que lo más sensato hubiera sido simplemente prescindir de esta figura, que es artificial dado que la única diferencia que podría verse respecto a los fijos discontinuos es la posibilidad de prescindir

³⁶ Sobre la necesidad de distinguir entre vigencia del contrato y jornada en la distinción entre fijo discontinuo y fijo periódico con el contrato a tiempo parcial vid. A. VALVERDE ASENCIO, "El período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos", *Tirant lo Blanch*, en prensa.

en este caso del llamamiento, algo que, por otra parte, no recoge en ningún caso la negociación colectiva, que niega virtualidad a esta propia figura.

2.3. La nueva regulación de la forma del contrato y de los aspectos cualitativos del tiempo de trabajo: distribución y fijación de horarios

La segunda de las modificaciones introducidas por el RDL 5/2001, y sin duda alguna la más polémica y la que mayor calado dogmático podría llegar a tener, se sitúa en la letra a) del punto 4 del art. 12 ET. Y es que dentro de los requisitos de forma del contrato, la reforma ha eliminado la anterior mención a la necesaria "*concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en los que el trabajador deberá prestar servicios*", reduciéndose así el contenido necesario del contrato –al menos en este punto– al "*número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución*".

Ante esta reforma caben dos posibles interpretaciones. La primera –ya sostenida por un autorizado sector de nuestra doctrina–, se limitaría a destacar que esta modificación, incardinada en sede de forma del contrato, tendría fundamentalmente una finalidad limitada a esta sede; una finalidad reducida, por tanto, a aliviar el contenido material del documento contractual, sin que en cambio, la nueva regulación legal pudiera alterar la necesaria concreción convencional de un horario y una distribución horaria que, en principio, seguiría siendo un elemento esencial en la determinación de la misma deuda de actividad y, por tanto, del propio objeto del contrato exigible ex art. 1271 CC. La nueva norma estaría así destinada a aliviar las exigencias formales cuyo incumplimiento provocaría la aplicación de una presunción de jornada completa. Y ello porque la larga tradición de nuestro ordenamiento, el mantenimiento del pacto de horas complementarias y las nuevas reglas sobre su extinción fomentaría una interpretación limitada a este sede formal⁵⁷.

Y sin embargo, lamentamos no compartir esta autorizada opinión. A pesar de los interesantes argumentos aportados por este sector de la doctrina –sobre los que volveremos más tarde–, coincidimos con el Pr. FAUSTINO CAVAS⁵⁸ al considerar que en realidad lo que parece haber buscado nuestro legislador, siguiendo la técnica de cirugía limitada a la que antes hicimos referencia, es

⁵⁷En este sentido, véase la interesante argumentación de J.M. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación...", cit., pág. 20 a 22.

⁵⁸"El nuevo contrato...", cit., pág. 56. Igualmente otros autores como J.LÓPEZ GANDÍA, "El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo", en *Revista de Derecho Social*, 2001, n. 14, pág. 27, y aún de forma colateral, no han dudado en hablar de un contrato "excesivamente liberalizado" "llegando a ser casi un contrato a llamada". En este mismo sentido R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 123

alterar y aliviar drásticamente las obligaciones legales de concreción de la jornada que siempre fueron, obviamente, una de las cuestiones esenciales y polémicas a la hora de configurar el modelo de trabajo a tiempo parcial que habría de instalarse en nuestro ordenamiento⁹⁹.

En este sentido, a nadie escapa que ésta ha sido una de las cuestiones que tradicionalmente a enfrentado con mayor fruición a nuestros interlocutores sociales. Y ello porque mientras nuestros empleadores y sus asociaciones han defendido habitualmente una posición de absoluta o al menos relativa indeterminación de los aspectos cuantitativos y, sobre todo cualitativos del tiempo de trabajo de esta modalidad contractual, nuestras organizaciones sindicales han defendido un modelo opuesto en el que no sólo el volumen de horas ordinarias debía aparecer claramente fijado y especificado, sino en el que también su distribución en los distintos módulos y, en último término, la fijación concreta de los días y el horario de trabajo —esto es, los tres pasos tradicionales en la fijación del tiempo de trabajo— debieran aparecer clara e indubitadamente fijadas quedando su modificación sometida a las mismas reglas del art. 41 ET.

Esta última perspectiva, netamente garantista y sindical fue sin duda la acogida por el RDL 15/1998 que obligaba a concretar estos elementos cuantitativos y cualitativos —*quantum* y distribución en todos los periodos de referencia— desde el mismo momento de su estipulación, eliminando así toda posible remisión a circunstancias productivas de casi discrecional delimitación por parte del empleador. Esta fórmula daba sin duda mayor seguridad al trabajador sobre los tiempos de trabajo, lo que permitía utilizar esta modalidad bajo fórmulas de pluriempleo o de conciliación con la vida laboral o familiar sin temor a modificaciones intempestivas. Y desde luego, permitía un control externo al cumplimiento de los topes de jornada que de otro modo resultaba casi imposible. Pero sin duda, esta regulación generaba también una mayor rigidez para su utilización empresarial que, a pesar de intentar paliarse parcialmente —ya que no alcanzaba a los contratos temporales— mediante el posible recurso al pacto de horas complementarias, provocó que la derogación o modificación de este apartado fuera una de las principales peticiones de la asociación empresarial en el proceso de fallida negociación que precedió a la reforma.

Pues bien, creemos que en este contexto la reforma operada por el RDL 5/2001, y ratificada posteriormente por la Ley 12/2001 ha mantenido ciertamente la obligación de establecer un *quantum* de horas ordinarias en la estipulación del contrato y en su mismo documento de formalización, del mismo

⁹⁹ Esta misma interpretación parece asumir R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 122 cuando señala que tal omisión parece pretender "flexibilizar la ubicación de las concretas horas ordinarias en las que ha de prestar servicios el trabajador".

modo que sigue exigiendo su necesaria distribución en dicho documento. De este modo, el *quantum* de trabajo ordinario, el primero de los tres pasos en la fijación del tiempo de trabajo, ha de ser necesariamente concretado en relación con alguno de los módulos que ofrece el legislador sin que éste pueda ser alterado sin el consenso, la causa y/o el procedimiento establecidos de forma general en el ET y sin que sean admisibles horquillas que lo sitúen entre un máximo y un mínimo. Pero, en cambio, y es aquí donde se aprecia la alteración la norma legal, ésta ya no exige claramente que en el contrato se realice necesariamente —como ocurría con anterioridad— la concreción horaria diaria, semanal o mensual, de horas ordinarias. Tan sólo se mantiene una obligación de establecer la distribución, si bien no se concretan los periodos de referencia a los que está debe referirse. Y de ahí es de donde surgen buena parte de los problemas.

En este sentido, una primera interpretación podría conducirnos a pensar que esta distribución sería necesaria en todos y cada uno de los ámbitos inferiores al periodo de referencia utilizado para fijar el *quantum* de jornada ordinaria. Esto es, que una jornada anual, tendría que distribuirse por meses, semanas y días⁶⁰. A favor de esta primera interpretación podría sin duda utilizarse el art. 18 RD 2137/1993 en el con una terminología prácticamente igual se llegó a este mismo resultado, el principio de *in dubio pro operario* o la necesidad de ofrecer una interpretación lo más favorable a otros derechos fundamentales del empleado como el de libre elección de oficio, derecho a la educación, o derecho a una remuneración suficiente que podrían ser dañados por una casi omnímoda libertad de distribución por parte empresarial. Y, sin embargo, tampoco son escasos los argumentos en sentido contrario.

Y es que, en primer lugar, no cabe olvidar como aunque parecidos, los términos literales del art. 18 RD 2137/1993 y el art. 12.4.a ET son netamente diferentes. Y es que si en aquella ocasión se hacía referencia a la necesaria formalización del *número y distribución de horas al día, la semana, el mes o el año*, en este caso se habla del *número de horas al día a la semana o al año y su distribución*; diferencia terminológica y de ubicación que parece haber sido buscada conscientemente. Y en segundo lugar, porque una interpretación de este tipo acabaría por desnaturalizar o convertir en nada la reforma, ya que en caso contrario hubiera bastado la eliminación de la concreción horaria respetando en cambio las referencias a la necesaria concreción del número de horas al mes o la semana.

En definitiva, se trata de una cuestión ciertamente complicada y en la que seguramente será necesario esperar al más amplio y detenido desarro-

⁶⁰ En este sentido, por ejemplo, D. BENEYTO CALABUIG, "La reforma laboral de 2001", en Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, 2001, n. 217, pág. 72.

llo reglamentario. Mientras tanto, creemos que los argumentos literales podrían sostener una interpretación amplia en la que no sólo se habría eliminado la necesidad legal de concretar el horario diario, sino también la de distribuir esta jornada pactada en todos y cada uno de los periodos de referencia antes contemplados. El resultado de esta última interpretación, de no ser alterada por la norma reglamentaria – y de hecho, conviene resaltar que los modelos oficiales del INEM, aún conservan la distribución de la jornada en todos los periodos inferiores al año– sería un contrato a tiempo parcial extremadamente flexible; un contrato en el que para cumplir los nuevos requisitos legales tan sólo será necesario, llevado a su extremo, establecer el *quantum* de horas ordinarias no como tope máximo o mínimo, sino como número exacto de horas que habrían de ser realizadas y retribuidas al trabajador; para, en segundo lugar, tener que especificar dicho monto sólo en un nivel o marco de referencia temporal inferior al ya utilizado. Y así, por ejemplo, si al determinar la cantidad se hiciera en base al modulo anual de referencia bastaría –al menos en teoría– con utilizar otro periodo como el semestre, el trimestre o el mes para cumplir estas exigencias legales, pero sin que en cambio, fuera necesario concretar esta distribución en todos y cada uno de dichos módulos⁶¹. Es más, seguramente no sería contrario al art. 12.4.a ET que fijada la distribución inicial en estos módulos se articularan fórmulas que permitieran la transferencia de dichas horas de uno a otro periodo con abstractas causalizaciones de difícil control sindical o jurisdiccional.

Y todo ello, sin olvidar que, lo que ahora parece claro es la ausencia de toda obligación legal de prefijar rígidamente en el contrato el horario de trabajo. Éste obviamente, habrá de moverse dentro de los marcos que la jornada ordinaria tendrá asignada para los empleados a tiempo completo, de las posibles limitaciones marcadas por el convenio, y sin que en ningún caso el uso de esta facultad pueda hacerse a capricho, arbitrariamente o de manera irracional. Pero su especificación última, la determinación de los momentos de entrada y salida al trabajo –algo por tanto diferente a la mera distribución que es siempre un paso previo a esta última operación– podría quedar por tanto parcialmente indeterminada y condicionada, por ejemplo, dentro del libre juego de la autonomía individual o colectiva, a circunstancias productivas u organizativas de casi discrecional apreciación por el empleador o a otros criterios que provocan en definitiva la más absoluta indeterminación en estos módulos inferiores de la deuda de actividad a la que se obligan estos empleados. Y todo esto ante un texto legal que, quizás por la peculiar técnica legislativa utilizada y su búsqueda oscuridad, ni tan

⁶¹ En este mismo sentido, F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato....”, cit., pág. 56.

siquiera impone un plazo mínimo de preaviso empresarial⁶², a diferencia, curiosa y paradójicamente, de lo sucede en relación con el pacto de horas complementarias.

La flexibilidad, de aceptar, volvemos a repetir, esta última interpretación de la norma legal, sería por tanto máxima sin que puedan traerse a colación, al menos a nuestro juicio, otros preceptos civiles o incluso laborales como los que exigen la determinación del objeto o reclaman una determinada causa y procedimiento para alterar tal regulación. Lo primero, porque el art. 12 ET sería en este aspecto norma especial sobre el art. 1271 CC. La norma legal específica no prohibiría esta cierta indeterminación dentro, siempre, de los límites que para la jornada ordinaria de todos los trabajadores fijara el convenio. Y lo segundo porque el art. 41 ET viene destinado a tutelar alteraciones que en este caso no se darían ya que se trata de meras especificaciones que no alteran lo pactado; y, porque además este precepto sólo parece destinado a modificaciones impuestas por el empresario y no para contratos como estos en los que, de considerarse modificación las anteriores especificaciones del horario, habrían sido lícitamente admitidas en el pacto a través de cláusulas que pueden identificarse entre las conocidas de reserva de modificación contractual⁶³. Es más si, el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de diciembre de 1998 ha admitido la legalidad de cierta norma colectiva que remitía a la decisión empresarial la fijación de los horarios y la distribución final de la jornada de trabajo de los empleados a tiempo completo respetando, eso sí, ciertos límites⁶⁴, no se acierta a comprender como una parcial indeterminación como ésta podría violar los art. 1271 Cc y. 41 ET.

Finalmente, y desde esta perspectiva, creemos que tan sólo cabría acudir a preceptos constitucionales como el derecho al trabajo o a una remuneración suficiente. Y de hecho, una interpretación como la que ahora parece imponerse en España fue aparentemente rechazada por la Corte constitucional italia-

⁶² Cfr. F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato...", cit., pág. 57.

⁶³ No obstante, sobre la no siempre coincidente jurisprudencia en torno a este tipo de cláusulas cuando versan sobre tiempos de trabajo, A. BLASCO PELLICER, *La individualización de las relaciones laborales*, CES, 1995, pág. 173, quien no obstante destacaba como normalmente este tipo de cláusulas habían sido consideradas válidas y viables por nuestra jurisprudencia cuando el trabajador se comprometía a cambiar su jornada en función de las necesidades de la empresa. Para una visión más restrictiva de este tipo de cláusulas, con poderosos argumentos, véase, no obstante, J. RIVERO LAMAS, "modificación sustancial de las condiciones de trabajo", en *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2000, n. 100, pág. 873.

⁶⁴ Un comentario a la misma en E.J. MONREAL BRINGSVAERD, "Autonomía colectiva e iniciativa empresarial en la distribución irregular de la jornada", en *Actualidad Laboral*, 1999, n. 30, pág. 555 y sig.

na utilizando preceptos similares a lo ya expuestos⁶⁶. Esta cuestión rebasa, obviamente, el limitado ámbito de este primer comentario de urgencia. A nuestro juicio la voluntariedad del pacto y su plena rescindibilidad por el empleado difícilmente podrían justificar en todo caso la situación jurídica en la que, en muchas ocasiones, se vería abocado materialmente el trabajador. Será necesario analizar por tanto, caso por caso, si los resultados contractuales que parecen admisibles desde esta interpretación legal, son legítimos desde una perspectiva constitucional amplia. Y ello porque esta indeterminación dentro de la jornada ordinaria puede llevar en algunos casos –sobre todo los de mínima jornada y retribución– a una situaciones casi aberrantes que la anterior normativa, desde luego, controlaba y prohibía *ex ante* y no, como ahora, *ex post* y con este grado de indeterminación.

En cualquier caso, y si hubiera que hacer alguna valoración global, ésta, obviamente, se centraría en la extraordinaria flexibilidad que la nueva normativa legal parece permitir –obviamente no impone– en los aspectos cualitativos del tiempo de trabajo⁶⁶. Y ello no sólo para la autonomía colectiva, sino también, y esto es lo más grave, para la autonomía individual⁶⁷. En su afán de intervención mínima y poco clarificadora, la nueva norma legal –al menos, repetimos, en una interpretación literal y a la espera de su desarrollo reglamentario– parece otorgar un campo y unas posibilidades de actuación tan amplios para ambos tipos de autonomía negocial que superan incluso las peti-

⁶⁶ Sentencia de 11 de mayo de 1992, n. 210 parte de la cual no nos resistimos a transcribir: “Como ha destacado justamente la Casación, la relación de trabajo a tiempo parcial «se distingue de aquella a tiempo completo por el hecho de que como consecuencia de la reducción cuantitativa de la prestación laboral (y, correlativamente, de la retribución) deja al trabajador un largo espacio para otras eventuales actividades, cuya programación, por parte del mismo trabajador, debe ser salvaguardada, también con el fin obvio de consentirle percibir, con más relaciones a tiempo parcial, una retribución conjunta que sea suficiente (art. 36.1 de la Constitución) y realizar una existencia libre y digna)... Es del todo evidente, por tanto, que las mismas razones que excluyen el poder del empleador de variar unilateralmente la pactada ubicación temporal de la prestación laboral reducida, conduce, asimismo a excluir la admisibilidad de pactos que atribuyan al empleador un poder similar. Cláusulas de este género, de hecho, harían disminuir la posibilidad, para el trabajador, de programar otra actividad con las cuales integrar la retribución laboral recibida por la relación a tiempo parcial. Tal posibilidad –como ha sido señalado– debe en cambio ser salvaguardada, ya que sólo ella hace legítimo que por el contrato de trabajo individual pueda recibirse una retribución inferior a aquella suficiente para asegurar a él y a su familia una existencia libre y digna... Sería además ciertamente lesivo de la libertad del trabajador que por un contrato de trabajo subordinado pueda derivarse una sujeción a un poder de llamada ejercitable, no ya dentro de coordinadas temporales predeterminadas u objetivamente determinables, sino *ad libitum*, con supresión, por tanto, de cualquier espacio de libertad disponible del propio tiempo de vida, comprendido aquel no empeñado en la actividad la actividad laboral”.

⁶⁶ Vid. C. MOLINA NAVARRETE, M. GARCIA GIMÉNEZ, “Contratación laboral y política de empleo:...”, cit., pág. 52.

⁶⁷ Destacando este posible efecto R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 123.

ciones empresariales en el previo proceso de negociación. Y es que estas posibilidades no sólo se abren a la autonomía individual, sino que además ni tan siquiera se impone un plazo de modificación mínimo de 15 días como en su momento mantuvo la CEOE-CEPYME. Y todo ello sin olvidar las dificultades que esta falta de concreción podrán provocar en la actividad de control por parte de la Inspección de trabajo. La posibilidad de indeterminación horaria facilitará así el uso de ilegales "ampliaciones" de jornada con todo lo que ello conlleva para el estatuto jurídico del trabajador a tiempo parcial.

Finalmente, y desde esta perspectiva, lo que sí resulta evidente es la importancia vital que ahora asume el convenio colectivo a la hora de concretar o no los periodos necesarios de distribución horaria o incluso a la hora de exigir una cierta concreción horaria o que esta se realice en fases horarias proporcionales y continuas a la duración y horarios iniciales del contrato. Con la nueva regulación, la única limitación legal, al menos literal, sería la necesaria existencia de esta distribución y la imposibilidad de fórmulas que permitan alterar el *quantum* de horas ordinarias fijadas en el contrato⁶⁸. Pero más allá de esto nada limita su ahora omnímoda capacidad de configuración. Ésta puede dirigirse bien a fomentar reglas que den algo más de seguridad al empleado a tiempo parcial restringiendo la autonomía individual en este campo, o, por el contrario, a establecer condiciones variables que vayan desde la posibilidad de bolsas de horas ordinarias de distribución irregular, proporcionales a las ya frecuentemente establecidas en nuestra negociación colectiva para los trabajadores a tiempo completo, o a fórmulas aún más amplias como las ya existentes —aunque anuladas en algún caso bajo la regulación anterior— en algunos sectores y que permitan sobrevenidas alteraciones en la distribución y horarios de un número de horas que, eso sí, en algún periodo de referencia —normalmente el anual— debería permanecer en todo caso incólume.

Los efectos de cada una de estas opciones serán decisivos, sobre todo en aquellos sectores que asumieron la fórmula de trabajo a tiempo parcial por su posible compatibilidad con otras obligaciones formativas, familiares o incluso laborales o en aquellos contratos con menor número de horas y en la que, por tanto, mayores posibilidades se abren a su distribución dentro de la jornada ordinaria. La notable indeterminación que este tipo de fórmulas plantea puede hacer incompatibles ambas actividades. Y ello sin necesidad de que el empresario acuda a las fórmulas del art. 41 ET y, por tanto, sin posibilidad ni tan siquiera, de extinción indemnizada por parte del trabajador.

En cualquier caso, esta indeterminación es la que provoca una cierta perequidad cuando se observan las nuevas causas de extinción del pacto de horas

⁶⁸ Nuevamente, F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato ...", cit., pág. 57. Y ello con el riesgo de novaciones o "ampliaciones" temporales de la duración de la jornada ordinaria —por cierto, no infrecuentes en determinadas grandes superficies— que de ser admitidas por el trabajador cortocircuitarían prácticamente el entero esquema legal.

complementarias introducidas por la Ley 12/2001. Y ello porque la incompatibilidad entre estas otras obligaciones y las derivadas de la relación parcial puede producirse no ya sólo con las horas complementarias, sino también con las jornada ordinaria de distribución irregular o de determinación sobrevenida. Pero sobre ello volveremos más tarde.

2.4. La nueva regulación flexible del pacto de horas complementarias

El tercero y penúltimo de los campos en el que se ha centrado la reforma del CTTP, y sin duda, uno de los más afectados, es el pacto de horas complementarias regulado en un nuevo y, por cierto, bastante más reducido o "estilizado" art. 12.5 ET.

4.2.1. Los problemas en la regulación original del PHC

Como ya hemos señalado, originariamente este pacto y este tipo de horas –no del todo desconocidas en nuestro ordenamiento⁶⁹–, estaban destinadas, de un lado, a fomentar la contratación parcial indefinida –la única que era incentivada económicamente y que podía celebrar este tipo de pacto–, y, por el otro, a dotar de una cierta flexibilidad cuantitativa y cualitativa a este tipo de contratos. Flexibilidad cuantitativa, en primer lugar, en la medida en la que la necesaria estipulación por escrito de este tipo de pacto accesorio permitía al empresario asegurarse la obligatoria realización por el trabajador de una bolsa de horas de entre un quince a un treinta por cierto –dependiendo de que hubiera o no ampliación colectiva– de la jornada pactada; una jornada ésta con el mismo coste salarial de la ordinaria y sin otra contraprestación que el posible ejercicio por parte del trabajador de su derecho a la consolidación. Y en segundo lugar, de una flexibilidad cualitativa, en la medida en la que la realización de este tipo de horas permitía cubrir con un preaviso de tan sólo siete días –modificable incluso por convenio– necesidades temporales no previstas originariamente por el empleador en la fijación de la distribución horaria de este tipo de empleados⁷⁰.

El problema de este mecanismo de teórica flexibilidad fue, sin duda, que en su primitiva redacción se rodeó de tantas y tan pretendidas garantías y limitaciones que se acabó por limitar no ya sólo su capacidad de incentivación de la contratación indefinida, sino incluso su propio uso como mecanismo de formalización del trabajo suplementario a tiempo parcial⁷¹. Y es que a la típica

⁶⁹ Sobre los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales de este tipo de horas M.C. RODRÍGUEZ PIÑERO, FJ. CALVO GALLEGU, *Las horas complementarias...* cit., pág. 22 y sig.

⁷⁰ De forma más amplia M.C. RODRÍGUEZ PIÑERO, FJ. CALVO GALLEGU, *Las horas complementarias...* cit., pág. 31 y sig.

⁷¹ Esta misma apreciación, con amplias referencias a la posición en este punto de la CEOE en R. PRADAS MONTILLA, "El contrato a tiempo...", cit., pág. 13 y 14.

desconfianza frente a toda innovación normativa en nuestro sistema, se unió un resultado normativo tan abigarrado y complejo –sobre todo en la fijación de su *quantum*, o en sus a veces incomprensibles reglas legales de distribución y consolidación– que difícilmente resultaba comprensible para la mayor parte nuestros gestores de recursos humanos; en especial para el pequeño y mediano empresario español sumamente receloso frente a lo que se temía que se convirtiera en un auténtico “semillero” de conflictos y problemas⁷². Y todo ello sin olvidar que la misma normativa omitía, seguramente por mero olvido, algunas garantías básicas como la fijación de una duración mínima de trabajo en estas llamadas, la reducción de la franja horaria en la que podrían ser solicitadas en proporción a la duración de la jornada ordinaria, o, finalmente, el número de llamadas al día que de hecho reducían considerablemente la protección de estos empleados⁷³.

2.4.2. La nueva regulación del PHC

En este marco, la reforma ha actuado –al menos a nuestro juicio– desde una doble perspectiva, en cualquier caso, caracterizada por su afán ciertamente flexibilizador.

2.4.2.1. Las horas complementarias y la flexibilidad en la distribución y horarios de los trabajadores a tiempo parcial

En primer lugar, y de una forma indirecta, la reforma parece haber dulcificado su carácter de instrumento necesario e inevitable respecto de una de las dos finalidades flexibilizadoras antes señaladas. Y es que si antes del RDL 5/2001 toda necesidad de trabajo no contemplada en la distribución y horarios prefijados contractualmente –y que, obviamente, no encajase en el art. 35.3 ET– debía cubrirse bien por este expediente o por el del art. 41 ET, tras la reforma lo cierto es que la nueva regulación sobre distribución del tiempo de trabajo –a falta de su desarrollo reglamentario– ha reducido la anterior necesidad casi absoluta de esta cláusula como instrumento para flexibilizar el tiempo de trabajo desde una perspectiva cualitativa. Tras la reforma –y, volvemos a repetir, a la espera de su desarrollo reglamentario– parece posible que este tipo de necesidades inesperadas o excepcionales sea cubierto por otras vías como las posibles bolsas de horas ordinarias de distribución

⁷² Por todos, véanse R. MORON PRIETO, “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y el contrato de relevo”, en *Boletín de Legislación*, 1 de marzo de 1999, pág. 3; C. ALFONSO MELLADO, *La nueva regulación...*, cit., pág. 94; M. IGLESIAS CABERO, J.M. MARIN CORREA, *Comentario de urgencia...*, cit., pág., 39; M.C. RODRÍGUEZ PIÑERO, FJ. CALVO GALLEGO, *Las horas complementarias...* cit., pág. 148-149

⁷³ Más ampliamente M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, F.J. CALVO GALLEGO, *Las horas complementarias...*, cit., pág. 101 y sig.

irregular, de uso y retribución obligatoria por parte del empresario —lo que las diferenciaría de las horas complementarias— que se prevean colectiva o convencionalmente.

Con ello, obviamente, no queremos decir que este tipo de imperativos empresariales no puedan ser cubiertos mediante el reclamo a este tipo de pactos y horas complementarias. Tan sólo queremos destacar cómo la mayor flexibilidad legal en materia de distribución y fijación de horarios permitirá ahora, seguramente, la creación de otros mecanismos —es de desear por normas colectivas— que logren cubrir estas mismas necesidades. Y ello será especialmente importante en los contratos a tiempo parcial temporales en los que este tipo de horas no eran ni siguen siendo admisibles y en el que estas nuevas fórmulas de distribución irregular de la jornada ordinaria o pactada, pueden llegar a constituir un instrumento esencial para dotarles de una cierta flexibilidad en la distribución sobrevenida del tiempo de trabajo. Y ello, por cierto, con todo lo que esto conlleva de menor incentivación para la contratación parcial indefinida.

2.4.2.2. La nueva regulación del *quantum*, distribución y extinción del PHC

En cualquier caso, la reforma no se ha limitado a esta mera modificación indirecta. También ha alterado, y profundamente, tres de los elementos fundamentales de su anterior regulación con una clara y evidente intención flexibilizadora⁷⁴.

La primera de las modificaciones se ha centrado en el espectacular crecimiento cuantitativo de estas horas. En este sentido, es cierto que salvo norma convencional en contrario este *quantum* máximo para la autonomía individual sigue situado en un 15 por ciento de la jornada ordinaria pactada. Pero no cabe desconocer como tras la reforma el tope máximo para la suma de horas complementarias y ordinarias se ha ampliado enormemente, pasando del 77 por 100 de la jornada de referencia a, teóricamente, minutos menos de la jornada completa de referencia⁷⁵. Y esto, lejos de ser baladí, resulta de una enorme importancia ya que permite ampliar el número de horas complementarias a aquellos contratos que mayor jornada ordinaria fijen: baste recordar así como de un máximo de 183 horas complementarias previo a la reforma, se ha pasado ahora —siempre con este mismo límite del 15 por 100— a un máximo que ronda las 238 horas complementarias, lo que supone un 30 por ciento más que la cuantía máxima que proporcionaba la regulación anterior —55 horas en total—.

⁷⁴ Por todos, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 124

⁷⁵ Vid. J.M. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación...", cit., pág. 25.

Pero es que además, y en segundo lugar, a esta ampliación indirecta o por reflejo, la reforma del 2001 ha añadido otra ampliación más, ésta sí expresa, al duplicar el porcentaje máximo de estas horas que podrá ampliarse por convenio colectivo sectorial o en su defecto de ámbito inferior —las unidades adecuadas de negociación no se alteran en este caso—. Tras la reforma este porcentaje podrá ampliarse hasta el 60 por ciento de una jornada ordinaria que —volvemos a repetir— ahora puede ser inferior tan sólo en minutos a la de tiempo completo de referencia. Y de ahí que frente a las 324 horas que como máximo podían estipularse tras la reforma de 1998 hayamos pasado a más de 684 horas complementarias. Y ello, obsérvese, es casi un tercio de la jornada anual que hemos tomado como referencia, casi el doble de la anterior regulación, y supone más de cuatro meses a jornada completa⁷⁶.

Por otra parte, y en segundo lugar, la reforma ha optado igualmente por una clara flexibilización o incluso desregulación en sede de distribución de este tipo de horas. Como es bien sabido, la anterior regulación obligaba a distribuir proporcionalmente las mismas por trimestres naturales permitiendo sólo el trasvase de uno a otro de un limitado porcentaje de las no utilizadas; y todo ello tras haber agotado las que corresponderían a dicho trimestre natural y sin posibilidad de transferencia en el último trimestre. Seguramente la finalidad de todo este sistema era loable en la medida en la que se pretendía distribuir proporcional y homogéneamente su uso a lo largo de todo el año⁷⁷. Pero lo cierto es que el resultado era tan excesivamente matemático, complejo y algunas ocasiones indescifrable, que desalentaba enormemente su uso empresarial sin lograr en cambio grandes ventajas para la posición subjetiva del empleado⁷⁸.

Quizás por todo ello la reforma ha optado por la drástica eliminación de todas las complejas reglas supletorias que anteriormente limitaban la capacidad de distribución anual de estas mismas horas complementarias. Es cierto que el art. 12.5.d) ET sigue remitiéndose en primer lugar a lo establecido en el convenio colectivo de aplicación. Pero ello no debe hacernos olvidar cómo, en primer lugar, la nueva redacción del precepto abre novedosamente la posibilidad de que la autonomía individual regule todos estos aspectos⁷⁹ —salvo lo relativo a los periodos de preaviso de siete días que sólo podrán ser alterados

⁷⁶ Tomando una jornada, nuevamente de 1825 horas, entre 11 meses de trabajo efectivo son 161 horas. Con las 884 horas complementarias se podrían así cubrir bajas de hasta cuatro meses y aún sobrarían aproximadamente cuarenta horas para otras necesidades.

⁷⁷ Vid. CCOO, "El concepto de horas complementarias", en *Gaceta Sindical*, 1998, n. 169, pág. 9.

⁷⁸ Buena prueba de estos problemas en el agudo análisis de F. VALDES DAL-RÉ, "Una nueva modalidad... (II)", cit., pág. 1. Sobre el tema desde otra perspectiva M.C. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, F.J. CALVO GALLEGO, *Las horas complementarias...*, cit., pág. 88 y sig.

⁷⁹ Vid. M. RODRÍGUEZ-PINERO, F. VALDÉS, M.E. CASAS, "La reforma del mercado de trabajo...", cit., pág. 16.

por convenio⁸⁰; en segundo lugar, cómo en este caso ya no existe preferencia por el convenio sectorial, siendo el marco regulador, o la unidad adecuada de negociación simplemente el convenio colectivo de aplicación⁸¹; y, en tercer lugar, cómo la eliminación de aquellas viejas reglas supletorias provocará normalmente que ante el posible silencio del convenio y el más probable del propio contrato sea el empresario el que en ejercicio de su poder de dirección delimite y distribuya temporalmente su uso⁸² sin ningún otro límite intraanual⁸³ que los ya tradicionales relativos a las nuevas horas ordinarias, las doce entre jornadas, los descansos intrajornadas, los descansos semanales y los relativos a los trabajadores nocturnos.

Pero, en cualquier caso, donde con mayor facilidad se aprecia el cambio radical sufrido en la estructura y lógica que inspiraba en sus orígenes a este pacto es al analizar las reformas sobre su duración y el derecho de consolidación en el RDL 5/2001. Ambos aspectos fueron duramente criticados por parte de la CEOE en la reforma de 1998⁸⁴. Para esta organización dicho poder unilateral de extinción, sin más requisitos que su comunicación con un cierto preaviso al empresario una vez transcurrido un año desde su estipulación, y que —al menos según la opinión mayoritaria en nuestra doctrina— en nada afectaría al contrato principal, difícilmente encajaba con la lógica económica de la que partían nuestros empresarios: si estos escogía la modalidad indefinida de CTP a cambio de poder establecer esta cláusula de flexibilización, no parecía lógica —al menos para nuestro empresariado— que esta parcial base subjetiva del negocio pudiera ser alterada sin que el empresario pudiera ni tan siquiera condicionar la continuación del contrato principal al teóricamente accesorio pero económicamente fundamental.

Y algo similar ocurría en el caso del procedimiento de consolidación establecido como un derecho potestativo del trabajador a transformar parte de las horas complementarias efectivamente realizadas en jornada ordinaria transcurridos dos años desde la estipulación de aquél. En realidad, este derecho aparecía como la contraprestación lógica que recibía el trabajador por su permanente obligación de realizar unas horas que abonadas como ordinarias podían o no ser exigidas —y, por tanto, abonados— por el empleador. Pero su

⁸⁰ Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 125.

⁸¹ Para J.M. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación...", cit., pág. 27, esta interpretación resulta discutible puesto que el art. 12.5 ET continúa asignando la competencia reguladora de las horas complementarias a los convenios de sector o, en su defecto, de ámbito inferior".

⁸² Esta misma apreciación en F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato...", cit., pág. 59; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 124-125.

⁸³ Salvo que, como señala J.M. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación...", cit., pág. 27, el parámetro de fijación cuantitativa en el contrato sea otro, en cuyo caso será éste el que deberá tomarse en consideración.

⁸⁴ Un resumen de estas críticas en R. PRADAS MONTILLA, "El contrato a tiempo...", cit., pág. 15.

prolijo régimen jurídico presentaba –paradójicamente– numerosas lagunas que aparecían nuevamente como uno más de los diversos semilleros de problemas que jalonaban esta institución y que le restaban eficiencia y capacidad de incentivación de la contratación indefinida⁸⁵.

Frente a este contexto, el RDL 5/2001 procedió, de un lado, a eliminar esta capacidad extintiva *ad nutum* del trabajador, y, del otro, a derogar todo el apartado dedicado a la consolidación (cuya finalidad tuitiva de la continuación del pacto al menos de manera bianual, desaparecía ahora, una vez extinta o drásticamente reducida aquella originaria capacidad resolutoria *ad nutum* del trabajador). De este modo el PHC se articulaba naturalmente como un pacto indefinido salvo estipulación en contrario de duración temporal –plenamente lícita al proteger el interés del empleado–⁸⁶. Los empresarios lograban así, de un lado asegurar la permanencia del pacto de horas complementarias garantizando la permanencia de esta bolsa de horas de libre disponibilidad empresarial; y, del otro, que el ejercicio de este mismo derecho potestativo pudiera acabar mermando la bolsa de horas complementarias de las que disponía el empleador. Pero a cambio de hacer casi desaparecer el principio de voluntariedad que anteriormente presidía su regulación⁸⁷. Y ello podía ser especialmente importante porque ahora nada impide que las más de seiscientas horas complementarias que es posible fijar puedan ser exigidas año tras año sin provocar alteración alguna en su naturaleza o calificación y, por tanto, sin que nada impida al empresario dejar de utilizarlas cuando considere oportuno⁸⁸.

En este campo, la única novedad relevante de la Ley 12/2001 frente al texto del RDL 5/2001 fue la incorporación, durante su tramitación en el Senado de tres causas que permiten al trabajador “renunciar” tras un año de vigencia y con un preaviso de quince días el PHC quedando el mismo “sin efecto”. Estas tres causas, que parecen responder a un intento de compensar el marcado carácter flexibilizador de toda la reforma del CTT, son ahora la atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el art. 37.5 ET –reducción de jornada por guarda legal–; las necesidades formativas en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria; y por, último, la incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

Seguramente tendremos que esperar al desarrollo reglamentario de este precepto para identificar con total claridad todas estas causas y sus efectos

⁸⁵ Sobre los mismos, nuevamente, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, F.J. CALVO GALLEGO, *Las horas complementarias...*, cit., pág. 114 y sig.

⁸⁶ Vid. J.M. GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación...”, cit., pág. 24.

⁸⁷ Nuevamente F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato...”, cit., pág. 60.

⁸⁸ Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Propósitos y despropósitos...”, cit., pág. 126.

sobre el pacto, si bien la mayor parte de ellas parecen ser directamente ejecutables por el trabajador desde la misma aprobación de la ley. Lo que desde luego sí parece necesario señalar son las importantes carencias técnicas e incluso la misma tensión lógica que se detecta con facilidad entre este letra g) del art. 12.5 ET y el resto de la regulación no sólo de esta misma institución sino incluso del propio CTTT.

Carencias técnicas, en primer lugar, evidentes y que, además, oscurecen la clara interpretación del texto. No otra cosa cabe decir respecto a la utilización de términos como "renuncia" o "dejarse sin efectos" no muy acertados cuando hablamos de contratos o negocios jurídicos bilaterales. En cualquier caso, de una interpretación conjunta del precepto y de la recepción de algunos elementos de la anterior regulación parece deducirse que lo que se ha querido realmente establecer es una simple causa de resolución unilateral del pacto de horas complementarias por causas seguramente sobrevenidas; una extinción ésta que, ante el silencio del legislador, se producirá mediante la mera declaración recepticia del trabajador, si bien en este caso, sí parece necesario que se acrediten dichas causas por parte del empleado. Con todo, la mera posibilidad de que existan discrepancias entre las partes sobre la existencia o no de estas causas, unida a las inevitables consecuencias sobre la relación principal de una pretendida extinción injustificada por parte del trabajador, quizás hubieran recomendado una participación más activa de la jurisdicción social en estos procesos extintivos o, al menos, la utilización de acciones declarativas por parte del trabajador plenamente admisibles en estos casos.

Por otra parte, parece evidente que con estas tres causas se ha pretendido tutelar a aquellos colectivos que tradicionalmente han buscado en el contrato a tiempo parcial una fórmula voluntaria y no impuesta para compaginar esta actividad con otros compromisos vitales, formativos o laborales. Desde esta lógica, nuestro legislador seguramente ha considerado que la indeterminación en el momento de realización de esas horas complementarias resultaría incompatible con las tres circunstancias antes mencionadas. Pero quizás convendría recordar, en primer lugar, cómo con la actual regulación legal esta misma incompatibilidad sobrevenida podría incluso producirse con las jornadas ordinaria, siempre, claro está, que admitamos la posibilidad de fórmulas convencionales que establezcan sistemas mínimamente variables en la distribución de estas horas y de fijación sobrevenidas de horarios. En estos casos, sólo cabría reclamar la aplicación de los art. 23, 37.5 o 49 ET que, al menos a nuestro juicio, serían plenamente aplicables también en estos casos. Y, en segundo lugar, quizás habría que plantear igualmente si la simple extinción del PHC —que es lo que parece deducirse del, por lo demás, bastante ambiguo tenor del art. 12.5.g ET— es la respuesta más lógica ante todas estas causas y la nueva orientación dada al contrato. Y es que en relación con alguna de estas causas quizás hubiera sido más acorde con la lógica original del proyecto su caracterización como simples causas de suspensión del pacto que asegurase

su efectividad una vez concluida la misma garantizando así los intereses empresariales y la concreta finalidad teóricamente alegada por el trabajador.

Estas dificultades se hacen especialmente palpables en relación con la segunda causa de extinción, en la que, como decimos, resulta especialmente necesario esperar a su desarrollo reglamentario o colectivo; un desarrollo que habrá de especificar el supuesto de hecho, sus requisitos y condicionantes. Y es que, en primer lugar, parece lógico considerar que no toda actividad formativa deberá permitir esta extinción, aunque sí, a falta de desarrollo reglamentario, aquellos cursos que, en primer lugar, requieran la asistencia para la obtención un título académico o profesional, o los cursos de formación o perfeccionamiento profesional, de forma similar a lo que ocurre en el art. 23 ET. Y todo ello sin olvidar que de un lado, seguramente en este caso hubiera sido bastante más lógica la simple suspensión de "efectos" del PHC dada su natural limitación temporal y no, como parece la extinción sin más de dicho pacto; y que, de otro, la amplitud y facilidad de esta vía puede llevar incluso a un uso fraudulento de la misma, ya que este aparente carácter extintivo de las tres causas dificulta en este caso la posible sanción frente a actos fraudulentos.

2.4.2.3. Las nuevas posibilidades del PHC

Sea como fuere, y ya para concluir este apartado, lo que nos interesa destacar aquí es que el resultado de todo este proceso es, evidentemente, un pacto de horas radicalmente distinto, y ahora bastante más atractivo a los intereses del empleador y mucho menos protector para el trabajador a tiempo parcial.

Además, la nueva regulación del PHC no parece destinada exclusivamente a suplir las sobrevenidas necesidades de trabajo extemporáneo de los empleados trabajadores a tiempo parcial. Esta finalidad, aunque sigue existiendo, no parece incluso la fundamental. Y es que, en realidad, su enorme ampliación numérica, la eliminación de las reglas supletorias de distribución anual, y, sobre todo, la desaparición de las reglas de consolidación y la limitación de las causas de resolución unilateral por el empleado configuran una institución que ampliamente utilizada puede permitir al empleador no sólo redimensionar sin ningún tipo de requisitos o costes su empresa –solicitando o no estas amplias bolsas sin ningún tipo de exigencia administrativa o sindical–, sino también encauzar por esta vía necesidades que hasta ahora se reconducían a la contratación de otros trabajadores de forma temporal.

Para comprender todo esto quizás convenga recordar como, en realidad, el pacto de horas complementarias no es, en el fondo, sino un mecanismo por el que el trabajador acepta de antemano las modificaciones –ampliaciones y posteriores reducciones– de este tipo de jornada y horario que con las limitaciones antes indicadas le señale el empleador. Por ello este instrumento le permite al empleador cubrir sobrevenidas necesidades de trabajo, sin necesidad de alegar causa alguna tanto para su uso como para su desuso; económicamente, mate-

rialmente, no es otra cosa por tanto que un pacto que sirve para cubrir necesidades tanto indefinidas como temporales de mano de obra, que funciona sin necesidad de que el empresario alegue causa alguna, bastando con que éste haya estipulado un contrato a tiempo parcial indefinido y haya obtenido el consentimiento del trabajador. El pacto de horas complementarias reaparece así como lo que realmente es: un instrumento que, de un lado, puede desarrollar una función económicamente similar a la de la contratación temporal sin causa —si bien de forma limitada y con determinados condicionantes—, y que, del otro, permite al empresario disponer libremente de más de una tercio de la jornada de estos trabajadores, decidiendo en cada momento si la requiere o no, si la necesita o no, sin mayores costes psicológicos, administrativos o, seguramente, judiciales.

A través de este tipo de horas, si se ha pactado un número adecuado, pueden realizarse así, usándose o no, amplios procesos de redimensionamiento de la empresa sin coste económico o procedimental alguno, del mismo modo que a través de estas horas puede igualmente cubrirse necesidades que antes se encauzaban —no siempre legalmente— a través de los contratos eventuales o incluso de interinidad, por no hablar de fijos discontinuos⁸⁹. Y, además, con muchas más ventajas. La primera y fundamental, que en este caso no es necesario justificar causa alguna. El pacto de horas complementarias desarrolla a estos efectos la misma función que un contrato temporal sin causa, lo que exonera al empresario de todos los riesgos que siempre supone la a veces forzada subsunción de ciertas necesidades en algunos de los tipos del art. 15 ET. Bastará por tanto con que el o los empleado/s a tiempo parcial tengan la cualificación suficiente y logren distribuirse adecuadamente los horarios para cubrir las necesidades temporales del empleador.

En segundo lugar, tampoco cabe olvidar que al estar este pacto insertado sobre una relación indefinida, los principales problemas que desde un punto de vista productivo generaba esta contratación temporal también pueden desaparecer. Esta ampliación de jornada se realiza con un trabajador ya estable, al que puede dotársele de formación, y que se encuentra plenamente inserto en la dinámica, la lógica y el espíritu de empresa, por lo que desaparecen los tiempos muertos de formación, los obstáculos a ésta o la falta de inserción que

⁸⁹ Una reflexión sobre la relación entre el contrato fijo discontinuo y el nuevo pacto de horas complementarias en A. VALVERDE ASECIO; "El período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos". Tirant lo Blanch, en prensa. Como se afirma, "...se presenta un nuevo supuesto de contratación a que podría responder algunos de los caracteres del contrato fijo discontinuo. Nos referimos al pacto de horas complementarias como fórmula de contrato a tiempo parcial cuya determinación de la jornada de actividad sería determinada por las necesidades organizativas del empresario en función de las horas comprometidas (y que vía negociación colectiva pueden llegar a ser hasta de un sesenta por ciento de la jornada prevista en el contrato a tiempo parcial). Este planteamiento en la actualidad tiene una mayor vigencia si atendemos a la mayor flexibilidad con que se regula el pacto de horas complementarias en relación con la rigidez precedente (tanto en lo que hacía a su determinación como al régimen de consolidación de las mismas)".

siempre se han destacado como aspectos negativos de la contratación temporal desde la perspectiva empresarial. Y todo ello sin necesidad de pérdida de tiempo y dinero en los procesos de búsqueda y selección de candidatos. Y ya por último, tampoco cabe olvidar los efectos económicos. Encauzar por esta vía las necesidades antes articuladas mediante la contratación temporal estructural puede resultar no sólo más seguro y productivamente eficiente, sino también económicamente más barato. En primer lugar, porque estos contratos al ser indefinidos no sufrirían la sobrecotización que en materia de desempleo soportan hoy los temporales, ni, desde luego, la cotización añadida del 36 % en las cotizaciones comunes establecida para todos los contratos temporales salvo los de interinidad inferiores a siete días en la DA 6 de la Ley 12/2001. Pero es que además en caso de cese en su utilización no sufrirían la indemnización de cómo mínimo ocho días prevista en la mencionada ley, al mismo tiempo que podrían disfrutar de las bonificaciones y subvenciones previstas en los Planes de Empleo nacionales y autonómicos.

En definitiva, la ampliación y flexibilización de este régimen de horas complementarias parece permitir e incluso incentivar una política empresarial que tienda a sustituir un cierto número de anteriores contrataciones temporales por la celebración de un menor número de contratos a tiempo parcial con amplísimas bolsas de horas complementarias que permitirían al empleador disponer de una "plantilla flotante" a utilizar cuando sean necesario, y a eliminar sin costes ni riesgos derivados de la contratación temporal irregular. Y ello, además, con las ventajas que supone, de un lado, utilizar trabajadores ya formados e insertados en la dinámica productiva y empresarial de la organización; y del otro, de disfrutar de las medidas de fomento del empleo, abiertas ahora sí a estas contrataciones a tiempo parcial indefinidas pero que permiten concertar sobre ellas pactos que materialmente funcionan como una contratación temporal sin causa, ni topes, ni costes.

Para ello será seguramente necesario alcanzar porcentajes cercanos o iguales al 60 por ciento. Y es aquí donde la capacidad otorgada a las organizaciones sindicales a través de la negociación colectiva debe jugar un papel fundamental, asegurando o condicionando estos porcentajes a reducciones drásticas del nivel o de las tasas de temporalidad directa o indirecta —esto es, vía ETT— por parte de la empresa y a una regulación más detenida y, seguramente más protectora para todos estos empleados; una regulación ésta en definitiva que impida el tránsito de una forma de trabajo a típico, el temporal, a otro no menos atípico y de parecida precariedad como puede llegar a ser, en algunas ocasiones, el trabajo a tiempo parcial; más aún tras esta última reforma.

2.5. Normas de Derecho Administrativo Sancionador

Por otra parte, la Ley 12/2001 ha venido a colmar algunas lagunas anteriores estableciendo, en primer lugar, como infracción leve —art. 6.5 LISOS—la

omisión empresarial de información a los trabajadores a tiempo parcial de las vacantes existentes en la empresa ex art. 12.4; del mismo modo que, en segundo lugar, reconoce como infracción grave –art. 7.5 LISOS– “la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de... horas complementarias... y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12... del Estatuto de los Trabajadores”.

2.6. Derecho Transitorio

A diferencia de lo que sucedía en el RDL 15/1998, la situación de los contratos a tiempo parcial estipulados con anterioridad no ha recibido un tratamiento especial, ni en el RDL 5/2001 ni en la Ley 12/2001. En ambos textos legales tan sólo se prevé en su DT 1 que *“los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de esta ley... continuarán rigiéndose por la normativa legal o convencional vigente en la fecha que se celebraron”*.

Estas reglas de transitoriedad que en el caso de los contratos temporales no suelen tener especial transcendencia dada su duración limitada y normalmente escasa en el tiempo, y, por consiguiente, su final desaparición de la realidad social, pueden tener sin embargo un efecto algo contraproducente cuando nos enfrentamos ante modalidades de duración indefinida como puede ser el CTTP. Y es que en este caso –por no hablar de los fijos periódicos analizados en otro trabajo de este mismo monográfico⁹⁰– podemos encontrarnos con al menos tres tipos de CTTP: los estipulados antes del RDL 15/1998, que, por ejemplo, sí podían realizar horas extraordinarias; los estipulados al amparo de éste; y los nuevos CTTP. Y todo ello sin olvidar que incluso cabría distinguir una cuarta “subespecie”: los CTTP firmados al amparo del RDL 5/2001 y que presentan algunas modificaciones con respecto a la Ley 12/2001, por ejemplo, la inexistencia de causa alguna de ruptura unilateral por parte del trabajador del mero PHC.

El resultado de todo esto es una situación bastante confusa que, desde luego no ayuda a una adecuada gestión de personal en nuestras empresas. Por poner sólo un ejemplo, piénsese en las reglas del pacto de horas complementarias o las relativas a la distribución y fijación de los tiempo de trabajo, o aquellas relativas a la consolidación. A nuestro juicio estas normas no son una mera regulación de condiciones de trabajo sometidas, por tanto, a una retroactividad mínima. En nuestra opinión estas normas se encuentran inescindiblemente unidas a la modalidad contractual a tiempo parcial. Y por tanto, para ellas rige indudablemente la regla de la irretroactividad propia de la sucesión normativa en el tiempo de este tipo de normas⁹¹. Desde esta pers-

⁹⁰ Sobre esta situación que se califica, no sin acierto, como “el colmo de la confusión”, F. CAVAS MARTÍNEZ, “El nuevo contrato...”, cit., pág. 56

⁹¹ Esta misma opinión en J.M. GOERLICH PESET, “La reforma de la contratación...”, cit., pág. 26 y 27, en especial en relación con las reglas de distribución y los mecanismos de consolidación.

pectiva, los contratos a tiempo parcial y los pactos de horas complementarias firmados al amparo del RDL 15/1998 seguirán sometidos a dichas reglas tras la reforma⁹², por ejemplo, en todo lo relativo al *quantum* -30 y no 60 por 100-, a las reglas subsidiarias y a las unidades adecuadas de negociación y regulación en sede de distribución -imposibilidad de regulación por contrato individual, distribución por trimestres naturales, limitaciones para su transferencia- o, sobre todo, en todo lo relativo a extinción y consolidación del PHC.

Y todo ello sin olvidar que el carácter de norma mínima de derecho necesario típico de la norma laboral y, sobre todo de buen parte de las ahora derogadas, unida a la perspectiva flexibilizadora de la reforma hará que, a diferencia de lo que sucede normalmente, ésta no provoque la nulidad de aquellas normas colectivas que recogiendo, desarrollando o incluso mejorando la normativa anterior, desarrollaban y contenían instituciones ahora derogadas y que aún continúan vigentes. En otras palabras, y por poner un ejemplo, a nuestro juicio es evidente que la derogación de las normas legales sobre consolidación o extinción *ad nutum* del pacto de horas complementarias en nada cuestionarán la plena vigencia de aquellas normas colectivas negociadas con anterioridad pero con un plazo de vigencia posterior a la reforma que las contemplaban. Y es que la norma legal lo que hace es eliminar del esquema legal las mismas, no prohibir, evidentemente, su inclusión en normas colectivas.

El resultado de todo este espectáculo de la confusión puede llegar a suponer un auténtico galimatías en su estatuto y en sus fuentes de regulación que dificultará sin duda el desarrollo de una adecuada gestión de los recursos humanos en nuestras empresas, y que, en ocasiones, puede llevar incluso al empresario a buscar fórmulas de transición, más o menos traumáticas, de una a otra modalidad.

3. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA Y DEL CONTRATO DE RELEVO

Finalmente, la última gran innovación en la tramitación parlamentaria del proyecto derivado del RDL 5/2001, ha sido la incorporación, durante su tramitación en el Senado, de una nueva regulación tanto del contrato de relevo,

⁹² Cuestión distinta, y esta aún más complicada es lo que sucederá con los pactos de horas complementarias celebrados con posterioridad a la reforma pero sobre CTPP cuya vigencia se inició previamente, bajo la vigencia del RDL 15/1998. Y ello porque a pesar del tenor literal de la DT 1 Ley 12/2001 parece impedir la aplicación de esta normativa a los contratos firmados con anterioridad, tampoco cabe olvidar la naturaleza de pacto específico del PHC. Sobre el tema, J.M. GOERLICH PESET, "El Real Decreto-Ley 5/2001, de reforma del mercado de trabajo: análisis y balance de urgencia", en *Justicia Laboral*, 2001, n. 6, pág. 16.

como del contrato de trabajo del trabajador relevado y, sobre todo, de su jubilación parcial⁹³.

En líneas generales, podríamos decir que dos son los vectores fundamentales que han guiado esta reforma. El primero, pero sin duda, el menos importante, dado el papel ya realizado por la reforma de 1998, el de seguir insistiendo en un proceso de paulatina flexibilización de esta modalidad de contratación temporal no estructural a fin de fomentar una utilización; una utilización que, ya desde un principio, ha sido ciertamente escasa cuando no casi incidental⁹⁴. Y la segunda además, adecuar su regulación a la nueva perspectiva que sobre la edad de jubilación se extraía no sólo del Pacto de Toledo, sino del más reciente Acuerdo para el desarrollo y mejora del Sistema de Seguridad Social. Pero vayamos por partes.

Por lo que se refiere a la primera línea de la reforma, buen ejemplo de ella lo tenemos en la ampliación del posible abanico de reducción del tiempo de trabajo y de salario del contrato del relevado que pasa ahora del 30 al 25 por 100 y del 77 al 85 por 100 respectivamente. La desaparición del porcentaje máximo del 77 por 100 en la delimitación del tipo general del CTTP quizás hubiera permitido eliminar estos porcentajes específicos imponiendo únicamente el carácter a tiempo parcial del contrato de trabajo del jubilado parcial. Pero seguramente en la decisión del legislador ha pesado no sólo el deseo de evitar situaciones en las que, bien la prestación de jubilación parcial, bien la prestación laboral a tiempo parcial, resultasen tan marginales que no justificasen la puesta en marcha de este complejo mecanismo, como también el deseo de evitar el posible mantenimiento artificial o marginal de contratos de trabajadores relevados con la única finalidad formal de legitimar contratos temporales anuales de relevo a tiempo completo y sin ninguna conexión con

⁹³ Sobre el contrato de relevo, de forma previa a la reforma, y junto a otros trabajos ya citados, A. OJEDA AVILÉS, "Los contratos a tiempo parcial y de empleo compartido", en *Documentación Laboral*, 1985, n. 15, pág. 27 y sig.; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "El contrato de relevo", en *Documentación Laboral*, 1985, n. 15, pág. 43 y sig.; A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Jubilación Parcial y reparto de trabajo. Análisis de la regulación española dentro del ámbito europeo", en *Revista de Seguridad Social*, 1985, n. 26; E. GARRIDO PÉREZ, *El contrato de relevo*, MTSS, Madrid, 1987; L. LÓPEZ CUMBRE, "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo", en *Tribuna Social*, enero de 1998, pág. 50 y sig.; L. MELLA MENDEZ, "Consideraciones sobre el contrato de relevo", en *Actualidad Laboral*, 1998, n. 46, pág. 865 y sig.; E. GARRIDO PÉREZ, "Contrato de relevo", en AAVV, *Trabajo a tiempo parcial*, cit., pág. 63; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "Jubilación Parcial y contrato de relevo: balance y perspectivas de una institución revitalizada", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1999, n. 18, pág. 193 y sig.; M.D. RUBIO DE MEDINA, "Cuestiones de Seguridad Social en el contrato de relevo y en la jubilación a tiempo parcial", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1999, n. 19, pág. 93 y sig. F. SALINAS MOLINA, "Jubilación Parcial", en *Justicia Laboral*, 2000, n. 3, pág. 5.

⁹⁴ Baste señalar que si en 1993 se celebraron 1582 contratos de relevo, esta cifra descendió hasta los 213 en 1996.

la actividad realizada por el trabajador relevado. Pero sobre ello volveremos más tarde.

Por otra parte, un segundo ejemplo de esta misma perspectiva flexibilizadora es la novedosa posibilidad de que el trabajador relevista no tenga por qué ser ya un desempleado⁹⁵. Tras la reforma operada por la Ley 12/2001 este tipo de contratos también podrá realizarse con un trabajador que tuviera en vigor con la empresa un contrato de duración determinada, si bien la amplia interpretación que del anterior requisito hizo nuestra jurisprudencia limita su importancia práctica. En cualquier caso, con ella se logra facilitar esta nueva contratación al permitir al empresario la continuidad de un empleado que ya conoce y valora. Pero, al mismo tiempo, se suscita el inevitable problema de las consecuencias que sobre el contrato de relevo tendría un hipotético origen ilegal de aquella primera contratación temporal. En estos casos, parece evidente que si dicha ilegalidad hubiera debido provocar su conversión en un contrato indefinido, y además no han transcurrido entre uno y otro contrato más de veinte días hábiles —parece que la ley parte directamente de una conversión—, ha de considerarse dicha novación, esté o no acompañada de un teórico finiquito de la misma, como ilegal, ya sea por constituir una renuncia ilegal de derechos, como por los posibles errores en la formación de la voluntad en los que habría podido incurrir el empleado⁹⁶.

Finalmente, y dentro de esta primera línea flexibilizadora, tampoco cabe olvidar como, en general, la regulación más flexible de la distribución del tiempo de trabajo en los contratos temporales podría también ayudar a fomentar la utilización de este mecanismo cuya necesaria revitalización ha sido solicitada insistentemente por nuestros interlocutores sociales.

En cualquier caso, bastante mayor importancia ha tenido el segundo vector de desarrollo de la reforma: la nueva orientación que en materia de jubilación ha tenido el Acuerdo sobre desarrollo y mejora del Sistema de Seguridad Social. Y ello porque la perspectiva más elástica que en él se otorga a la edad de jubilación⁹⁷, y la clara potenciación que a través de reducciones en la cuotas se prevé para la continuación de actividad tras alcanzar la edad de jubilación, casaba mal, o simplemente no casaba —como de hecho ocurría también con la vieja DA 10 ET— con una regulación que partía de la extinción del contrato del empleado relevado y, con él, del contrato de relevo, cuando se alcanzaba la edad de jubilación. Esta vieja regulación, ligada a una política de reparto de empleo que justificó la imposición de jubilacio-

⁹⁵ Sobre esta exigencia y su diferencia con trabajador en situación legal de desempleo vid STSJ de Cataluña de 2 de septiembre de 1999 (AS 3615)

⁹⁶ SSTs de 20 de febrero y 25 de marzo de 1997 (RJ 1457 y 2619)

⁹⁷ Vid., J. LÓPEZ GANDÍA, "El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo", en *Revista de Derecho Social*, 2001, n. 14, pág. 25 y sig.

nes forzosas, provocaba que la novación originaria del contrato –fuese o no ésta extintiva, sobre ello no podemos detenernos– no sólo afectase a su jornada sino también a la duración del previo contrato, pasando por tanto de un contrato normalmente indefinido a otro –al menos a nuestro juicio– temporal a término cierto.

Desde esta perspectiva la reforma del contrato del trabajador relevado –ya que su jubilación parcial escapa al tema de este comentario– se ha centrado en la supresión de este carácter de pacto a término. En la nueva redacción del art. 12.6 ET el contrato de este empleado no se extingue necesariamente al alcanzar la edad de jubilación contributiva. Esta extinción se produce según las reglas general al acontecer la jubilación total, lo que podrá o no acontecer en dicha fecha, con la consiguiente eliminación del término que obliga a considerar este contrato entre los temporales. Y esta nueva orientación –ligada lógicamente a la derogación de la DA 10 ET– tiene una enorme relevancia al provocar, por ejemplo, que este contrato escape de las reglas especiales sobre contratación temporal y, en especial, sobre indemnización a su finalización, o de cotización añadida sobre desempleo, especialmente gravosa en estos casos de contratación a tiempo parcial. Y que, además, se abra la posibilidad, al menos teórica, de que este tipo de contratos estipulen pactos de horas complementarias, tema éste que, sin embargo, no podemos abordar dada su complejidad.

Además, y de forma coherente con la voluntad reflejada en el mencionado Pacto de incentivar la continuación de la actividad más allá de la edad normal de jubilación, la reforma prevé también novedosamente la posibilidad de proceder a esta novación contractual una vez se ha alcanzado la edad de jubilación. En estos casos, la jubilación habrá dejado de ser anticipada, siendo ya sólo parcial –con el consiguiente impacto sobre algunas normas reglamentarias del RD 144/1999–, si bien lo que sí parece claro es que también en estos casos dicha novación, como tal, requerirá igualmente el consentimiento del empleador. Y ello porque si bien es cierto que la jubilación es en principio un derecho del trabajador y que en este caso desaparece la principal obligación del empresario –la de estipular el correspondiente contrato de relevo– tampoco cabe desconocer que en estas hipótesis la jubilación parcial no supone sólo la extinción de una relación como en cambio sí sucede con la jubilación total; en este caso la jubilación parcial se liga a una novación del contrato a tiempo parcial que no parece que pueda ser impuesta unilateralmente al empresario.

Ligado a todo ello se producen, lógicamente, los consiguientes cambios en el contrato de relevo. Algunos de ellos, como la posibilidad de que el contratado sea estipulado con un empleado ya vinculado por un previo contrato temporal han sido previamente analizados, mientras que otros, como la expresa declaración del posible carácter indefinido de este contrato, sólo vienen –al menos a nuestro juicio– a aclarar una posibilidad que la anterior normativa desde luego no prohibía. En cambio, bastante mayor interés presentan las

nuevas reglas sobre su duración, inevitablemente alteradas por las modificaciones producidas en el contrato del relevado y que seguramente obligan a hablar ya, claramente, de dos tipos bastante diferentes de contratos de relevo, sometidos a dos lógicas y finalidades radicalmente opuestas.

En primer lugar, cuando el contrato de relevo se realiza ligado a una jubilación parcial y anticipada del trabajador relevista —el que podríamos denominar contrato de relevo necesario, tradicional, o en sentido estricto—, la regla seguirá siendo el carácter necesario, temporal y a término cierto de este pacto que se extinguirá cuando llegue la edad de jubilación del trabajador relevado. Es más, este carácter de contrato a término y no a condición llega hasta tal punto que incluso la continuación de la relación del relevado una vez alcanzada su edad de jubilación no provoca la prórroga automática del pacto de relevo. Este pacto se extingue salvo que implícita o tácitamente se prorrogue el contrato. Y de ahí que, al menos a nuestro juicio, nada merme la vigencia, quizás levemente matizada, de las viejas normas reglamentarias que aún regulan en estos casos las consecuencias del cese anticipado del trabajador relevista o del despido improcedente sin readmisión del trabajador relevado antes de alcanzar la edad de jubilación. En el primer caso, el empresario deberá seguir sustituyéndolo en el plazo de quince días por otro desempleado —quizás ahora, con otro empleado con el que mantenga un contrato temporal—, del mismo modo que en el segundo deberá sustituirlo por otro desempleado o proceder a ampliar la jornada del relevista —art. 9.1.2 RD 1991/1984 de 31 de octubre—. Y es que en este contrato sigue presente y palpable la finalidad de reparto de empleo que lo hace obligatorio durante la prestación de la jubilación anticipada como justificación de las cargas asumidas previamente por el sistema de protección social.

En cambio, las principales novedades se producen cuando el contrato de relevo se estipula o se prorroga una vez que el empleado ha alcanzado los sesenta y cinco años. Y ello porque para ambos casos —prórroga o estipulación ex novo del contrato de relevo— la ley prevé ahora la posibilidad, y no la obligatoriedad, de estipular contratos temporales de un año u, obviamente, y aunque sólo se prevea expresamente en el caso de estipulación ex novo, la de convertir la relación en indefinida.

En cualquier caso, lo que sí debe destacarse aquí es que frente al anterior contrato de relevo de carácter necesario, este nuevo tipo de contrato de relevo potestativo para el empleador no es sólo voluntario para éste, sino que incluso en el diseño legal aparece más bien como un instrumento de fomento de la jubilación parcial y de la conservación de la relación del trabajador relevado. Al permitir al empresario una contratación temporal anual sin causa, que puede ser incluso a tiempo completo y para funciones distintas de las del relevado —ha desaparecido la referencia especial a los altos directivos— se está incentivando la continuación de este tipo de relación que, además, verán reducidas drásticamente sus cargas sociales. Y si a ello unimos el incentivo que para los empleados puede suponer la diferencia económica entre un porcenta-

je de su salario y la misma proporción de su jubilación encontraremos las razones por la que este mecanismo, ahora de conservación de la relación, puede alcanzar un mayor éxito en un futuro no muy lejano.

Con todo, lo que sí parece evidente es que en estos casos difícilmente resultarían aplicables las dos normas especiales contempladas en el art. 9. RD 1991/1984. La del art. 9.2 RD por simples razones gramaticales: en estos supuestos los despidos improcedentes siempre se producirán una vez alcanzada la edad de jubilación por el trabajador relevado. Y por lo que se refiere al cese del trabajador relevista, parece evidente que lo que en un principio es una simple facultad no puede convertirse más tarde en una obligación para el empresario. Esta obligación de sustitución puede tener sentido cuando el contrato es necesario para justificar el desembolso público ligado a una jubilación anticipada sin coeficientes correctores aunque ésta sea parcial; pero no para estos supuestos de ahorro al erario público que trata de fomentarse tanto mediante esta posibilidad de contratación sin causa como, en un futuro, mediante reducciones en la cotización del trabajador/jubilado parcial.

4. CONCLUSIONES

Tras todo lo dicho, parece evidente que —dejando a un lado la problemática del todo peculiar del contrato de relevo— la reforma operada por el RDL 5/2001 y confirmada en gran parte por la Ley 12/2001 ha venido a suponer una alteración drástica, de enorme calado, no sólo de la estructura, sino también de buena parte de la propia lógica y finalidad social del CTPP. Mediante puntuales modificaciones, mediante una cirugía de precisión, de intervención en apariencia mínima, la reforma ha dinamitado tres de los pilares esenciales sobre los que se sustentaba el modelo de CTPP. Y todo ello desde una perspectiva claramente flexibilizadora⁹⁸.

En primer lugar, la desaparición del tope porcentual no sólo ha ampliado el campo de la regla de la proporcionalidad —con todo lo que ello supone no sólo para los derechos retributivos sino también para la protección social de estos empleados— sino que también ha difuminado la frontera entre una y otra modalidad contractual. Es cierto que éste, como siempre, se sitúa en minutos y que incluso puede sostenerse que dicho porcentaje sigue existiendo aunque ahora sea el del 99,99 por 100. Pero lo cierto es que, la desaparición de ese *gap*, de esa zona de seguridad del 23 por 100 de reducción de jornada sin alteración de la anterior naturaleza de contrato a tiempo completo, no sólo ha ampliado el campo de actuación del CTPP y, por tanto, sus posibilidades de flexibilidad, sino que también ha vuelto a poner de actualidad problemas que

⁹⁸ Por todos, F. CAVAS MARTÍNEZ, "El nuevo contrato...", cit., pág. 44; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", cit., pág. 118.

en un principio parecían claramente deslindados como los trabajadores a tiempo completo con jornada reducida.

Pero en cualquier caso, las novedades más importantes no se centran ahí, sino en los problemas ligados a la distribución y cuantía del tiempo de trabajo, tanto ordinario como complementario. En el caso del pacto de horas complementarias es evidente que la reforma ha dinamitado muchas de las reglas que intentaban compensar la flexibilidad que aportaba, aunque en menor medida, este instrumento dentro del esquema del RDL 15/1998. En algún caso, señaladamente en relación con la normas sobre distribución, esta eliminación resultaba, al menos a nuestro juicio, incluso razonable dada la enorme complejidad que éstas representaban y el hecho de que en la inmensa mayoría de ocasiones la incompatibilidad entre este tipo de horas y las necesidades del trabajador no eran tanto de distribución como de horario y fijación. Mucho más discutible y criticable es la posible entrada en este campo de la autonomía individual. Pero desde luego lo más destacado y lo que desde luego ha cambiado incluso su propia finalidad, ha sido la desaparición –salvo reincorporación mediante convenio colectivo– de las reglas sobre consolidación, la limitación de las causas de extinción del empleador y, desde luego, las extraordinarias posibilidades de ampliación numérica derivadas tanto de la desaparición del porcentaje general del 77 por 100 como de su posible crecimiento por convenio colectivo hasta el 60 por 100 de la jornada ordinaria pactada. Con su nueva y “estilizada” –si se nos permite la expresión– regulación las horas complementarias ahora ya sí se han convertido en un instrumento extraordinariamente eficiente en las políticas de ajuste puntual entre las necesidades empresariales y las dimensiones de la empresa. En su nueva, escueta, y desde luego bastante menos compleja y matemática regulación, el pacto de horas complementarias sí se ha convertido en un instrumento sumamente útil para crear empresas de dimensión flexible o de geometría variable. Cuestión distinta es el quebranto que esta nueva regulación puede tener sobre el estatuto jurídico de unos trabajadores a tiempo parcial.

En cualquier caso, sin duda el elemento más llamativo ha sido la eliminación de las anteriores reglas que limitaban las posibilidades de sobrevenida distribución y fijación de horarios de la jornada ordinaria. Junto a la anterior voluntariedad del PHC, estas normas garantizaban en definitiva la compatibilidad de este tipo de contrato con otras obligaciones familiares, laborales o formativas de estos empleados. Su desaparición, al menos en principio, abre la posibilidad de fórmulas en extremo flexibles dentro de la jornada ordinaria que lo aproximan peligrosamente al trabajo a llamada. Y ello no sólo para la autonomía colectiva, sino, y lo que es más grave, para la propia autonomía individual. De ahí lo limitado –aunque importante– de la modificación introducida por el Senado en el art. 12.5 ET. Y es que resulta llamativo que la Ley trate de proteger a estos colectivos –con responsabilidades familiares, estudios u otra actividad laboral– permitiendo la resolución del PHCC cuando, en realidad, tras la reforma, la incompatibilidad se puede producir más que con la jornada

complementaria, con las mismas horas ordinarias; al menos cuando haya un pacto que dote a las mismas o a un cierto número de ellas de una cierta flexibilidad en su distribución o, simplemente, en la fijación de los horarios.

Con todo, no quisiéramos concluir sin realizar al menos cuatro observaciones. La primera, directamente conectada con todo lo anterior es que así interpretado, el CTTTP puede presentar incluso algunas dudas de constitucionalidad. La flexibilidad que el modelo legal permite en la sobrevenida distribución del tiempo de trabajo ordinario puede hacer que, sobre todo en contratos de escasa jornada ordinaria, se impida por una mínima retribución la compatibilidad de esta prestación con las necesidades familiares, formativas, o incluso el mismo derecho a una retribución digna y suficiente del empleado. Por ello, cabe incluso plantear si una interpretación como la que parece extraerse del texto de la ley, y la que desde luego, parece haberse buscado con la reforma, es realmente admisible en nuestro marco constitucional. Esta duda podría incluso provocar la necesidad de un control, ahora individualizado y *ex post*, que la anterior regulación impedía preventivamente y de forma general.

La segunda es que la extremada flexibilización que realiza el RDL 5/2001 puede tener un efectos incentivador no uniforme sobre las distintas modalidades de CTTTP que permite nuestro ordenamiento. Y ello porque si bien es cierto que el PHC sí resulta ahora, al menos desde la teoría, un elemento extremadamente incentivador de la contratación indefinida, no lo es menos que las novedosas reglas sobre distribución del tiempo de trabajo ordinario pueden tener un efecto quizás no previsto de incentivación de la contratación temporal; una contratación temporal a tiempo parcial, que al menos en parte se había ralentizado bajo la anterior vigencia del RDL 15/1998.

La tercera es que la extrema flexibilidad introducida por la reforma otorga un papel fundamental a la negociación colectiva en la regulación de esta modalidad. Y lo que es más, que ésta debiera ejercerla, sobre todo para limitar el enorme campo que la misma reforma ha abierto a la autonomía individual. Tras la reforma parece necesario que las plataformas sindicales incorporen reglas que, sobre todo, limiten en parte la casi omnímoda capacidad de la autonomía individual en la fijación de los tiempos de trabajo y en relación con el PHC⁹⁹. Seguramente no pretendiendo volver a sistemas rígidos como el establecido por el RDL 15/1998 –difícilmente asumible por nuestro empresariado–, pero sí acudiendo a otras fórmulas que incorporen algún grado de flexibilidad; una flexibilidad que, por ejemplo, permita compaginar las necesidades empresariales con las posibilidades de incorporar por esta vía a colectivos que desean conciliar su vida activa con otras necesidades vitales, formativas, familiares o incluso laborales. Y ello no es imposible. Piénsese, por ejemplo, en modelos que

⁹⁹ De forma reiterada J.M. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación...", cit., pág. 25 y sig.

permitan esta cierta flexibilidad horaria, tanto mediante horas ordinarias como complementarias, pero dentro de períodos más limitados que la extensa jornada ordinaria; períodos éstos de muy diversa tipología y extensión en los que podrían cubrirse las cambiantes necesidades empresariales y que serían proporcionales a la jornada ordinaria fijada para estos empleados. Estas fórmulas permitirían una cierta capacidad de adaptación empresarial al mismo tiempo que garantizarían la compatibilidad entre este tipo de contratos y otras necesidades personales. Y además facilitarían la incorporación al mercado de trabajo de unos colectivos hasta ahora retraídos y cuya participación en nuestro mercado de trabajo se antoja cada vez más importante si se observa la evolución de nuestra pirámide de población, su envejecimiento y evolución, y las necesidades de nuestro sistema de protección social.

En cualquier caso, estas últimas observaciones llevan a la última de las cuestiones que quisiéramos plantear y que enlaza, curiosamente, con la misma apreciación con la que comenzábamos este capítulo. Y es que sorprende comprobar como, transcurridos ya más de veinte años desde su recepción legal, el CTTTP se encuentra aún en una fase de permanente alteración, de búsqueda continua de su nicho o sentido en el sistema de contratación español¹⁰⁰. Frente a la relativa estabilidad de otras modalidades, el CTTTP ha sufrido en estos últimos años cambios tan radicales que sólo se justifican por el permanente desencuentro entre los agentes sociales sobre el sentido y finalidad del CTTTP. Desde esta perspectiva, si la reforma de 1998 fue en gran parte la plasmación del modelo sindical –aunque con algunas matizaciones–, la reforma del 2001 ha significado, mediante un derribo estratégico, la de la incorporación de gran parte del modelo empresarial¹⁰¹. O, si se nos permite, incluso más. Y de ahí, quizás, todos los problemas.

El desarrollo y la normalización del trabajo a tiempo parcial en nuestro sistema pasan inevitablemente por una mayor estabilidad del modelo normativo. Y esta estabilidad pasa igualmente por un cierto consenso entre nuestros interlocutores sociales; un consenso en el que ninguna de las partes imponga totalmente y sucesivamente su modelo a la otra, como ha venido ocurriendo durante estos últimos años. Y en este sentido, la negociación colectiva de los próximos años puede ser un escenario ideal para buscar con fórmulas imaginativas ese punto de encuentro que permita compaginar los intereses de flexibilidad y seguridad en la que se mueven, hasta ahora sin encontrarse, nuestros interlocutores sociales¹⁰².

¹⁰⁰ Veanse en este sentido las interesantes observaciones de R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Propósitos y despropósitos...", *cit.*, pág. 120.

¹⁰¹ Una valoración de este tipo –común por lo demás a los primeros comentaristas de la reforma– en J.M. GOERLICH PESET, "La reforma de la contratación...", *cit.*, pág. 17.

¹⁰² Un ejemplo de estas soluciones imaginativas y de compromiso puede en el art. 11 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (BOE de 10 de agosto)