

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE CONDICIONES DE TRABAJO TRANSPARENTES Y PREVISIBLES Y EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Alberto Pastor Martínez
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Autònoma de Barcelona

El pasado mes de enero, la vicepresidenta segunda del Gobierno y ministra de Trabajo y Economía Social, en la Comisión de Trabajo, Economía Social, Inclusión Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados, señalaba como uno de los objetivos de la XV Legislatura la de la reducción del tiempo de trabajo, hasta las 37,5 horas a la semana sin merma de las retribuciones salariales para *“mejorar la compatibilidad del tiempo de trabajo con el resto de los usos del tiempo, el reparto equilibrado de las tareas de cuidados, la formación, el ocio o la participación social”*. El 22 de febrero de 2024, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobaba una Proposición no de ley relativa a la reducción de la jornada máxima legal de trabajo ordinario en la que se instaba al Gobierno a abrir con carácter urgente un proceso de diálogo social que culmine con la modificación del artículo 34 del TRLET, así como de todas aquellas disposiciones pertinentes, *“para incorporar una reducción de la jornada laboral de aplicación progresiva, empezando por la fijación, para este año 2024, de una jornada máxima ordinaria de trabajo efectivo de 38 horas y media”*.

Sin duda, la reducción de la jornada es una medida de hondo calado y con mucha trascendencia a la que esta propia revista ha dedicado uno de sus últimos editoriales (3/2023). La dimensión cuantitativa de la jornada por ser una variable de repercusión pluridimensional, con afectación a ámbitos muy diversos, debe, por ello, de ser objeto de la debida consideración. Sin embargo, ello no puede ni debe significar el olvido de la dimensión cualitativa del tiempo de trabajo. Si resulta importante cuánto trabajamos, también lo es cuándo y de qué forma lo hacemos. El tiempo de trabajo conforma y condiciona el resto de nuestros tiempos vitales, personales y sociales. Deviene, por la necesidad que tenemos de trabajar y por el carácter obligatorio de la jornada ordinaria, de trabajo la membrana que condiciona el resto de nuestros tiempos. No es lo mismo, en este sentido, trabajar conforme parámetros predeterminados en lo que se refiere a los días y horas de trabajo, que no saber cuándo ello habrá de ocurrir o incluso no saber cuántas horas habremos de trabajar. En ese caso las fronteras entre vida laboral y personal se tornan líquidas, impidiendo o cuando menos, dificultando enormemente la conciliación e incluso el desarrollo de una propia vida personal y devienen un factor de riesgo psicosocial.

Las actuales formas de organización del trabajo –derivadas de fenómenos como la digitalización, la globalización, el postfordismo o los sistemas de producción de especialización flexible– han determinado demandas cada vez mayores de flexibilización en la gestión del tiempo de trabajo. Además de la generalización de las fórmulas de distribución irregular de la jornada –recuérdese como la reforma en el 2012 del artículo 34.2 del TRLET supuso la implementación *ex lege* de la posibilidad de que la empresa distribuya irregularmente hasta el 10% de la jornada ordinaria de trabajo–, en algunos casos esa flexibilización es casi total y llega a definir prácticamente esas nuevas formas de empleo –el denominado contrato de cero horas o el trabajo a demanda o desarrollado en plataformas– o, por la forma en que se estructura normativamente el contrato, pasa a convertirse en una característica estructural del contrato (las horas complementarias del trabajo a tiempo parcial o la determinación de los periodos de trabajo en el contrato fijo discontinuo). Una flexibilización que se proyecta en el propio *quantum* de la jornada y, por ende, de la retribución salarial en las fórmulas de trabajo a demanda.

La aprobación, el 20 de junio de 2019, de la Directiva 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea constituye un primer intento normativo de garantizar, la previsibilidad de las condiciones de trabajo. Como señala en sus considerandos, las profundas modificaciones que han experimentado los mercados de trabajo han supuesto la aparición de formas nuevas de empleo que pueden divergir significativamente, por lo que respecta a su previsibilidad, de las relaciones laborales tradicionales. Una situación ante la que el legislador europeo adopta dos grandes líneas de actuación. Una, más continuista, consiste en el establecimiento (Capítulo II) de una serie de deberes informativos que modifican y amplían los contenidos de la Dva 91/533/CEE relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo que queda derogada. Y otra más innovadora que supone el reconocimiento de “*ciertos derechos mínimos nuevos destinados a promover la seguridad y la previsibilidad de las relaciones laborales*”. Ha de destacarse –y ello es de suma importancia por lo que luego se dirá en lo que se refiere al alcance de esta Directiva–, que el reconocimiento de esos “derechos mínimos nuevos”, que aunque en los considerandos se aluda a la necesidad “*de enmarcar adecuadamente el desarrollo de nuevas formas de empleo*”, lo que parecería indicar que se van a reservar sólo a esas nuevas formas de trabajo, luego, sin embargo, en su parte dispositiva se reconocen “*a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*” (artículo 1) Un reconocimiento subjetivo amplio que debemos considerar positivo por cuanto, aunque la falta de previsibilidad es especialmente acusada en determinadas formas de empleo, en realidad puede afectar a todo trabajo al constituir un efecto de la forma en que se predeterminan las condiciones de trabajo.

Sin duda, como ha sido advertido por algún comentarista, el contenido de la Directiva podría afrontar el problema de la falta de previsibilidad de forma mucho más incisiva a cómo lo hace. Así, aunque puedan valorarse en forma positiva la mejora de los deberes informativos que supone con relación a la Directiva 91/533/CEE (artículos 4 a 7), el establecimiento de una normativa uniformadora de los periodos máximos de prueba (artículo 8) o la garantía del denominado empleo paralelo o concurrente (artículo 9). Mayores dudas, por su poca ambición e indeterminación, arrojan las previsiones referidas a la transición a otras formas de empleo (artículo 12), la formación obligatoria (artículo 13) o, significativamente, las referidas a los contratos en los que mayor falta de previsibilidad se produce, los contratos a demanda o similares (artículo 11). La normativa deja a los Estados la decisión sobre la admisibilidad de este tipo de contratos y únicamente les impone la obligación de adoptar “una o varias” de las medidas siguientes para evitar prácticas abusivas: a) “*limitaciones en el uso y la duración*”, sin concretar en ninguna forma cuáles habrían de ser; b) y una tibia garantía de trabajo mínimo garantizado que consiste en una “*presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un periodo determinado*” en la que no se precisa cómo se puede refutar la presunción, los parámetros mínimos de consolidación de jornada ni a garantizarla por su carácter facultativo para los Estados.

Por lo que se refiere a los contenidos más directamente vinculados con la previsibilidad en materia de tiempo de trabajo, dos son las garantías que se contienen en la norma europea. La primera se refiere a la información que en materia de tiempo de trabajo se debe suministrar al trabajador, diferenciando su contenido en función de si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente previsible o imprevisible. Así, en el primer caso, total o mayoritariamente previsible, se deberá informar al trabajador de la duración de la jornada laboral ordinaria, diaria o semanal, del trabajador, así como cualquier acuerdo relativo a las horas extraordinarias y su remuneración y, en su caso, cualquier acuerdo sobre cambios de turno (artículo 4.2.l); si el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible, el empleador informará al trabajador sobre: i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas, ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje, iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación que se pueda reconocer al empleador (artículo 4.2.m). La segunda garantía, titulada, previsibilidad mínima en el trabajo (artículo 10), tiene como objeto garantizar que el trabajador pueda rechazar las tareas, sin “*consecuencias desfavorables*”, cuando éstas no se desarrollen en “*unas horas y días de referencia predeterminados*” o el trabajador no haya sido informado de la tarea con un “*preaviso razonable*”.

El contenido de esta Directiva debía haber sido transpuesto antes del 1 de agosto de 2022. Tras el intento fallido del anteproyecto de ley aprobado en la anterior legislatura, que no llegó a convertirse en proyecto de ley por la disolución del Parlamento con ocasión de la convocatoria de elecciones generales, el Boletín Oficial de las Cortes Generales del pasado 14 de febrero de 2024 publicaba el proyecto de ley de transposición, cuya avocación para la deliberación y votación final fue aprobada el 21 de marzo de 2024. Una transposición que supondrá la modificación de diversos artículos del TRLET y del TRLISOS y, como mínimo, la futura modificación del Real Decreto 1659/1998.

Sin que sea este, el lugar apropiado para realizar un análisis completo de este proyecto, debe valorarse positivamente que, aunque sea muy tardíamente, el Estado cumpla con la obligación de transposición de una norma que el propio ejecutivo considera “*una directiva de gran alcance que, aspira a configurar nuevos ejes en los que se asienten las relaciones laborales, arrastrando a su vez cambios culturales en la forma de entender los derechos y obligaciones de ambas partes de la relación laboral*”.

Contrasta, sin embargo, esa afirmación sobre el “*gran alcance*” y la capacidad transformadora de la Directiva con la limitada proyección que, a nuestro juicio, se le da a su transposición en lo que se refiere a los contenidos más directamente vinculados con la previsibilidad del tiempo de trabajo. Aunque el proyecto de ley contiene, en este ámbito, elementos que deben ser valorados en forma positiva —la incorporación de un derecho a la previsibilidad de las condiciones de trabajo entre los derechos de las personas trabajadoras (nueva letra h) del artículo 4.2 TRLET), una definición de previsibilidad (artículo 8.6 TRLET) y una nueva presunción *iuris tantum* para los supuestos en los que se incumplan deberes de información sobre la duración y distribución de la jornada (artículo 8.7 TRLET)— su proyección en las condiciones de trabajo ha sido, a nuestro juicio, limitada. La transposición se ha constreñido a la modificación de determinados aspectos del trabajo a tiempo parcial para proyectar, de manera correcta, las exigencias de previsibilidad mínima del artículo 10 de la Directiva, en el ámbito del artículo 12 del TRLET: la sustracción del ámbito del artículo 41 del TRLET de la modificación del número de horas de trabajo del trabajo a tiempo parcial (artículo 12.4.e) TRLET); la exigencia de que el pacto de horas complementarias contenga indicación de los días y horas de referencia en los que se puede solicitar los servicios de la persona trabajadora (artículo 12.5.c) TRLET); la configuración como derecho necesario relativo ya no dispositivo para la negociación colectiva del preaviso de 3 días para la realización de las horas complementarias o el reconocimiento del derecho a su retribución cuando no se realicen, total o parcialmente, sin mediar preaviso por decisión empresarial (artículo 12.5.d) TRLET).

Al respecto, la pregunta que cabe plantearse es si deben limitarse las exigencias de previsibilidad mínima del artículo 10 de la Directiva o las obligaciones informativas de su artículo 4.2.m) a las horas complementarias del trabajo a tiempo parcial o si, en forma adicional o si, adicionalmente, cabría plantearse su proyección al trabajo fijo discontinuo, especialmente en lo que se refiere a las nuevas modalidades introducidas por el Real Decreto Ley 32/2021. Conviene notar que dichas garantías se refieren a aquellos supuestos en los que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible sin limitarse, como dijimos, a determinadas nuevas formas de empleo. Un patrón de trabajo que conforme al artículo 2 de la misma norma, se refiere a *“la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un determinado patrón determinado por el empleador”* y aunque, la Directiva no ofrezca luz sobre cuándo debe considerarse que este es mayoritariamente imprevisible, sí que debe destacarse que ello no puede identificarse exclusivamente con determinadas formas de empleo como pudieran ser los contratos a demanda o los contratos de 0 horas.

La profunda modificación operada en el contrato fijo discontinuo para configurarlo como el cauce contractual para 1) la cobertura de actividades de prestación intermitente, 2) la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa o 3) para ser utilizados por ETTs y las personas contratadas para ser cedidas nos pueden situar, a nuestro juicio, en el ámbito de lo que la Directiva denomina patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible. El contrato fijo discontinuo constituye ahora una modalidad contractual en la que la actividad laboral se puede desarrollar con profundas dosis de indeterminación tanto por la naturaleza de las actividades a realizar como por la forma en la que el legislador configura el contrato y el llamamiento. Así, si bien el contrato debe formalizarse por escrito con reflejo de los elementos esenciales de la actividad laboral, no obstante, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento (artículo 16.2 TRLET). Un llamamiento cuyo régimen jurídico la ley remite esencialmente a la negociación colectiva que será quien establezca los criterios objetivos y formales. La ley se limita (artículo 16.3 TRLET) a establecer que deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación *“con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada”*. ¿Cumple el *“carácter estimado”* de la duración del periodo de actividad, de la jornada y de su distribución de nuestro artículo 16.2 del TRLET o esas *“indicaciones precisas de las condiciones de incorporación”* y *“una antelación adecuada”* no precisada con la exigencia del artículo 4.2 .m) de la Directiva de que, en los supuestos en los que el patrón de trabajo sea total o mayoritariamente imprevisible, el empleador deba de informar al trabajador sobre *“la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas”*, *“las horas y los*

días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje” y “el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3”? ¿Basta con una remisión a la negociación colectiva, sin previsión normativa legal subsidiaria o mínima, la determinación de aquellas condiciones?

En relación con la intervención de la negociación colectiva, fuente a la que, en última instancia, nuestra normativa legal acaba remitiendo la determinación concreta de las garantías vinculadas a la previsibilidad en el contrato fijo discontinuo (la regulación del llamamiento), ha de notarse que si bien es cierto que el artículo 14 de la Directiva admite que los Estados miembros faculden a que la negociación colectiva establezca disposiciones relativas a las condiciones laborales de los trabajadores distintas de las contempladas en su cuerpo legal, ello sólo es en referencia, a los derechos contenidos en los artículos 8 a 13 (en lo que a nosotros interesa la previsibilidad mínima) no así en relación a las obligaciones informativas y, en todo caso, siempre que respete la protección general de los trabajadores.

Dada la trascendencia que el propio legislador estatal reconoce a la Directiva en cuestiones tan esenciales como son la conciliación de la vida laboral y familiar y la prevención de riesgos laborales, tanto físicos como psicosociales, tal vez hubiera sido aconsejable, en aras a garantizar el efecto útil de la Directiva, modificar el artículo 16 del TRLET y establecer un concreto régimen de preaviso en el llamamiento de los contratos fijos discontinuos, sin perjuicio de que la garantía de la “*capacidad de adaptación del mercado laboral*” se hubiera podido trasladar a la negociación colectiva a través de la técnica de la dispositividad en favor de la negociación colectiva sectorial empleada en otras ocasiones. La garantía de estabilidad que este contrato supone no debiera hacerse en perjuicios de una previsibilidad mínima de sus condiciones de trabajo.

Por último, cabe plantearse si en los supuestos en los que el fijo discontinuo se justifique en la celebración de contratas, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas y, especialmente, para contratar a personas trabajadoras y cederlas a ETTS no estamos ante un supuesto de contrato a demanda al que debiera aplicarse alguna de las medidas que el artículo 11 prevé en orden a evitar las prácticas abusivas. Dicho precepto impone que los Estados adopten alternativamente, a su elección al menos una de las medidas allí referenciadas: a) limitaciones en el uso y duración de estos contratos; b) una garantía de consolidación de horas de trabajo o de trabajo garantizado “*sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado*” o c) “*otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas*”. Ni el establecimiento de un plazo máximo legal de inactividad de tres meses, subsidiario para la negociación colectiva, sectorial (artículo 16.4 TRLET) ni la creación de bolsas sectoriales de empleo

con el objeto de favorecer la contratación y la formación continua de estos trabajadores constituyen, a nuestro juicio, medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas. La amplitud con la que la Directiva reconoce la titularidad de sus derechos, la utilización deliberadamente amplia por el artículo 11 de la Directiva de los términos “*contratos de trabajo a demanda o similares*”, la forma en que se ha configurado el uso del contrato fijo discontinuo en estas hipótesis y la necesidad de garantizar el efecto útil de la Directiva nos conduce a considerar que el legislador habría de haber articulado medidas complementarias para estos contratos en el sentido del artículo 11 de la Directiva.