

BREVE ANÁLISIS DEL CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES DE LA LEY 3/2012 Y ALGUNAS PINCELADAS SOBRE EL REAL DECRETO-LEY 4/2013 DE MEDIDAS DE APOYO AL EMPRENDEDOR Y DE ESTÍMULO DEL CRECIMIENTO Y DE LA CREACIÓN DE EMPLEO

Rebeca Karina Aparicio Aldana

Doctoranda en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia. Universidad Rey Juan Carlos

EXTRACTO

La crisis económica que afronta España ha motivado una serie de importantes modificaciones legales, entre ellas la Ley 3/2012, de 6 de julio, y el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero. Este artículo pretende llamar la atención sobre algunas de sus principales novedades en lo que se refiere al fomento de empleo joven y de actividades emprendedoras a través de un análisis de las soluciones propuestas jurídico y realista.

Palabras claves: reforma laboral española: Ley 3/2012, Real Decreto-Ley 4/2013, contrato de trabajo, emprendedores y empleo.

Fecha de entrada: 22-04-2013 / Fecha de aceptación: 12-06-2013

BRIEF ANALYSIS OF THE EMPLOYMENT CONTRACT OF INDEFINITE SUPPORT FOR ENTREPRENEURS OF LAW 3/2012 AND SOME HINTS ABOUT THE ROYAL DECREE-LAW 4/2013 MEASURES TO SUPPORT ENTREPRENEURSHIP AND TO STIMULATE GROWTH AND JOB CREATION

Rebeca Karina Aparicio Aldana

ABSTRACT

The economic crisis facing Spain has led a number of important legal changes, including the Law 3/2012 of 6 July and Royal Decree-Law 4/2013 of 22 February. This article aims to draw attention to some of its major developments in regard to the promotion of youth employment and entrepreneurship through an analysis of the legal proposals and realistic solutions.

Keywords: Spanish labor reform: Law 3/2012, Royal Decree-Law 4/2013, contract of employment, entrepreneurship and employment.

Sumario

1. Introducción
2. Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores contenido en la Ley 3/2012
 - 2.1. Sobre la denominación del contrato
 - 2.2. Sobre el periodo de prueba
3. Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo
4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Aunque la naturaleza esencialmente privada de la relación laboral es indudable, la singular desigualdad que existe entre las partes hace que los poderes públicos asuman, en este tipo de relaciones, un papel decisivo.

La forma moderna de entender esta intervención estatal consiste en reconocer a los poderes públicos la facultad para restringir, por ley, la libertad de empresa del empleador, en virtud del reconocimiento, legal o constitucional, de una serie de derechos o libertades individuales o colectivas de los trabajadores, con los que la libertad de empresa entra en inevitable conflicto. El ejercicio de los derechos entre trabajadores y empleadores es visto como dos libertades independientes y contrapuestas entre sí, que reclaman su realización plena.

Toda ley se convierte, entonces, en una herramienta restrictiva de las libertades o derechos de trabajadores y empresarios, que impide que alguna de las partes de la relación laboral ejerza violencia sobre la otra¹, lo que contradice, en esencia, los postulados básicos del neoconstitucionalismo, que considera inexistente la potestad de mermar o restringir los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos pues admitir tal poder significaría vulnerar, en estricto sentido, la dignidad de la persona humana, fundamento último de estos derechos.

Por el contrario, un matiz delimitador y armonizador de los derechos fundamentales entien- de la función del Estado de manera distinta. Los poderes públicos no tienen como fin restringir, a través de la ley, los derechos de los empresarios en beneficio de los trabajadores, ni limitar los derechos de los trabajadores a favor del bienestar general o de la empresa, sino reconocer y regular los derechos y obligaciones (fundamentales o no) de los sujetos que conforman la relación jurídica laboral, evitando los antagonismos.

¹ Así, por ejemplo, John LOCKE afirma: «La ley entendida rectamente, no tanto constituye la limitación como la dirección de las acciones de un ser libre e inteligente hacia lo que es de su interés; y no prescribe más cosa de las que son necesarias para el bien general de quienes están sujetos a dicha ley. Si los hombres pudieran ser más felices sin ella, la ley se desvanecería como cosa inútil. Malamente podríamos dar el nombre de limitación a aquello que nos protege de andar por tierras movedizas y de caer en precipicios. De manera que, por muchos que sean los malentendidos sobre el asunto, la finalidad de la ley no es abolir o restringir, sino preservar y aumentar nuestra libertad. Allí donde hay criaturas capaces de regirse por leyes, si la ley no existe, tampoco hay libertad. Pues la libertad consiste en estar libre de la violencia de los otros lo cual no puede lograrse donde no hay ley». John LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, traducción y prólogo de Carlos MELLIZO, Madrid: Alianza, 2000, pág. 134.

Desde esta perspectiva, la ley sirve de medio para delimitar adecuadamente los contornos y determinar el espacio en el que los derechos de trabajadores y empresarios pueden ser ejercidos legítimamente, atendiendo a la manera o maneras en que la Constitución y las normas que la complementan lo permitan², lo que supone no perder de vista la doble dimensionalidad, individual e institucional, de los derechos fundamentales.

Este carácter bidimensional de los derechos fundamentales hace que en razón de su dimensión institucional, no baste su mero reconocimiento por parte del poder público, es necesario que este genere una serie de mecanismos para garantizar su tutela jurisdiccional, promover, con actos positivos, su pleno desarrollo y remover los obstáculos que dificulten su ejercicio.

Así, en el caso del derecho del trabajo³ tendrán la obligación de remover los obstáculos que impidan su ejercicio efectivo. Ello se logra a través de la sanción legislativa de todas aquellas acciones que tanto trabajadores como empleadores realicen fuera del marco normativo, o de los contornos jurídicamente protegidos de los derechos fundamentales⁴. Así, por ejemplo, estarían avocados a la generación de políticas de eliminación y sanción, de todo tipo de discriminación laboral, brindando, de esta forma, protección a sectores de indefensión en el empleo como los discapacitados, extranjeros o inmigrantes, las mujeres; etc.

En lo que respecta a su función de promoción y ejecución de acciones positivas, «bien sea en forma de prestaciones económicas o medidas de facilitación»⁵ que hagan posible la real materialización de los derechos fundamentales, el poder público, en relación con el derecho del trabajo, debe estar abocado a la generación efectiva de empleo y a su protección. Para ello debe legislar,

² En torno al concepto de regulación *vid.* Ana ABA COTOIRA: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pág. 58.

³ En la doctrina científica española existe un debate sobre la naturaleza de derecho fundamental o no del derecho al trabajo, pues se encuentra ubicado fuera del marco normativo por el cual la Constitución Española reconoce a sus titulares el derecho a ejercer su tutela jurisdiccional a través de un procedimiento ante los tribunales ordinarios basado en el principio de preferencia y sumariedad siendo posible la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, una vez agotada la vía judicial ordinaria. Sin embargo, se considera que esta distinción procesal es insuficiente para descalificarlo como derecho fundamental pues cuenta con la protección del respeto a su contenido esencial y su vinculación a los poderes públicos. Al respecto *vid.* Ana ABA COTOIRA: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 36-37; Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de L. R. SÁNCHEZ DÁVALOS y presentación de F. EGUIGUREN PRAELI, Trujillo: Tabla Editores, 2005, págs. 172-180. Posiciones contrarias a esta postura: *vid.* Pablo PÉREZ TREMP: «Los derechos fundamentales», en AA. VV., *Derecho constitucional I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pág. 143.

⁴ En el mismo sentido *vid.* Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE: «El artículo 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 40, 1997, págs. 116-117.

⁵ Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE: «Dimensión prestacional de los derechos fundamentales e inconstitucionalidad por omisión», en Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE y Tomás DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada: Comares, 2011, pág. 148.

por ejemplo, sobre la mejora de las políticas laborales de acceso a un puesto de trabajo y formación laboral, incentivos a la contratación de jóvenes desempleados o alicientes para emprendedores, etc.

Justamente en razón de este deber de promoción y fomento del ejercicio del derecho fundamental al trabajo y a la evidente carencia de su gozo efectivo, ante los altos índices de desempleo en España, sobre todo entre los jóvenes, el poder público se ha visto en la necesidad de generar, con carácter prioritario, alternativas para la generación de puestos de trabajo a través de la Ley 3/2012 y el Real Decreto-Ley 4/2013.

Este artículo dedicará sus páginas al análisis de aquellos preceptos normativos de ambas normas que se considera no llegan a cumplir los objetivos que pretenden alcanzar, por ello solo se analizará parte de su articulado y no la integridad de los textos normativos.

2. CONTRATO DE TRABAJO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES CONTENIDO EN LA LEY 3/2012

Ya se dijo que los poderes públicos tienen la obligación de promover acciones positivas para permitir el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores y que, entre estas medidas, podían ejecutarse una serie de acciones legislativas en beneficio de ciertos sectores como, por ejemplo, a favor de los emprendedores o de la pequeña empresa.

El artículo 4 de la nueva reforma laboral, Ley 3/2012, contempla una nueva forma de contratación indefinida en apoyo a los emprendedores. De acuerdo a esta disposición normativa será posible que pequeñas empresas, de menos de 50 trabajadores, puedan contratar por tiempo indefinido y a tiempo completo a nuevos trabajadores contando con beneficios fiscales y de seguridad social y «gozando» el empresario de la posibilidad de someter a sus trabajadores a un periodo de prueba de un año «en todo caso» teniendo derecho a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo sin necesidad de preaviso, forma o indemnización⁶.

Los filosofía que sustenta esta medida se fundamenta en un concepto elaborado por la Unión Europea denominado «flexiseguridad», que pretende que las relaciones laborales tengan la posibilidad de ser moldeables, de cambiar sin romperse, en virtud de las circunstancias, pero que al mismo tiempo se generen ciertas medidas para hacer el empleo más seguro garantizando, a toda persona, un trabajo digno que le permita tener los medios necesarios para su subsistencia y la de su familia.

Siguiendo este criterio, la normativa dispone como condición para que el empresario pueda ser acreedor de los incentivos vinculados a este tipo de contrato: mantener en el empleo al traba-

⁶ Existe una excepción a esta regla: que el trabajador haya estado contratado anteriormente por la empresa y realizando las mismas funciones. En este caso no estará sujeto a periodo de prueba.

jador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral y mantener el nivel de empleo, por esta forma de contratación, durante al menos un año desde su celebración. En caso de incumplimiento de estas obligaciones se deberá proceder al reintegro de los incentivos.

2.1. SOBRE LA DENOMINACIÓN DEL CONTRATO

La iniciativa empresarial a la que se refiere el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 3/2012 no necesariamente se produce al comenzar un negocio. En los tiempos que corren sostener una empresa y mantenerla con vida es un reto continuo y diario que necesita de mucha imaginación y esfuerzo. En este sentido, el término «emprendedor» debe ser interpretado *in extenso* comprendiendo no solo a aquel que pone en marcha inicialmente un negocio, sino también al pequeño empresario que con hidalguía debe afrontar dificultades y tomar decisiones que redunden en el sostenimiento de su pequeña empresa.

Una interpretación restrictiva de la norma puede llevar a concluir que solo aquellos cuya actividad empresarial se encuentre en sus inicios, pueden utilizar esta nueva alternativa de contratación. Sin embargo, esta forma de contratación no está dirigida única y exclusivamente a los «emprendedores», entendiendo por emprendedor a la persona que con resolución empieza una empresa, sino que incluye a todo pequeño empresario que cuente con menos de 50 trabajadores. Por ello, lo más conveniente hubiera sido denominar este contrato como «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a la pequeña empresa».

2.2. SOBRE EL PERIODO DE PRUEBA

El artículo 4.3 de la Ley 3/2012 señala «la duración del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa bajo cualquier modalidad de contratación».

Aunque la intención política de la creación del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (pymes) sea, dado el alto número de pequeñas y medianas empresas en España⁷, incentivar la contratación de personal y con ello generar nuevo empleo, esta forma de contratación desconoce el artículo 2 apartado b) del Convenio n.º 158 de la OIT que dispone claramente que el periodo de prueba, como excepción a la obligación de despedir solo cuando exista justa causa,

⁷ La importancia de las pymes en el tejido empresarial español se constata en el hecho de que las empresas de 50 o menos trabajadores constituyen según el dato de la Dirección Central de Empresas del Instituto Nacional de Estadística el 99,23% de las empresas españolas y representan a la mayor parte del tejido productivo. *Vid.* Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012.

debe estar sujeto a un plazo razonable⁸ y por lo general breve. Por este motivo, los tribunales españoles, con anterioridad a la última reforma laboral de 2012, se pronunciaron, en más de una ocasión, señalando que un periodo de prueba de un año desvirtuaba la razón de ser de esta institución, pues no parece razonable admitir que el empresario necesite de un periodo de prueba de semejante duración para advertir la capacitación profesional de sus trabajadores. Por lo que consideraban, a todas luces, excesivo el sometimiento a un periodo de prueba de un año de duración⁹.

El contrato de apoyo a los emprendedores no parece justificar racionalmente un periodo de prueba tan largo, sobre todo teniendo en cuenta que existen múltiples actividades laborales, meramente operativas o repetitivas, que no necesitan tanto tiempo para su aprendizaje y desempeño óptimo, lo que hace de este periodo de prueba excesivo y desproporcionado¹⁰ atendiendo a su naturaleza y finalidad, que no es otra que conocer el modo o aptitud profesional del trabajador y su grado de adaptación al trabajo y a la organización¹¹.

Además del desconocimiento del Convenio n.º 158 de la OIT, esta disposición normativa obstaculiza el ejercicio regular del derecho al trabajo lo que resulta un claro atentado a la materialización real del artículo 35 de la Constitución Española, pues impide que, en un tiempo prudencial y razonable, el trabajador cuente con cierta seguridad en el empleo¹²; y, por ello, se considera viable solicitar que se declare su inconstitucionalidad¹³.

⁸ José María MIRANDA BOTO: «El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores», *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2012, pág. 914

⁹ SSTs de 12 de noviembre de 2008 (rec. núm. 4341/2006) y 20 de julio de 2011 (rec. núm. 152/2010); STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2011 (rec. núm. 4015/2011); STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2009 (rec. núm. 3392/2009).

¹⁰ En el fundamento jurídico 4 de la STS de 20 de julio de 2011 (rec. núm. 152/2010) el Tribunal Supremo declaraba inaplicable el periodo de prueba de un año establecido por convenio colectivo por resultar abusivo en tanto «bien puede sugerir –como ha puesto de manifiesto la doctrina científica– que se esté dando amparo a un resultado que, en la práctica, puede asemejarse a la funcionalidad real de los contratos temporales, lo que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos».

¹¹ Antonio SEMPERE y Rodrigo MARTÍN JIMÉNEZ: *Claves de la Reforma Laboral de 2012: Estudio del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pág. 183; María del Carmen AGUILAR DEL CASTILLO: «La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores», comunicación presentada a las XXXI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales, «Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario económico», presentadas en Cádiz, los días 13 y 14 de diciembre de 2012, pág. 12; y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: «El periodo de prueba (en torno al artículo 14)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 466

¹² El Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que la vertiente individual del Derecho del Trabajo se concreta con la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin causa. *Vid.* STC 22/1981 de 2 de julio, fundamento jurídico 8 y STC 192/2003 de 27 de octubre, fundamento jurídico 4.

¹³ Llegan a la misma conclusión Joaquín PÉREZ REY: «El contrato de apoyo a los emprendedores: una vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, págs. 61-63; María del Carmen AGUILAR DEL CASTILLO: «La constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores», comunicación presentada a las XXXI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo

Ahora, la frase que acompaña a la determinación de un año como periodo de prueba «en todo caso», dada la confusa redacción de la norma, podría ser interpretada como una imposición normativa que supone en forma automática y con independencia de la voluntad de las partes que el contrato de apoyo a los emprendedores debe tener un periodo de prueba cuya duración será obligatoriamente de un año¹⁴ o, cabe la posibilidad, de una interpretación en contrario, al no indicarse de modo expreso que el periodo de prueba se incorporará de forma automática, de que la expresión «en todo caso» no suponga una obligación impositiva de que, en cualquier contratación de este tipo, el periodo de prueba deba durar un año, sino que las partes podrían consensualmente, o a través de convenio colectivo, establecer periodos menores que no sobrepasen este término¹⁵.

Sin embargo, aun contemplando esta última interpretación, al existir un plazo tan largo como límite máximo del periodo de prueba, la posibilidad de que convencionalmente se otorguen plazos menores resulta irreal por lo que la irracionalidad¹⁶, en este extremo de la norma, persiste.

La situación se agrava si se tiene en cuenta que ni las devoluciones, ni los reintegros que impone el legislador frente al incumplimiento de las obligaciones para ser acreedor de los incentivos para el fomento de este tipo de contrato constituyen estímulo alguno para el mantenimiento en el empleo o de los niveles de empleo en la empresa, pues los empleadores pueden hacer uso del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, sin aplicarse las bonificaciones y deducciones fiscales; y, en consecuencia, sin tener responsabilidad de devolver, ni de hacer ningún reintegro, si no cumplieran con mantener por más de tres años a un trabajador

y *Relaciones Laborales*, «Constitución Española y relaciones laborales ante el actual escenario económico», presentadas en Cádiz, los días 13 y 14 de diciembre de 2012, pág. 16; José LUJÁN ALCARÁZ; Francisco GONZÁLEZ DÍAZ y José María RÍOS MESTRE: «Medidas para el fomento a la contratación indefinida y a la contratación de empleo», en Faustino CAVAS MARTÍNEZ (coord.): *La reforma laboral de 2012*, Murcia: Laborum, 2012, pág. 89. Josep MORENO GENÉ: «La (in)constitucionalidad del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores», comunicación presentada a las *XXIV Jornades Catalanes de Dret Social*, «La flexibilitat interna i els acomiadaments col·lectius en el sector públic i privat», celebradas en Barcelona, los días 21 y 22 de febrero de 2013, pág. 17.

¹⁴ Vid. María Emilia CASAS BAAMONDE, Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y Fernando VALDÉS DAL-RÉ: «La nueva reforma laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 5, sección editorial, quincena del 1 al 15 marzo de 2012, año 28, tomo 1, en *La Ley* 2639/2012.

¹⁵ Luis Miguel CAMPS RUIZ: «Contratación, formación y empleo en el RDL 3/2012», en José María GOERLICH (dir.), *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 73; Josep MORENO GENÉ: «La (in)constitucionalidad del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores», comunicación presentada a las *XXIV Jornades Catalanes de Dret Social*, «La flexibilitat interna i els acomiadaments col·lectius en el sector públic i privat», celebradas en Barcelona, los días 21 y 22 de febrero de 2013, pág. 8; y Remedios ROQUETA BUI: «Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores», *Relaciones Laborales*, núms. 23-24, 2012, pág. 36.

¹⁶ De igual forma consideran la duración de este periodo de prueba como irrazonable: Vid. José LUJÁN ALCARÁZ; Francisco GONZÁLEZ DÍAZ y José María RÍOS MESTRE: «Medidas para el fomento a la contratación indefinida y a la contratación de empleo», en Faustino CAVAS MARTÍNEZ (coord.), *La reforma laboral de 2012*, Murcia: Laborum, 2012, págs. 88 y 89.

o no mantuvieran los niveles de empleo. El contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores se convierte de este modo «en un periodo de prueba de un año que puede funcionar como un contrato temporal acausal cuyo coste extintivo es nulo»¹⁷.

Con esta fórmula contractual se produce, entonces, una precarización del empleo por cuenta ajena «como si los obstáculos a la iniciativa empresarial fueran los derechos de los trabajadores, que a buen seguro tienen una incidencia anecdótica a diferencia de elementos mucho más decisivos como el acceso a la financiación»¹⁸ de las iniciativas empresariales.

3. REAL DECRETO-LEY 4/2013, DE 22 DE FEBRERO, DE MEDIDAS DE APOYO AL EMPRENDEDOR Y DE ESTÍMULO DEL CRECIMIENTO Y DE LA CREACIÓN DE EMPLEO

Aunque, al igual que en la normativa anterior, nuevamente es notoria la intención del legislador español de generar una serie de medidas con el fin de desarrollar una estrategia de emprendimiento y empleo joven, así como de fomentar la financiación empresarial, el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, tiene deficiencias que pueden impedir la materialización efectiva y real de dicha disposición legal.

Así, por ejemplo, el artículo 3 del Real Decreto-Ley 4/2013 incorpora una novedad que a todas luces parecía necesaria al permitir compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia al disponer que «Los beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo que se constituyan como trabajadores por cuenta propia, podrán compatibilizar la percepción mensual de la prestación que les corresponda con el trabajo autónomo, por un máximo de 270 días, o por el tiempo inferior pendiente de percibir, siempre que se cumplan los requisitos y condiciones siguientes:

- a) Que el beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo sea menor de 30 años en la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia y no tenga trabajadores a su cargo.

¹⁷ José María GOERLICH: «El Real Decreto-Ley 3/2012: aproximación general», en José María GOERLICH (dir.), *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pág. 26; y Josep MORENO GENÉ: «La (in)constitucionalidad del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores», comunicación presentada a las *XXIV Jornades Catalanes de Dret Social*, «La flexibilitat interna i els acomiadaments col·lectius en el sector públic i privat», celebradas en Barcelona, los días 21 y 22 de febrero de 2013, pág. 7.

¹⁸ Joaquín PÉREZ REY: «El contrato de apoyo a los emprendedores: una vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 53.

- b) Que se solicite a la entidad gestora en el plazo de 15 días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, sin perjuicio de que el derecho a la compatibilidad de la prestación surta efecto desde la fecha de inicio de tal actividad. Transcurrido dicho plazo de 15 días el trabajador no podrá acogerse a esta compatibilidad».

En teoría, la medida parece más que adecuada, pero tiene un problema: en España los jóvenes menores de 30 años forman el grupo más grande de desempleados del país, sin ni siquiera haber tenido acceso a un primer empleo, o de haber accedido el mismo, muchos ya han sobrepasado el tiempo para tener derecho aún a la prestación por desempleo. Ello hace que los beneficiados con esta disposición sean pocos o muy pocos, dado que el supuesto de hecho, por triste que parezca, es casi inexistente¹⁹.

Por ello, consideramos que esta medida debió dirigirse no solo al emprendedor joven, sino a cualquier persona decidida a generar nueva empresa frente a su situación de desempleo. La prestación por desempleo, aunque poca, le serviría de medio para abrirse paso frente al duro camino que puede significar iniciarse en la vida empresarial, lo que le permitiría, a la larga, contratar personal joven.

En esta misma línea de fomento a la iniciativa emprendedora de los jóvenes menores de 30 años el artículo 4 del real decreto-ley permite la ampliación de capitalización por desempleo para iniciar una actividad emprendedora. Los jóvenes menores de 30 podrán capitalizar hasta el 100% de su prestación para realizar una aportación de capital social en una sociedad mercantil, siempre y cuando se establezca una vinculación profesional o laboral de carácter indefinido.

Esta norma pierde fuerza si recordamos el tan discutido plazo del periodo de prueba de un año de duración del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. La existencia de este contrato de carácter indefinido pero con un periodo de prueba tan largo no garantiza en nada que la aportación económica de un joven emprendedor en una sociedad mercantil le permita conseguir un empleo estable. Por el contrario, facilita a las sociedades mercantiles con problemas de capital conseguir aportes «jóvenes» con la sola garantía para los nuevos emprendedores de convertirse en socios, mas no en trabajadores realmente indefinidos pues la empresa contaría con el respaldo legal que le facilita un contrato que le permite extinguir la relación laboral, en teoría indefinida, durante el periodo de un año.

Por otro lado, el artículo 9 del referido real decreto-ley regula una serie de incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa. Según este artículo las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que celebren contratos a tiempo parcial con vinculación formativa con jóvenes desempleados menores de 30 años tendrán derecho, durante un máximo de 12

¹⁹ El 63% de los jóvenes de hasta 24 años se encuentran buscando su primer empleo o son parados de larga duración: Vid. diario *20 minutos*: <http://www.20minutos.es/noticia/1709522/0/generacion-perdida/jovenes-espanoles/desempleo-estudios/>, última revisión el 5 de marzo de 2013.

meses, a una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado, del 100% en el caso de que el contrato se suscriba por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75%, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra.

Este incentivo podrá ser prorrogado por otros 12 meses, siempre que el trabajador continúe compatibilizando el empleo con la formación, o la haya cursado en los 6 meses previos a la finalización del periodo a que se refiere el párrafo anterior.

Los trabajadores deberán cumplir alguno de los siguientes requisitos:

- a) No tener experiencia laboral o que esta sea inferior a 3 meses.
- b) Proceder de otro sector de actividad, en los términos que se determinen reglamentariamente.
- c) Ser desempleado y estar inscrito ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos 12 meses durante los 18 anteriores a la contratación.

Los trabajadores deberán compatibilizar el empleo con la formación o justificar haberla cursado en los 6 meses previos a la celebración del contrato.

La formación no tiene que estar vinculada específicamente al puesto de trabajo objeto del contrato, podrá ser: formación acreditable oficial o promovida por los Servicios Públicos de Empleo, o formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual.

Para la aplicación de esta norma, el contrato podrá celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada. La jornada pactada no podrá ser superior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. A estos efectos se entenderá por trabajador a tiempo completo comparable lo establecido en el artículo 12.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, deberán no haber adoptado, en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes y mantener el nivel de empleo alcanzado con el contrato a que se refiere este artículo durante, al menos, un periodo equivalente a la duración de dicho contrato con un máximo de 12 meses desde su celebración. En caso de incumplimiento de esta obligación, se deberá proceder al reintegro de los incentivos.

Este precepto legal constituye, junto con el contrato para la formación y el aprendizaje regulado por el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores²⁰, un nuevo aliciente para el empleo

²⁰ El contrato para la formación y el aprendizaje fue una de las principales innovaciones de la reforma laboral española: Ley 3/2012 de 6 de julio. Dicho contrato tiene por objeto la inserción de jóvenes sin experiencia profesional adecuada.

joven no calificado profesionalmente, pues exonera a las empresas de una carga económica frente a la Seguridad social, más aún si se trata de una pequeña o mediana empresa donde la exoneración es hasta del 100%. Sin embargo, no constituye un incentivo suficiente de empleo joven calificado, pues el beneficio que brinda resulta insuficiente, frente al contrato de trabajo en prácticas regulado por el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores que, a todas luces y pese a sus ventajas, tampoco sirve de respuesta a la falta de empleo de los jóvenes españoles.

El contrato de trabajo en prácticas permite contratar a una persona calificada por tiempo completo, con una duración inferior a la del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, pues la duración mínima del contrato de prácticas es solo de 6 meses, y con una remuneración equivalente al 60 o 75% durante el primer o segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo, que compensa en gran medida el no contar con el beneficio que otorga el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa de la exoneración del pago de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador.

La aplicación práctica del Real Decreto-Ley 4/2013 se presenta aún más lejana si se tiene en cuenta que esta misma normativa dispone, también, en su artículo 13 beneficios para los contratos de trabajo en prácticas: «Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que concierten un contrato en prácticas con un menor de 30 años, tendrán derecho a una reducción del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato», y se vuelve una quimera si no se olvida la existencia de las prácticas no laborales reguladas por el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre. Dicha disposición normativa dirigida a personas jóvenes desempleadas y académicamente calificadas inscritas en la oficina de empleo, solo obliga al empresario, o grupos empresariales, que suscriba un convenio de prácticas con el Servicio Público de Empleo competente en razón del ámbito territorial del centro de trabajo donde se desarrollarán, a «beneficiar» al «practicante joven» con una beca de apoyo cuya cuantía será, como mínimo, del 80% del IPREM²¹ mensual vigente en cada momento y a la entrega a este de un certificado en

da en el mercado de trabajo mediante la alternancia entre actividades laborales y formativas a cargo de la empresa. La diferencia principal entre este contrato y el regulado por el Real Decreto-Ley 4/2013 es que el contrato para la formación y el aprendizaje está pensado para generar, en principio, una relación laboral a jornada completa, que las actividades laborales desempeñadas por el trabajador deberán estar relacionadas a las actividades formativas y que los beneficios que se le otorgan al empleador consisten no solo en la reducción en las cuotas empresariales por contingencias comunes, sino también las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo y fondo de garantía salarial y formación profesional correspondiente a dichos contratos, del 100% si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 trabajadores, o del 75% si se trata de una empresa con un número superior o igual a esa cifra.

²¹ El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. El IPREM de 2013 es de 532,51 euros. Entonces, lo que correspondería pagar a la empresa por prácticas no laborales sería 426 euros, 219,30 euros menos que lo que le correspondería pagar a un trabajador por concepto de salario mínimo interprofesional (SMI) que para 2013 ha quedado fijado en 645,30 euros/mensuales.

el que conste, al menos, la práctica realizada, los contenidos formativos inherentes a la misma, su duración y el periodo de realización.

Por otra parte, el artículo 11 del referido real decreto-ley contiene una propuesta que busca no solo fomentar la creación de empleo sino que, hasta puede decirse, se inspira en un afán de integración y cooperación generacional. La propuesta consiste en brindar al emprendedor joven menor de 30 años, y sin trabajadores asalariados, la posibilidad de contar con una reducción del 100% de la cuota empresarial de la Seguridad Social si, durante los 12 meses siguientes de la entrada en vigor de esta norma, contratan por primera vez, de forma indefinida, mediante un contrato de trabajo a tiempo completo o parcial, a personas desempleadas de edad igual o superior a 45 años, inscritas ininterrumpidamente como desempleadas en la Oficina de Empleo, al menos durante 12 meses en los 18 meses anteriores a la contratación o que resulten beneficiarios del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

Para la aplicación de los beneficios contemplados en este artículo se deberá mantener en el empleo al trabajador contratado, al menos 18 meses desde la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el periodo de prueba.

Aunque, obviamente, la idea se presenta bastante interesante, la norma no establece medida alguna para evitar el fraude que su operatividad práctica pudiera generar. No nos engañemos, aunque la juventud no es sinónimo de falta de liderazgo, sí lo es, en la mayoría de los casos, de inexperiencia. Por ello, no debería extrañarnos que esta disposición sirva, en un futuro, para que muchas personas, ya mayores, se aprovechen de jóvenes aún novatos en las lides empresariales haciéndoles aparecer como emprendedores, cuando en realidad son ellos los que lleven las riendas del negocio beneficiándose, no solo de la exoneración del 100% de la cuota empresarial de la Seguridad Social, sino de los beneficios de contar con un trabajador dependiente que en teoría es autónomo, como, por ejemplo, el contenido en el artículo 1 del mismo real decreto-ley 4/2013 que establece:

«En el supuesto de trabajadores por cuenta propia, incorporados al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a partir de la entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo, (...), menores de 30 años de edad, o menores de 35 años en el caso de mujeres, se aplicará sobre la cuota por contingencias comunes que corresponda, en función de la base de cotización elegida y del tipo de cotización aplicable, según el ámbito de protección por el que se haya optado, una reducción, durante los 15 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 30% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, y una bonificación, en los 15 meses siguientes a la finalización del periodo de reducción, de igual cuantía que esta.»

El artículo 12 del Real Decreto-Ley 4/2013 regula el contrato «primer empleo joven» que tiene como finalidad incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional. Las empresas, a través de esta modalidad contractual, podrán celebrar contratos temporales con jóvenes desempleados menores de 30 años que no tengan experiencia laboral o cuando esta sea inferior a 3 meses.

Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que, una vez transcurrido un plazo mínimo de 3 meses desde su celebración, transformen en indefinidos los contratos a que se refiere este artículo tendrán derecho a una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 €/año), durante 3 años, siempre que la jornada pactada sea al menos del 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. Si el contrato se hubiera celebrado con una mujer, la bonificación por transformación será de 58,33 euros/mes (700 €/año).

Aunque, obviamente, no se puede negar la existencia de un incentivo económico, los montos resultan insignificantes frente a la difícil situación que afrontan actualmente las empresas españolas y la tendencia hacia la eliminación de empleo y no a la generación de nuevos puestos de trabajo. Se considera que son otros los medios que originarían la contratación de personal joven, como, por ejemplo, el reforzamiento de medidas de financiación de las iniciativas o de las actividades empresariales. Este real decreto-ley dispone algunas medidas sobre todo dirigidas a proporcionar facilidades para el pago a los empresarios proveedores de entidades públicas y de lucha contra la morosidad comercial, ello, sin embargo, tampoco es suficiente; se deja sentir la ausencia de disposiciones de fomento crediticio para revitalizar la empresa y sin ello es poco probable la existencia de nuevos puestos de trabajo tanto para jóvenes como para personas con más años y experiencia.

Por último, la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 4/2013 modifica los artículos 6, 7 y 10 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, permitiendo la celebración de contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria bajo la modalidad de contratos de formación y aprendizaje conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores, siendo las empresas de trabajo temporal las que deberán cumplir las obligaciones formativas.

El contrato para la formación y el aprendizaje constituye una de las principales innovaciones de la reforma laboral española contenida en la Ley 3/2012. Dicho contrato tiene por objeto la inserción de jóvenes no cualificados y sin experiencia profesional adecuada en el mercado de trabajo mediante la alternancia entre actividades laborales y formativas dentro de la propia empresa o fuera de ella otorgándole al empleador el beneficio de reducción en las cuotas empresariales por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo y fondo de garantía salarial y formación profesional correspondiente a dichos contratos, del 100% si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 trabajadores, o del 75% si se trata de una empresa con un número superior o igual a esa cifra.

Las empresas de trabajo temporal realizan una labor de proveedores de servicios profesionales a las diferentes empresas del mercado, ya sea como agentes de colocación para facilitarle al trabajador el encontrar empleo, o a través de contratos de puesta en disposición. Para ello, la empresa de trabajo temporal contrata a personas de diferentes especialidades u oficios, con la finalidad de proveer, cuando una empresa usuaria lo requiera, del personal calificado que esta necesite, brindándole al trabajador, mientras le consigue empleo, actividades de formación acordes a su perfil.

Ahora, en el caso de los contratos de puesta a disposición, la empresa de trabajo temporal es la responsable de remunerar al trabajador cedido a la empresa usuaria quien, a su vez, deberá pagar a la empresa de trabajo temporal por las tareas de selección, contratación y puesta a disposición del trabajador.

De la lectura de la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 4/2013 queda claro que el legislador tiene la intención de fomentar la contratación de formación y aprendizaje utilizando para ello las empresas de trabajo temporal, quienes, en teoría, a través de sus buenos oficios con sus empresas usuarias, permitirían, por medio de contratos de puesta a disposición, el incremento de la inserción laboral juvenil.

Sin embargo, poniendo los pies en tierra, parece poco probable que las empresas de trabajo temporal se muestren interesadas en servir de nexo para, a través de un contrato de puesta a disposición, fomentar la contratación de formación y aprendizaje, pues si bien es cierto que las empresas de trabajo temporal cobran a la empresa usuaria por las tareas de selección, contratación y puesta a disposición del trabajador, obviamente, su porcentaje de ganancia es mayor cuanto más cualificado sea el trabajador y cuanta más experiencia tenga, y si a esto le agregas que será la empresa de trabajo temporal la que tendrá que cargar, durante el contrato de puesta a disposición, con la obligación de formación del trabajador, la propuesta le resulta no solo poco atractiva, sino rechazable.

4. CONCLUSIONES

No pueden negarse que tanto la Ley 3/2012 como el Real Decreto-Ley 4/2013 son muestra de las buenas intenciones del legislador por facilitar el empleo y potenciar la actividad empresarial. Sin embargo, estas normas no colman las expectativas de un problema de tan mayúsculas dimensiones como lo es el desempleo en España, recurriendo en algunos casos a fórmulas que lindan peligrosamente con la inconstitucionalidad o que aunque parecen maravillosas salidas no son solo más que grandes ideas con muy poco asidero en la realidad y que, incluso, pueden ocasionar nuevas injusticias. Ello sin contar que ambas normas parecen centrar sus esfuerzos en la contratación por cuenta ajena, lo que deja corta cualquier intención de fomentar la iniciativa empresarial a través de, por ejemplo, la reducción del coste de licencias de funcionamiento o puesta en marcha empresarial, o beneficios fiscales mucho más duraderos, medidas más eficaces para el fomento de la pequeña empresa.