



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

LA REFORMA LABORAL: UN PRIMER BALANCE

NÚMERO 17, OCTUBRE DE 2022

JULIO A DICIEMBRE 2022, FECHA DE CIERRE OCTUBRE 2022

EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO: PRECISIONES CONCEPTUALES, REQUISITOS Y DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**
BUSINESS & LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO: PRECISIONES CONCEPTUALES, REQUISITOS Y DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

*THE DISCONTINUOUS FIXED CONTRACT:
CONCEPTUAL DETAILS, REQUIREMENTS AND RIGHTS OF WORKERS*

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola*

Fecha de recepción: 30/7/2022

Fecha de aceptación: 15/10/2022

SUMARIO: 1. PRECISIONES CONCEPTUALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. SUBTIPOS DE LA MODALIDAD DE CONTRATO FIJO DISCONTINUO. 2.1. Para realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada. 2.2. Para realización de trabajos no estacionales, intermitentes, con períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. 2.3. Para realización de trabajos en el marco de contrata. 2.4. Para contratación de personal en misión por las ETT. 3. FORMA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS FIJOS DISCONTINUOS. 4. OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO. 5. INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL DE LA OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO: NO TODO ES DESPIDO. 6. POSIBILIDADES DE REGULACIÓN CONVENCIONAL: EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO A TIEMPO PARCIAL. 7. ANTIGÜEDAD Y FIJOS DISCONTINUOS: EL TIEMPO COMPUTABLE A EFECTOS RETRIBUTIVOS E INDEMNIZATORIOS. 8. PRIORIDAD PARA EL ACCESO A LAS INICIATIVAS DE FORMACIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL. 9. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LAS PERSONAS FIJAS DISCONTINUAS.

RESUMEN: El presente trabajo aborda aspectos del nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo; para empezar se abordan algunas precisiones conceptuales y el análisis de las nuevas sub-modalidades en las que se desgaja, dotándolo de mayor plasticidad, a través de la cual el legislador pretende reconducir buena parte del empleo temporal anterior. Muchas cuestiones quedan solamente esbozadas y solamente planteados algunos interrogantes, ese es el modesto propósito de este trabajo, a la espera de soluciones a los problemas suscitados en su aplicación práctica que vendrán poco a poco de la mano de las resoluciones judiciales.

ABSTRACT: –The present work deals with aspects of the new legal regime of the discontinuous fixed contract, to begin with, some conceptual precisions are addressed, and the analysis of the new sub-modalities in which it is broken off, giving it greater plasticity, through which the legislator intends redirect much of the previous temporary employment. Many issues are only outlined and only some questions are raised, that is the modest purpose of this work, waiting for solutions to the problems raised in its practical application that will come little by little from the hand of the judicial resolutions.

PALABRAS CLAVE: Trabajo temporal, trabajo fijo discontinuo, obligación de llamamiento.

KEY WORDS: Temporary work, discontinuous fixed work, obligation to call.

1. PRECISIONES CONCEPTUALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

A lo largo del tiempo, el legislador ha sostenido una regulación confusa y algo errática del contrato fijo discontinuo, patente en numerosas ocasiones, desde la propia denominación primitiva de esta modalidad en la Ley 8/1980 que se refería a “trabajos fijos y periódicos en la empresa, pero de carácter discontinuo”, contraponiendo, sin sentido, los trabajos fijos y los periódicos, pues ambos suponían un trabajo intermitente o discontinuo. Tampoco el legislador originario del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980) tuvo excesivo acierto al regular este tipo de contrato en sede de contratos temporales dentro del artículo 15 ET, como una de las cinco modalidades de contrato temporal (art. 15.1 letra e) ET en la redacción original de la Ley 8/1980). La inercia legislativa reiteró este equívoco durante décadas, y solo, “recientemente”, desde el RD–Legislativo 2/2015 se estableció un precepto separado y distinto para regular el contrato fijo discontinuo, el art. 16 ET¹.

Una de las grandes apuestas de la reforma 2021 en la lucha contra la tasa excesivamente alta de temporalidad es, sin duda, favorecer que este viejo contrato fijo–discontinuo tenga el papel que nunca alcanzó en nuestro sistema el papel fundamental y que muchos quisieron otorgarle. Podría decirse de esta figura que es un mal menor, que intentará dar una vía de flexibilidad a las empresas al mismo tiempo que otorga algo más seguridad al trabajador, mejorando, desde luego, los datos estadísticos sobre estabilidad en el empleo, siempre presentes en la mente del legislador².

Así pues, el RD 32/2021 inaugura una nueva etapa para los contratos fijos discontinuos. La primera finalidad de la reforma en relación con esta modalidad es afinar el concepto hasta ahora conocido de contrato fijo discontinuo. En su nueva configuración legal, lo de-

.....

1 Con mayor profundidad, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral 2021”, *Temas Laborales* núm. 161, p. 219. Sobre la reforma 2021 en general, PÉREZ DEL PRADO, D., “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?”, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, pp. 7–18; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto–ley 32/2021”, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, pp. 19–30; NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones” Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “Seis tesis generales sobre la reforma de los contratos formativos de 2022”, *Labos*, Vol. 3, No. 1, pp. 180–187.

2 CALVO GALLEGO, F.J., “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el rdl 32/2021Trabajo”, *Persona, Derecho, Mercado – Monográfico* (2022), p. 136.

cisivo para caracterizar a este renovado contrato es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados³:

- a) De carácter estacional o vinculados a actividades productivas.
- b) No estacionales, pero de ejecución intermitente, con períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

Por tanto, bajo la denominación de fijo discontinuo, se agrupan hoy, en primer lugar, las diferentes situaciones de prestaciones de trabajo indefinido, que tienen naturaleza intermitente por tener un carácter estacional o estar vinculado a actividades de temporada (agricultura, turismo, dulces navideños, rebajas comerciales, conservas vegetales..); o bien aquellas que no teniendo ese carácter estacional, sean intermitentes, ya tengan períodos de ejecución ciertos y determinados, o se desarrollen en períodos inicialmente indeterminados⁴.

En la nueva regulación, se ha procedido a una importante modificación de lo establecido en el art. 16 ET, precepto que desde la aprobación del Real Decreto Legislativo 2/2015 contuvo la regulación básica de este contrato. Para empezar, se ha unificado el régimen jurídico de todos los supuestos de prestaciones fijas discontinuas, eliminando la artificial distinción entre periódicos y discontinuos, desapareciendo los periódicos que eran aquellos discontinuos de carácter totalmente cíclico. El art. 16 ET contempla hoy de manera general estos contratos en una única modalidad los fijos discontinuos, que engloba ambas sub-modalidades⁵. Desaparece, pues, la distinción de fijos discontinuos de fechas inciertas de los fijos discontinuos de fechas ciertas anteriormente regulados en el hoy derogado art. 12.3 ET⁶. Se acaba así con la disparidad de regulaciones para trabajos que solo se diferenciaban en la certeza o incerteza de sus fechas de reiteración temporal, situándose la nueva configuración de las actividades cíclicas y periódicas al margen del régimen jurídico del tiempo parcial⁷. No obstante, pervive la figura del contrato a tiempo parcial indefinido con parámetro anual pues la derogación del artículo 12.3 ET en ningún caso ha supuesto la derogación de esta modalidad contractual. La diferencia entre la utilización del contrato a tiempo parcial y del fijo discontinuo podría determinarse en función de si la prestación está perfectamente delimitada temporalmente o no lo es-

.....

3 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021*, Tirant lo Blanch, Tirant lo Blanch, 2022, p.115.

4 Véase, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *cit.*, p. 226.

5 Sobre estas precisiones conceptuales, véase Parres Miralles, R., “Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatorios. Últimos desarrollos en la jurisprudencia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, nº 2, 2021, pp. 318 a 322.

6 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 115.

7 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral ...*, *cit.*, p.115.

tuviera tanto, el primer escenario caería en el terreno del contrato a tiempo parcial y el segundo en el de fijos discontinuos⁸.

La segunda finalidad de la reforma en lo relativo a esta figura es ampliar el ámbito aplicativo del contrato fijo discontinuo para intentar encauzar a través de este el empleo que antes era temporal, instituyendo dos nuevos supuestos en los que no habrá trabajo estacional, ni trabajo intermitente:

- La prestación de servicios en el marco de ejecución de contratos mercantiles o administrativas, que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.
- La cesión de mano de obra a través de las ETT⁹.

De acuerdo con lo establecido en los nuevos párrafos segundo y tercero del artículo 16.1. ET, las empresas contratistas podrán acudir a este modelo para dar cobertura a necesidades permanentes y ordinarias de trabajo; también las ETT podrán crear bolsas de trabajadores fijos discontinuos para atender a la cesión de mano de obra, que es su necesidad ordinaria de personal¹⁰.

Podría decirse que, a través de estos dos últimos nuevos supuestos, se ha desnaturalizado el trabajo fijo discontinuo con el propósito señalado de canalizar a través de esta figura lo que antes era trabajo temporal. La consecución de este resultado es cuestionable desde la mejora de la precariedad del empleo, ya que, si bien se trata de un contrato fijo no supone una continuidad en la prestación y es relativa la estabilidad en el empleo que proporciona¹¹.

Como analizaremos, la delimitación del ámbito de aplicación del art. 16 ET plantea dudas interpretativas relevantes, primero sobre la naturaleza de la intermitencia que caracteriza al contrato fijo discontinuo y también en relación con la exigencia de causalidad en la intermitencia. La identidad del contrato fijo-discontinuo es la discontinuidad, si solo existe continuidad en la prestación de servicios, se considera fijo continuo¹². El contrato fijo-discontinuo se utiliza para atender necesidades empresariales y trabajos que son, por su propia naturaleza, discontinuos (periodos en los que se trabaja seguidos de periodos en los que no se trabaja), no es el contrato adecuado para los casos en los que el trabajo es continuo. Así lo reflejó la STS 28 de octubre 2020 (rec. 4364/2018), a propósito de la controversia suscitada, en relación con un colectivo de trabajadores fijos discontinuos que prestaban servicios para la selección y recogida del tomate durante dos

8 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, loc. cit.

9 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p.116.

10 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, loc. cit.

11 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p.113.

12 En la STS 28 de octubre 2020 (rec. 4364/2018).

campañas, la de verano (julio y agosto) y la de invierno (el resto del año). Si los servicios que se prestan no son, de forma sistemática y reiterada en el tiempo, discontinuos, sino que son continuos y sin solución de continuidad, el contrato dejará de ser fijo-discontinuo y pasará a ser fijo continuo, porque esta será su naturaleza real y verdadera. En suma, es inherente al contrato fijo-discontinuo que haya cierta discontinuidad en el trabajo, esto es, intervalos temporales en los que no se presten servicios porque no haya trabajo que atender. Si el trabajo y las necesidades empresariales son prolongada y sistemáticamente ininterrumpidos y permanentes, dejan de ser intermitentes, y el contrato muda su naturaleza¹³ a fijo continuo. Si la jurisprudencia mantiene esta doctrina, los contratos vinculados a una subvención recurrente que se prestan durante todo el año tendrían dificultades para ser formalizados conforme a un contrato fijo-discontinuo (debiendo acudir al indefinido ordinario)¹⁴.

La causalidad de la intermitencia es meridianamente clara en el fijo discontinuo para trabajos estacionales, ya que es un factor extrínseco el determinante de la causalidad. En cambio, en el fijo-discontinuo para aquellos trabajos no estacionales pero intermitentes que tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados¹⁵, no hay un factor extrínseco que condicione el programa de prestación y, por ende, la causalidad deriva y pende de los motivos organizativos y/o productivos que fije la propia empresa¹⁶.

Como se ha dicho, uno de los subtipos del art. 16 ET está pensado para trabajos en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Se suscita la duda de si debe acudirse al contrato fijo-discontinuo (o bien al indefinido ordinario) si la persona que presta servicios para la empresa cliente lo hace todos los días de la semana laborables y a jornada completa, pues en este caso no hay propiamente “intermitencia” en la ejecución del trabajo e, incluso, podría ser superior al año natural, si la contrata o concesión tiene una duración superior al año. Podría interpretarse que la intermitencia en este supuesto vendría dada por la existencia misma de las contrata mercantiles o administrativas y la finalización de cada una de ellas. Por otra parte, el hecho de que la norma se refiera a las contrata en plural (“ejecución de contrata mercantiles o administrativas”) podría estar sugiriendo que puede acudirse al contrato fijo-discontinuo en el caso de que se presenten servicios para varias empresas clientes simultánea o sucesivamente, como veremos sucede en el supuesto de varias usuarias de las ETT¹⁷.

.....

13 STS 10 de octubre de 2013, rec. 3048/2012.

14 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo contrato fijo-discontinuo (art. 16 ET)”, Una mirada crítica a las relaciones laborales, diciembre 2021.

15 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021)...”, cit.

16 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD Ley 32/2021)”, Una mirada crítica a las relaciones laborales.

17 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo...”, cit.

2. SUBTIPOS DE LA MODALIDAD DE CONTRATO FIJO DISCONTINUO

El contrato fijo discontinuo puede utilizarse en las empresas para cubrir muy diferentes necesidades de mano de obra, veamos:

2.1. Para realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada.

La primera actividad a la que alude el art. 16.1 ET para explicar el marco aplicativo del contrato fijo discontinuo se refiere, como se ha dicho, al clásico supuesto de tareas estacionales o campañas vinculadas a actividades de temporada. Se trata de supuestos cuya discontinuidad viene predeterminada por factores eminentemente externos discontinuidad “temporal”: discontinuidad de naturaleza estacional o asociada a actividades “de temporada”¹⁸.

Este primer supuesto de contrato fijo discontinuo podría utilizarse para actividades que presentan las siguientes características¹⁹:

- Ser permanentes.
- Ser estacionales, no se requieren todos los días del año, sino algunas épocas del año.
- Pueden repetirse en fechas ciertas o inciertas, ya que influyen factores ajenos a la propia actividad (clima, meteorología...)²⁰.

El legislador ha positivizado, en aras a la estabilidad en el empleo, la jurisprudencia anterior que consideró trabajos fijos discontinuos aquellos en los que concurrían las notas de reiteración cíclica de la actividad, descartando la utilización del contrato de obra o servicios para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que se mantienen y perduran por no responder a circunstancias excepcionales, que limiten su duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario²¹.

18 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo...”, *cit.*

19 LÓPEZ BALAGUER, M. y Ramos Moragues, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 117.

20 LÓPEZ BALAGUER, M. y Ramos Moragues, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 118.

21 Por todas, STS de 1 de octubre de 2001, rec. 3286/2000; véase también, LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 116.

2.2. Para realización de trabajos no estacionales, intermitentes, con períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados

Se trata de supuestos cuya discontinuidad viene predeterminada por motivos intrínsecos al propio programa de prestación acordado. En concreto, afirma la nueva regulación que podrá formalizarse el contrato fijo discontinuo para el desarrollo de aquellos trabajos que no tengan naturaleza estacional, pero, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. El concepto clave sobre el que gravita este supuesto del art. 16 ET son los “períodos de ejecución” y los descriptors “cierto”, “determinado” e “indeterminado”. Este subtipo de contrato fijo discontinuo está referido a actividades cuya intermitencia no pueda identificarse con la estacionalidad o las actividades de temporada. El carácter intermitente de la actividad tiene una connotación más continua en el tiempo, que lo distinguiría del contrato por circunstancias de la producción que se refiere a actividades previsibles y ordinarias, pero ocasionales.

La norma no lo concreta, pero debe entenderse que esta frecuencia no viene delimitada por factores “extrínsecos” a la empresa (como sí sucede con las estaciones y las temporadas estacionales). La intermitencia en este caso es una creación de la propia dinámica organizativa/productiva de la empresa, que determinará los periodos de ejecución, que serán ciertos, pero podrán ser determinados o indeterminados. La indeterminación en este caso no significa aleatoriedad sino desconocimiento del momento en el que se va a producir un hecho que se sabe que va a suceder²².

Resumidamente, este segundo de los supuestos a que se refiere el artículo 16.1 ET se refiere a:

- Trabajos permanentes, consustanciales y estables en la actividad de la empresa.
- De carácter intermitente, conocido en el sector de la actividad y objetivable con independencia de la voluntad de las partes, o de la voluntad unilateral del empresario.

2.3. Para realización de trabajos en el marco de contrata

La nueva normativa incorpora la posibilidad de que la anterior cobertura de la actividad de las contrata a través del contrato temporal de obra o servicio se reconduzca a través de contrato fijo discontinuo, en línea con la recomendación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020²³, que sugería, para ajustar las necesidades fluctuantes

22 BELTRÁN DE HEREDIA, I., Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD Ley 32/2021), Una mirada crítica a las relaciones laborales.

23 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 229.

de mano de obra en las empresas contratistas, se acudiese a otros mecanismos, entre ellos, a la utilización del contrato fijo discontinuo.

Así pues, el nuevo artículo 16.1 ET en su párrafo segundo establece: “El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”.

Se pretende desviar supuestos de contratación temporal del art. 15 ET (bajo la regulación anterior, fundamentalmente contratos de obra o servicios determinados o eventuales) al fijo discontinuo. A la espera de una interpretación jurisprudencial del término previsible, podría hablarse de una preferencia por el contrato fijo discontinuo para la actividad a desarrollar por empresas contratistas o subcontratistas. Conforme a lo preceptuado en el art. 16.1 ET se refiere a contratos mercantiles o administrativas que cumplan dos exigencias: ser previsibles y que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. El contrato temporal por circunstancias de la producción podrá celebrarse en situaciones en que hay una necesidad ocasional e imprevisible; mientras el fijo discontinuo supone la cobertura de una necesidad productiva ordinaria y previsible. Teniendo en cuenta que la actividad de una empresa contratista es prestar a terceros un determinado servicio, esa actividad como regla general siempre es previsible y no meramente ocasional. Si una empresa se dedica a prestar un determinado servicio a terceras empresas, no puede entenderse que el hecho de ser contratado por tales empresas sea una situación ni ocasional ni imprevisible; por lo que ha de acudir al contrato fijo discontinuo²⁴. Refuerza esta interpretación, al regular el contrato por circunstancias de la producción el art. 15.2. in fine: “No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratos, subcontratos o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

Esta preferencia no supone que toda relación laboral de una empresa contratista respecto de la plantilla que realiza la actividad normal, haya de reconducirse al fijo discontinuo. De entrada, es perfectamente posible un contrato de sustitución (interinidad) de un fijo discontinuo, también puede ocurrir que en el marco de una contrata o subcontrata se produzca una situación puramente ocasional y que además sea imprevisible y requiera de mano de obra meramente temporal, o bien se trata de trabajos marginales, pues su duración es muy reducida (máxima de 90 días) y que no pueden ser utilizados de manera continuada. Si se evidencia que no estamos ante necesidades ocasionales, sino que se rei-

.....

24 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *cit.*, p. 228.

teran en el tiempo, más aún que se reiteran cíclicamente en fechas similares, estaremos en el ámbito del art. 16.1 ET y no en el del art. 15.2 ET²⁵.

La regulación de este supuesto se limita a poco más que su reconocimiento en el art 16.1 ET párrafo segundo, con la única referencia en el art. 16.4 ET: “Cuando la contratación fija–discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones. En estos supuestos, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”.

En los casos en los que el contrato fijo–discontinuo esté vinculado a una contrata/concesión el art. 16.4 ET establece que “los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. De modo que, el art. 16.4 ET impone que la discontinuidad del contrato fijo discontinuo en el marco de las contrata venga necesariamente delimitada por estas, es decir la duración de la contrata mercantil negociada entre la empresa principal y la contratista (incluidas las posibles prórrogas) determinará de manera precisa la actividad de las personas contratadas para atender la ejecución de la contrata²⁶.

En estos supuestos, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses máximo. En el segundo párrafo del artículo 16.4 ET se pone un límite temporal máximo a esos periodos de inactividad, y se deja en manos de la negociación colectiva sectorial la fijación concreta de este límite²⁷. Quizás hubiera sido conveniente que no solo sectorialmente, sino también individualmente las empresas hubieran tenido la opción de negociar en su ámbito la concreción de la duración de la inactividad²⁸ Una vez cumplido dicho plazo, sin reanudar la actividad, la empresa adoptará las medidas coyunturales (suspensión de contrato por causa productiva del artículo 47 ET) o definitivas (despido objetivo plural o colectivo, arts. 51 y 52 ET) que procedan, en los términos previstos en esta norma. No cabe duda de que estos períodos máximos de inactividad son determinantes, la negociación colectiva permite una adaptación de esta regla muy amplia, en la que no se fijan tampoco reglas para su cómputo, si debe ser continuo o discontinuo²⁹. Si

25 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *cit.*, p. 229.

26 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 120.

27 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *loc cit.*

28 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 121.

29 BELTRÁN DE HEREDIA, I., Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD Ley 32/2021), Una mirada crítica a las relaciones laborales.

se acepta la posibilidad de que el contrato fijo–discontinuo pueda adscribirse a varias contrataciones simultáneas (lo que podría no ser infrecuente), podría suceder que la “inactividad” sea “parcial”, pues, se sigan prestando servicios en alguna otra contrata no finalizada³⁰.

En caso de acudir al trabajo fijo discontinuo en contrataciones o subcontratas, se especifica (art. 16.4 ET) que los períodos de inactividad sólo pueden producirse como plazo de espera entre una contrata y otra. Desde mi punto de vista con ello se está haciendo referencia a que no es posible que un fijo discontinuo de empresa contratista pueda estar en situación de inactividad por la sola decisión del empresario, de manera que existe la obligación empresarial de “recolocación” (término usado por este precepto) una vez que haya una nueva contrata o subcontrata. Parece lógico afirmar que tal obligación existirá siempre y cuando la actividad a desarrollar sea compatible con las aptitudes profesionales comprometidas en el contrato de trabajo. En todo caso, ante la existencia de varios trabajadores fijos discontinuos aptos y disponibles para desarrollar actividad en la nueva contrata, es evidente que será de aplicación las reglas sobre llamamiento de la empresa contratista³¹.

Los períodos de inactividad en los otros supuestos de contratos fijos discontinuos no vienen limitados temporalmente, quizás hubiera sido conveniente acotar temporalmente también los supuestos de contratación estacional, intermitente y para las ETT³².

Sobre el alcance del art. 16.4 ET, una reciente sentencia del STSJ Madrid 30 de marzo 2022³³, en la que se establece que tras la finalización de una contrata no es ya posible despedir a un trabajador al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores basándose en dicha finalización hasta que no hayan transcurrido tres meses (o el periodo de espera que establezca el convenio colectivo), tras lo cual ya la empresa queda habilitada para adoptar las medidas coyunturales o definitivas que procedan. Y lógicamente ese periodo de espera implica una obligación de recolocación del trabajador, aunque sea en términos imprecisos, de manera que si se acredita que hubo posibilidades de tal recolocación durante el mismo el despido no puede ser considerado improcedente.

2.4. Para contratación de personal en misión por las ETT

A partir del RDL 32/2021 se añade la posibilidad de que la ETT utilice el contrato de trabajo fijo discontinuo para la cesión en misión a diversas empresas con necesidades que tengan encaje en las causas de contratación temporal reguladas por el artículo 15 ET. Se

30 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato y de la Contratación Temporal (a partir del RDLey 32/2021), Una mirada crítica a las relaciones laborales.

31 Partidario de esta interpretación, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, cit., p. 229.

32 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 121.

33 Rec. 167/2022.

trata de facilitar a las ETT la posibilidad de acudir a la contratación indefinida y no sólo meramente temporal, de manera que cuenten con plantillas de trabajadores objeto de cesión, pero con carácter fijo, que en los períodos entre una y otra cesión se encuentren en situación de inactividad³⁴.

Esta posibilidad (*ex* párrafo 3º del art. 16.1 ET) de que las ETT puedan formalizar un contrato fijo–discontinuo es una novedad, anteriormente vetada, que refuerza el proceso de reconducción del trabajo temporal anterior hacia esta figura, pero a la vez desnaturaliza la lógica intrínseca del contrato de puesta a disposición. Dicho inconveniente quedó reflejado en la STS de 30 de julio de 2020³⁵ en la que se señalaba que la ausencia de previsión normativa para que las ETT celebren un contrato fijo discontinuo obedecía a que no cabe este tipo de contratación, pues al ser el contrato de puesta a disposición siempre de carácter temporal no procedía un contrato de puesta a disposición indefinido fijo–discontinuo, debiendo realizarse por la empresa usuaria la contratación directa de un trabajador fijo–discontinuo. Tampoco era posible bajo la regulación anterior (así queda reflejado en la citada sentencia) poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente, pues se trataría de un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria. En cualquier caso, a partir de la entrada en vigor del RD Ley 32/2021, ya existe esta posibilidad que ha supuesto la modificación del art. 10.3 LETT. Transcribimos a continuación el nuevo artículo 10.3. LETT: “La empresa de trabajo temporal podrá celebrar también con el trabajador un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados, es decir sus términos fijados en el momento de la firma del contrato de trabajo, cuya celebración responda en todos los casos a un supuesto de contratación de los contemplados en el artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Igualmente, las empresas de trabajo temporal podrán celebrar contratos de carácter fijo–discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos. En este supuesto, las referencias efectuadas en el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva se entenderán efectuadas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal. Estos convenios colectivos podrán, asimismo, fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad”.

.....

34 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 122.

35 Rec. 3898/2017.

La reforma consiste esencialmente en la inclusión del segundo párrafo del precepto. Con carácter general, la LETT abre la posibilidad a la contratación fija discontinua, de esta forma la ETT podrá contratar para cesión mediante el modelo fijo discontinuo, en primer lugar (primer párrafo del artículo 10.3 LETT), para atender a diversas puestas a disposición de empresas usuarias (predeterminación sucesiva), siempre que la necesidad de mano de obra de estas últimas responda a circunstancias de la producción, en este supuesto deberán acreditarse en el contrato los supuestos de necesidad de mano de obra por circunstancias de la producción en los términos del art. 15.2 ET, esto es por el incremento ocasional e imprevisible o las oscilaciones que generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere; y, para atender, situaciones ocasionales y previsibles que tengan una duración reducida de 90 días al año no consecutivos³⁶.

En el segundo supuesto, cuando no existe la predeterminación de las sucesivas puestas a disposición (art 10.3 LETT párrafo segundo), si la ETT opta por la contratación fija – discontinua se amplían las posibilidades de cobertura de puestas a disposición a todos los supuestos del artículo 15 ET, incluyendo, además de las circunstancias de la producción, la contratación para sustitución con reserva de puesto de trabajo o cobertura de vacante, tal y como se vayan produciendo las demandas de las diferentes empresas usuarias³⁷.

Con la figura del fijo discontinuo se permite a la ETT conformar una bolsa de trabajadores que no tendrán derecho a la indemnización de fin de contrato del art. 49.1.c) ET, dado que su relación laboral no temporal implica un llamamiento de acuerdo con la previsión convencional aplicable, no extinguiéndose con cada puesta a disposición, y por tanto sin derecho a la indemnización legal prevista en el precepto estatutario³⁸.

Sigue estando vetado como con anterioridad, el recurso a la contratación a través de las ETT por parte de las empresas usuarias de trabajadores para cubrir puestos de trabajo no temporales. Si una empresa tiene que atender a necesidades (estacionales, de temporada o intermitentes determinadas o indeterminadas) podrá contratar directamente al personal mediante un contrato fijo discontinuo o a la externalización a través de una contrata, pero no podrán acudir a la cesión a través de una ETT. Si lo hiciese de acuerdo con la jurisprudencia consolidada³⁹, incurriría en un supuesto de cesión ilegal del art. 43 del ET y que sanciona como infracción muy grave el artículo 8.2 de la LISOS.

Y, recuérdese que las empresas contratistas, en la medida que –en función de las circunstancias– pueden formalizar un contrato temporal por circunstancias de la producción vinculado a la duración de la contrata, también podrán acudir a una ETT⁴⁰.

36 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 124.

37 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 125.

38 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 126.

39 Sentencia del TS del 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/20189).

40 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo...”, cit.

En estos dos últimos supuestos (contratas y ETT), se vinculan con negocios jurídicos interempresariales, de manera que los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones” o como plazos de espera entre la conclusión de un contrato de puesta a disposición y el inicio del siguiente, sin que ello conlleve incremento de costes empresariales, pues no se devengan salarios, ni indemnizaciones, ni tampoco cotizaciones a la Seguridad Social. La incertidumbre en el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial por parte de la contratista o de la ETT encuentra cobertura legal, de tal forma que durante el periodo de espera de recolocación se abre la puerta a la percepción por el trabajador fijo-discontinuo de las prestaciones por desempleo [art. 267.1.d) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)], remitiendo a los convenios la posibilidad de establecer la obligación empresarial de satisfacer a las personas trabajadoras una cuantía indemnizatoria por fin de llamamiento, cuando este coincida con el fin de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, una nueva convocatoria⁴¹.

3. FORMA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS FIJOS DISCONTINUOS

Este contrato habrá de cumplir con el requisito de realizarse por escrito, e incluir, conforme a lo preceptuado, con carácter no exhaustivo, en el artículo 16.2 ET, los elementos esenciales del desarrollo de la actividad, la duración de la actividad, la jornada y la distribución horaria.

La nueva redacción de la norma exige reflejar en el contrato la duración del período de actividad, con anterioridad hacía referencia a la “duración estimada” de la actividad, lo cual sería más adecuado para aquellas prestaciones que tengan períodos de ejecución ciertos indeterminados (situación en la que no parece pueda conocerse más que la duración estimada de la actividad). De otro lado, en cuanto a la jornada y la distribución horaria, la norma vigente señala que deberán constar en el contrato ambas (antes solo la jornada), la nueva regulación, más flexible, matiza, acertadamente, “sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”, pues la estimaciones iniciales fijadas en el contrato, pueden tener muy poco que ver con la realidad de cada momento posterior⁴².

.....

41 MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G., “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* (1er Trimestre 2022) Editorial ISSN: 2792-7962 – ISSN: 2792-7970.

42 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, *cit.*, p. 234.

Sería conveniente la inclusión como contenido obligatorio de los requisitos de llamamiento que incluya el convenio colectivo, aunque no sea preceptivo en la nueva norma, para que la persona trabajadora tenga pleno conocimiento de los criterios objetivos y formales que el convenio establece para el llamamiento⁴³. Con la supresión de este requisito podría haberse querido evitar la contradicción con el convenio en caso de que éste alterase la forma de realizar el llamamiento, cosa poco probable pues la negociación colectiva suele ser muy estable en este punto⁴⁴.

4. OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO

En el RD 32/2021 se ha establecido una obligación de llamamiento de carácter general, de manera que afecta también a los supuestos de fijos discontinuos que desarrollan actividades con períodos de ejecución ciertos, cosa que no sucedía para los fijos periódicos con anterioridad. Las regulaciones anteriores establecían esta obligación sólo respecto del fijo discontinuo, pero no se requería llamamiento en caso de fijos periódicos. Aparentemente el motivo de esta distinción era que, en estos últimos contratos, al tratarse de necesidades totalmente cíclicas, en las que hay certeza en cuanto al momento de inicio del período de actividad, no era necesario el llamamiento de los trabajadores (al margen, claro está, de que a través de la negociación colectiva pudiera establecerse esta obligación también para el fijo periódico). Sin embargo, con la supresión de la distinción formal entre una y otra submodalidad, el legislador ha establecido una obligación de llamamiento con carácter general, de manera que afecta también a los supuestos de fijos discontinuos que desarrollan actividades con períodos de ejecución ciertos. La obligación resulta también de aplicación a los contratos fijos discontinuos efectuados para la prestación de servicios en el marco de contratos o subcontratos y cuando las ETT acuden a esta modalidad contractual⁴⁵.

El llamamiento consiste en la manifestación, por parte del empresario, de la necesidad de reincorporación al trabajo de las personas trabajadoras que prestan sus servicios en la empresa de forma discontinua. La norma continúa dejando en manos del convenio colectivo –no se requiere que sea de un nivel determinado, por lo que puede ser sectorial o de empresa, o acuerdo de empresa– la concreción de los criterios objetivos y formales (art. 16.2 ET) para la realización de dicho llamamiento. La ampliación al acuerdo de empresa

43 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 129

44 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 235.

45 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 236.

puede ser muy útil en el nuevo marco aplicativo del trabajo fijo discontinuo, que a partir de ahora se extenderá a más empresas y sectores, la opción convencional al acuerdo de empresa puede permitir con mayor flexibilidad y rapidez la concreción de los criterios de llamamiento⁴⁶.

En primer lugar, el llamamiento ha de realizarse por escrito de forma individualizada a cada persona trabajadora, el contenido podrá ser idéntico o apenas distinto al de otros trabajadores, pero ha de hacerse de forma personal. En el llamamiento han de constar “las indicaciones precisas de las condiciones de la incorporación de las personas trabajadoras, señalando una antelación adecuada para su realización, es conveniente que su articulación guarde coherencia con lo pactado previamente sobre el llamamiento en el convenio colectivo, de no hacerse así se abriría la puerta a la reclamación posterior del trabajador afectado. Las indicaciones precisas han de reflejar ineludiblemente el plazo de reincorporación y la concreción del puesto de trabajo a desarrollar (en correspondencia con la clasificación profesional con la que fue contratada la persona trabajadora) y el lugar de prestación de servicios. Además, tal como se señala en el art. 16.2 ET, el llamamiento debe concretar la jornada y distribución horaria (hasta ese momento esta cuestión debe reflejarse en el contrato, pero solo con carácter estimado). El preaviso que habrá de establecerse también en el convenio colectivo tendrá que producirse con un plazo de antelación adecuada para que la reincorporación del trabajador no sea sorpresiva, sobre todo para aquellos supuestos en que el trabajador resida en lugar diferente al de su puesto de trabajo⁴⁷.”

Respecto a cuáles sean los criterios de llamamiento la normativa no contiene ninguna regulación específica, sino que realiza una remisión al convenio colectivo o en su defecto al acuerdo de empresa. Es posible que el criterio de antigüedad siga siendo ampliamente utilizado como venía haciéndose desde la reforma de 1984, solo o en combinación con otros criterios; o prescindir de la antigüedad y acudir a criterios distintos en función de la concreta actividad a desarrollar por los trabajadores fijos discontinuos, de manera que deban aplicarse, no con carácter general, sino por grupos o categorías profesionales, o en base a la especialización profesional del trabajador; cuestión que puede ser muy importante en caso de uso por contratistas o por las ETT de trabajo fijo discontinuo, dado que tales empresas pueden hacer frente a actividades productivas muy heterogéneas con sus trabajadores fijos discontinuos. Podrían entrar en juego también como criterios de llamamiento, algunos como la zona geográfica donde va a desarrollarse el trabajo combinado con el lugar de residencia del trabajador, así como la posibilidad de rotación entre los trabajadores que permitan distribuir el trabajo de una manera más solidaria entre ellos⁴⁸.

46 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 131.

47 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 240.

48 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 238.

El artículo 16.3.ET impone a la empresa una importante obligación de informar a la representación legal de las personas trabajadoras. Este deber se formula en dos fases, la primera, al inicio del año natural, o con la antelación suficiente, dicha información será de carácter orientativo, y consistirá en las previsiones de llamamiento, en el marco anual o semestral que la empresa tendrá configuradas en su calendario, previsiones que después se concretarán en una segunda fase, en la que la empresa pondrá en conocimiento de la representación del personal las altas efectivas de personas fijas discontinuas producidas⁴⁹.

5. INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL DE LA OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO: NO TODO ES DESPIDO

La regulación anterior del fijo discontinuo expresamente señalaba que, en caso de incumplimiento por el empresario de su obligación de llamamiento, podía reclamarse a través del procedimiento de despido. La regulación hoy vigente no se refiere exclusivamente a la acción de despido, sino que abre más posibilidades señalando es posible que el trabajador ejerza “las acciones que procedan”, pues no todo incumplimiento del empresario de sus obligaciones en materia de llamamiento debe considerarse como un despido ni conducen a la extinción⁵⁰.

En consecuencia, con esta mayor amplitud de acciones, se seguiría acudiendo a la demanda por despido en casos como cuando se establezca una fecha cierta de reinicio y los trabajadores acudan al trabajo y encuentran las instalaciones cerradas o bien no se les llama para incorporarse, existiendo necesidades productivas. No tendría sentido acudir a la acción de despido en situaciones en que la relación se mantiene y únicamente se posterga al trabajador en el llamamiento a pesar de ocupar una posición anterior o se reclaman cantidades perdidas por el trabajador por ese retraso, o se discuten los criterios que determinan el orden del llamamiento⁵¹. En definitiva, no es lo mismo la falta de llamamiento que el llamamiento irregular y las consecuencias de ambos no tienen que ser idénticas. Una cuestión esencial en el ejercicio de las acciones procesales oportunas es el *dies a quo* de los plazos de ejercicio de tales acciones. Al respecto cabe señalar que, al regular el despido como solución al incumplimiento empresarial de su obligación de llamamiento,

49 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 131.

50 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 239.

51 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, loc cit.

las diferentes regulaciones del trabajo fijo discontinuo han venido adaptando las reglas generales sobre esta cuestión, pues en el caso de los fijos discontinuos existe la dificultad de conocer cuándo se ha podido cometer un incumplimiento de la obligación de llamamiento. La regulación anterior señalaba que el plazo comenzaba para el trabajador “desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria”. La literalidad actual establece que el trabajador podrá ejercer las acciones por incumplimiento del llamamiento, iniciándose el plazo “desde el momento de la falta de este” o “desde el momento en que la conociese”. A tenor de esta literalidad se mantiene el criterio anterior de iniciar el cómputo de los plazos desde el conocimiento por el trabajador de la falta de llamamiento, pues es evidente que el otro supuesto (ejercicio de la acción desde el momento de la falta de llamamiento) también requiere que el trabajador lo conozca. En todo caso, destacamos que esta forma de regular el inicio del plazo de las acciones procesales se establece en beneficio directo de la posición del trabajador, que, al estar desconectado de la actividad, podría sufrir graves consecuencias de aplicarse las reglas ordinarias⁵².

Con el cambio de la dicción literal del precepto el legislador parece haber asumido la interpretación que nuestros tribunales venían haciendo en el sentido de considerar que no constituye despido del trabajador fijo discontinuo la decisión de limitar el llamamiento por causas objetivas, siempre que estas queden acreditadas y se articule el procedimiento de suspensión correspondiente⁵³.

En este sentido, la nueva regulación acoge la doctrina jurisprudencial que ha considerado precisamente que, por la naturaleza del fijo discontinuo, es posible que el llamamiento pueda no producirse por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, etc., concluyéndose que de la comunicación empresarial que acredite estas circunstancias, no cabe apreciar en ningún caso voluntad resolutoria del contrato⁵⁴.

6. POSIBILIDADES DE REGULACIÓN CONVENCIONAL: EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO A TIEMPO PARCIAL

En el apartado quinto del art. 16 se contienen una serie de condiciones del trabajo fijo discontinuo que podrán negociarse en convenio colectivo de ámbito sectorial, en concreto se admite que por la vía convencional sectorial pueda:

52 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, *cit.*, p. 240.

53 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 133.

54 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 134.

- Establecerse una bolsa sectorial de empleo en la misma se podrán integrar las personas fijas discontinuas durante los períodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua durante estos, todo ello sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas⁵⁵.
- Admitirse el trabajo discontinuo a tiempo parcial. A tenor del art. 16.5 ET, cabe la posibilidad de celebrar contratos fijos discontinuos a tiempo parcial, los convenios colectivos sectoriales pueden establecer dicha posibilidad si las peculiaridades de la actividad del sector lo justifican. Plantea dudas cuál será el convenio aplicable en estos supuestos, en el caso de las ETT, el art. 10.3 LETT establece que el convenio sectorial aplicable será el de las ETT y para el caso de empresas contratistas o subcontratistas por analogía con las ETT sería el convenio de las empresas contratistas⁵⁶.
- Preverse la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo. Esta limitación del ámbito convencional, aunque sea en clave de posibilidades de negociación no tiene mucho sentido, ya que el apartado 3 del art. 16 viene a imponer a la empresa como ya se ha visto la obligación de comunicar a los representantes las previsiones de llamamiento y las altas efectivas, por tanto, en el ámbito de la empresa será de hecho preceptivo contar con algo muy parecido ese censo anual⁵⁷.
- Establecerse un período de llamamiento mínimo anual. No se entiende que esta posibilidad se circunscriba al ámbito sectorial, hasta ahora en la práctica, tanto los convenios de empresa como los contratos individuales han incluido cláusulas de garantía mínima de llamamiento, que han supuesto para las empresas la obligación de llamar o en su caso de abonar el salario ante la falta de llamamiento justificada pero no articulada por la vía de la suspensión del contrato de trabajo⁵⁸.
- Fijarse una cuantía mínima por fin de llamamiento. Cabría sostenerse que estas materias al tratarse de mejoras en las condiciones de trabajo de los trabajadores fijos discontinuos resultarían perfectamente posible su inclusión en convenio de empresas, acuerdo colectivos, o contratos de trabajo, otra cosa es que existiendo convenios sectoriales, las posibilidades de los convenios de empresa queden limitadas en los términos del art. 84.2 ET⁵⁹.

55 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 135.

56 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 233.

57 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 135.

58 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 136.

59 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, loc. cit..

7. ANTIGÜEDAD Y FIJOS DISCONTINUOS: EL TIEMPO COMPUTABLE A EFECTOS RETRIBUTIVOS E INDEMNIZATORIOS

La determinación de la antigüedad envuelve una problemática que se agrava exponencialmente cuando se proyecta sobre los derechos de los trabajadores fijos discontinuos, habida cuenta de las especialidades temporales que conforman su régimen jurídico. Así pues, la especial incidencia del tiempo en la ordenación de los derechos del fijo discontinuo ha dificultado la determinación de la antigüedad computable y provocado una enorme litigiosidad sobre el particular⁶⁰. Con anterioridad a la Ley 32/2021, en los últimos años, han recaído varias Sentencias del Tribunal Supremo que abordaron el cómputo de la antigüedad a efectos de distintos derechos en la relación fija discontinua. La primera, la Sentencia de 19 de noviembre de 2019, en línea con lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 15 de octubre de 2019 (C-439/18 y C-472/18) resuelve sobre la antigüedad a efectos del devengo del derecho al complemento de antigüedad conforme al IV Convenio colectivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). La menor cantidad de tiempo de trabajo prestado al cabo del año por la persona fija discontinua es característica intrínseca de este tipo de contrato y delimita su régimen jurídico, tanto el modo en que aquél se conforma como, su propio contenido⁶¹.

El Auto de 15 de octubre de 2019 del TJUE con base en el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, sostuvo que la aplicación del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial debía llevar a la conclusión de que, si los contratos de ambos tienen una duración equivalente, el trabajador a tiempo parcial debe adquirir el complemento salarial correspondiente al mismo ritmo que el trabajador a tiempo completo⁶². Así entiende el TJUE que el principio de no discriminación entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo se aplica a las condiciones de empleo entre las que figura la retribución, que incluye los complementos por antigüedad, por lo que la retribución de los trabajadores a tiempo parcial debe ser la misma, sin perjuicio de la aplicación del principio *pro rata temporis*. El IV Convenio colectivo del personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Resolución de 23 de junio de 2006 de la Dirección General de Trabajo), en su art. 67.1 prevé que el complemento de antigüedad “...se devengarán a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral prestando servicios efectivos...”. La controversia a este respecto se ha focalizado en la

60 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatorios. Últimos desarrollos en la jurisprudencia”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 9, número 2 2021, p. 337.

61 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos...”, *loc cit.*

62 Auto del TJUE del 15 de octubre de 2019, Asuntos Acumulados C-439/18 y 472/18.

determinación del significado de la expresión relativa a la prestación de servicios efectivos como factor temporal para el devengo del derecho al complemento. El TS, con anterioridad, tradicionalmente, venía identificando esta expresión con el tiempo de trabajo real de actividad y no con el tiempo de vinculación a la empresa. Desde esta perspectiva, pues, se consideraba que el CC establecía el devengo del derecho al complemento de forma que el cómputo era proporcional al tiempo de trabajo sin contravenir la igualdad de trato que el mismo impone entre trabajadores a tiempo completo y parcial, acorde a esta interpretación el tiempo de inactividad o entre campañas no tenía la consideración de tiempo computable a efectos del devengo del derecho al complemento de antigüedad. Frente a esta interpretación, el TSJ de Galicia planteó cuestión prejudicial al TJUE considerando que la misma entrañaba una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y parcial contraria a la normativa comunitaria de igualdad en materia de trabajo a tiempo parcial y en materia de género, habida cuenta de la feminización del personal fijo discontinuo al que resultaba de aplicación la citada disposición. Conforme al modo de cómputo acogido por el TS, en efecto, el trabajador a tiempo parcial no solo adquiriría el derecho al complemento a un ritmo más lento que el trabajador a tiempo completo, sino que, además, una vez devengado el derecho al complemento lo cobraría igualmente en menor proporción que éste. Así las cosas, el TSJ remitió la cuestión al TJUE a fin de que éste determinase si la citada disposición y la interpretación que de la misma se venía haciendo habrían de encontrar encaje o justificación en el marco normativo de la UE. La respuesta dada a este respecto por el TJUE se contiene en el Auto de 15 de octubre 2019 antes citado. En el mismo, el Tribunal concluye que realmente no se estaría aplicando un criterio de proporcionalidad en el cómputo del tiempo a efectos del devengo del derecho al complemento, sino que, sencillamente, a la expresión servicios efectivos se le estaría dando un distinto contenido a tal efecto según se trate de trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial⁶³, pues en el caso de los trabajadores a tiempo completo este factor temporal se identifica con el tiempo de vinculación jurídico laboral con el empresario, esto es con todo el periodo de duración de la relación laboral, en tanto se computan estadios de inactividad como vacaciones o posibles bajas por enfermedad mientras que en el caso de los fijos discontinuos el mismo factor temporal se identifica únicamente con el tiempo de trabajo, es decir, con la duración de los periodos efectivamente trabajados⁶⁴. Esta diferente forma de definir la antigüedad computable a efectos del devengo del derecho al complemento de antigüedad en función de la jornada de los trabajadores constituye a juicio del TJUE una diferencia de trato que, al no encontrar justificación, ha de considerarse discriminatoria. A resultas de todo ello, el TJUE considera que “el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores

.....

63 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos...”, *cit.*, p. 338.

64 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos...”, *loc cit.*

a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los períodos no trabajados⁶⁵. En vista de esta decisión, la STS de 19 de noviembre de 2019 modificó la doctrina que hasta el momento había adoptado el TS en lo que se refiere a la forma de computar la antigüedad de los fijos discontinuos de la AEAT a efectos del complemento de antigüedad. Y, en este sentido, concluye que «no procede entender que a los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT se les computa, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, únicamente el tiempo efectivamente trabajado, sino que ha de tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral. De no seguirse esta interpretación se produciría una diferencia de trato peyorativa para los trabajadores fijos discontinuos en relación con los trabajadores a tiempo completo ya que, ante un mismo periodo de prestación de servicios, los segundos devengarían un trienio al transcurrir tres años, en tanto a los primeros se les tendría en cuenta, no la duración de la relación laboral, sino el tiempo de servicios efectivamente prestados⁶⁶. Criterio este que se ha venido consolidando en SSTs posteriores.

El nuevo artículo 16.6 ET positiviza esta doctrina jurisprudencial relativa al cálculo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos y también como se verá, la relativa al cómputo de los períodos de actividad a efectos indemnizatorios, en los términos siguientes: “derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”.

En relación con la indemnización por despido improcedente, conforme a la STS de 30 de julio de 2020, la antigüedad computable a efectos de su cuantificación, esto es, el “tiempo de servicios” con el que la jurisprudencia ha identificado la noción de años de servicio del art. 56 ET, se define de la misma forma para cualquier tipo de trabajador. Dicho factor, en efecto, se identifica con unos mismos tiempos con independencia de la modalidad contractual de los trabajadores. No existe la diferencia de trato que se consideró determinante en el asunto del complemento de antigüedad de la AEAT para declarar la existencia de discriminación y que llevó a declarar computable el periodo de inactividad entre campañas de los fijos discontinuos. Este tiempo de inactividad, no puede ser tenido en cuenta en el

65 Razonamiento jurídico quinto Auto del TJUE del 15 de octubre de 2019, Asuntos Acumulados C-439/18 y 472/18.

66 Vid. STS de 10 de diciembre de 2019 (Rec. 2932/2017), STS de 19 de mayo de 2020 (Rec. 3625/2017), STS de 25 de junio de 2020 (Rec. 3739/2017), STS de 30 de septiembre de 2020 (Rec. 207/2018), STS de 13 de enero de 2021 (Rec. 3918/2019), STS de 13 de enero de 2021 (Rec. 3369/2019), STS de 1º de febrero de 2021 (Rec. 4073/2018) y STS de 16 de febrero de 2021 (Rec. 3372/2019).

cálculo de la indemnización por despido en la medida en que no se identifica con el tiempo definido como computable a tal efecto, esto es, con el criterio del tiempo de servicios. A través de este factor temporal, la cuantificación de la indemnización sí se articula de conformidad con el principio de proporcionalidad⁶⁷. Por tanto la solución es diferente si se trata del cómputo de la antigüedad o la indemnización por despido, para el cálculo de la indemnización de los fijos discontinuos se aplica el criterio *pro rata temporis*, que excluye los períodos de inactividad de los fijos discontinuos en su cálculo ya que no son tiempo de prestación de servicios, mientras que en el cálculo de la antigüedad sí son tenidos en cuenta por las razones más arriba expresadas, criterio que ha sido positivizado en el nuevo art. 16.6 ET (“...con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.” Art. 16.6. ET).

Desde la perspectiva de la proporcionalidad, la STS de 30 de julio de 2020, pone el acento en el diferente impacto del cálculo del tiempo en el caso de la antigüedad y de la indemnización por despido, la indemnización se calcula sobre la base del salario del último mes trabajador, pues si dicho salario se multiplicase por el número total de meses transcurridos desde que comenzó a prestar servicios en la empresa hasta que se extinguió la relación laboral, incluyendo tanto los períodos de actividad como de inactividad la indemnización no se basaría en el tiempo de servicio sino en el lapso total transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta su finalización y no guardaría proporción con la efectiva prestación de servicios en la empresa⁶⁸.

8. PRIORIDAD PARA EL ACCESO A LAS INICIATIVAS DE FORMACIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

Se busca que a través de la formación continua de las personas trabajadoras pueda alcanzarse no solo su mejora formativa sino también su recualificación. El reconocimiento del acceso prioritario a la formación y la posibilidad de recibirla en los períodos inactividad pretende favorecer la readaptación profesional para el colectivo de trabajadores fijos discontinuos, para el que es una necesidad⁶⁹.

67 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos...”, *cit.*, p. 340.

68 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 142.

69 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 143.

Por otra parte, lo que no aclara el precepto cuál es el alcance de esa prioridad, si es frente a cualquier sujeto o supone una preferencia frente a otros colectivos prioritarios, y si existe algún tipo de ordenación de prioridades. Tampoco se establece procedimiento alguno a través del cual pueda hacerse valer dicho carácter prioritario. Por todo ello nos tememos que estamos ante una norma de escaso o nulo carácter obligatorio, de manera que salvo que los poderes públicos decidan implementar de manera efectiva esta prioridad, difícilmente va a tener consecuencias favorables para los fijos discontinuos⁷⁰.

9. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LAS PERSONAS FIJAS DISCONTINUAS

El art. 16.6 ET señala en su nueva redacción que los fijos discontinuos “no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo (suspensiones, licencias, excedencias) y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos”. Obviamente los fijos discontinuos tienen los mismos derechos de conciliación que el resto de los trabajadores, y así se ha querido resaltar con este apartado 6 del artículo 16, el carácter discontinuo no podría justificar la negativa empresarial a la concesión de los mismos derechos que en este ámbito tienen reconocidos los trabajadores. El legislador puntualiza que los fijos discontinuos no pueden sufrir perjuicios por el ejercicio de tales derechos. Es decir, su llamamiento futuro no podrá verse alterado en manera alguna por el lícito ejercicio de derechos de conciliación o de ausencias consagrados legalmente, que no puede generar una preterición del trabajador o su retraso en el orden de llamada en futuros llamamientos, siendo conveniente que las reglas sobre llamamiento reflejen esta cuestión⁷¹.

70 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, *cit.*, p. 247.

71 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, *loc cit.*.