

EL NUEVO CONTRATO FIJO-DISCONTINUO
THE NEW DISCONTINUOUS FIXED CONTRACT

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

Catedrática Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universitat de València

<https://orcid.org/0000-0003-2770-5070>

Cómo citar este trabajo: López Balaguer, M. (2023). El nuevo contrato fijo-discontinuo. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13 (1), 1–31. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7794>.

RESUMEN

El artículo analiza el nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo tras la reforma operada por el RDL 32/2021, estudiando tanto la unificación de la regulación de todo del trabajo fijo-discontinuo como la extensión del ámbito de aplicación de esta modalidad contractual en el marco de las contratas y las ETT. Asimismo, se analizan las cuestiones formales y los derechos reconocidos a las personas fijas-discontinuas.

PALABRAS CLAVE: contrato fijo-discontinuo, trabajadores fijos-discontinuos, reforma laboral 2021.

ABSTRACT

The article analyzes the new legal regime of the fixed-discontinuous contract after the reform operated by RDL 32/2021. Thus, both the unification of the regulation of all fixed-discontinuous work and the extension of the scope of application of this contractual modality in the framework of contracts-subcontracts and ETT are studied. Likewise, the formal issues and the rights recognized to fixed-discontinuous people are analyzed.

KEYWORDS: fixed-discontinuous contract, fixed-discontinuous workers, labour reform 2021.

SUMARIO

I. El nuevo modelo de trabajo fijo-discontinuo en el RDL 32/2021.

II. El contrato fijo-discontinuo y sus diferentes modalidades.

1. El contrato fijo-discontinuo para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada.

2. El contrato fijo-discontinuo para la realización de trabajos no estacionales de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

3. El contrato fijo-discontinuo para el desarrollo de trabajos en el marco de las contrataciones.

3.1. El contrato fijo-discontinuo como modelo contractual alternativo al contrato temporal para obra o servicio.

3.2. Peculiaridades del contrato fijo-discontinuo en el marco de las contrataciones: períodos de inactividad en los plazos de recolocación.

4. El contrato fijo-discontinuo para la contratación de personal en misión por parte de las ETT.

III. El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo.

1. Forma y contenido del contrato.

2. El llamamiento y la posibilidad del tiempo parcial: la negociación colectiva como herramienta esencial en la regulación del contrato fijo-discontinuo.

2.1. El llamamiento de las personas fijas-discontinuas.

2.1.1. La delimitación de los criterios objetivos y formales del llamamiento.

2.1.2. Forma escrita y notificación del llamamiento.

2.1.3. El deber de informar a la representación legal de las personas trabajadoras y a las personas fijas-discontinuas.

2.1.4. Incumplimiento de las reglas de llamamiento.

2.2. El trabajo fijo-discontinuo a tiempo parcial: el papel del convenio en su regulación.

2.3. *Otras materias que podrán negociarse en el ámbito convencional sectorial.*

3. *Derechos de las personas fijas-discontinuas.*

3.1. *Ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas.*

3.2. *Antigüedad y otras condiciones de trabajo: parámetro temporal para el cálculo de la indemnización por despido.*

3.3. *Prioridad para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional.*

Bibliografía

I. El nuevo modelo de trabajo fijo-discontinuo en el RDL 32/2021

La nueva versión del art. 16 ET tras la aprobación del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, implica, más allá de lo que podría considerarse una reforma del contrato fijo-discontinuo, la regulación de un nuevo modelo de contrato y es esta una impresión unánime en la doctrina¹.

Esta nueva regulación responde claramente a dos finalidades distintas. De un lado, se pretende afinar el concepto de trabajo fijo-discontinuo hasta ahora conocido. En este sentido, como literalmente se apunta en la propia EM, la nueva norma “afina” la definición del trabajo fijo-discontinuo de forma que lo decisivo es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados que pueden ser bien de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o bien de trabajos no estacionales, pero de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. Así, con la nueva regulación se ha unificado el régimen jurídico de todos los supuestos de prestaciones fijas-discontinuas, tanto las denominadas periódicas en el derogado art. 12.3 ET, como aquellas en las que no se tiene certeza respecto de la fecha de inicio y fin.

De otro lado, la segunda finalidad se concreta en la extensión del ámbito aplicativo del contrato fijo-discontinuo, ya que se configuran dos nuevos supuestos en los que se va a permitir el recurso a este contrato: los 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; y, la cesión de mano de obra a través de ETT. Con la inclusión de estos dos supuestos cambia por completo no

¹ En este sentido, entre otros, GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, 2022, Vol.3, Monográfico sobre la reforma laboral 2021, p.60; GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2>, pp. 1-2; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo tras la Reforma de 2021”, *Temas Laborales*, núm. 161/2022, p. 218 ; y, BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021 más allá de la crónica*, Madrid, MTEC, 2022, p. 85.

solo el concepto de trabajo fijo-discontinuo tal y como hasta ahora lo hemos venido utilizando, sino el ámbito de aplicación del contrato fijo-discontinuo. De alguna manera, se puede considerar que la decisión del legislador ha sido encauzar por la vía del contrato fijo-discontinuo el empleo que antes era temporal. Así, tal y como se ha puesto de manifiesto, este nuevo modelo “es una herramienta fundamental para reconducir al carácter indefinido los contratos temporales sin causa”². De ahí que pueda afirmarse que el ambicioso planteamiento relativo al cambio de la cultura de la temporalidad de nuestras relaciones laborales, que se apunta como objetivo primordial de la reforma de 2021 en materia de contratación temporal, se pretende alcanzar esencialmente con la reconfiguración del contrato fijo-discontinuo³.

Cabría plantear aquí la duda de si realmente la decisión de canalizar el trabajo temporal a través del contrato fijo-discontinuo ampliando el ámbito de aplicación de este contrato, es acertada desde la perspectiva de la precariedad del empleo. Hay que tener en cuenta que, al fin y al cabo, la peculiaridad del modelo fijo-discontinuo es precisamente esto último, es decir, es fijo, pero no conlleva la continuidad en la prestación. Con ello la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras es relativa desde la perspectiva de la garantía de un trabajo que equivalga a seguridad laboral y económica.

En todo caso, no es menos cierto que, en los supuestos en los que se ha incorporado la viabilidad de la figura del fijo-discontinuo, la precariedad del trabajo antes de la reforma era total porque el modelo contractual en las contrataciones era, como es sabido, el temporal para obra y servicio. Y, por lo que hace a las ETT, en la práctica la única opción contractual era la temporal vinculada a la temporalidad de la puesta disposición. Por lo tanto, con la admisión del contrato fijo-discontinuo en estos casos se puede afirmar que, al menos desde la perspectiva empresarial, sí se instaura una cultura de la estabilidad, puesto que la contratación de la plantilla fija-discontinua supone para las empresas contratistas y las ETT la asunción, por una parte, de un vínculo permanente con las personas trabajadoras; y, por otra, de una serie de obligaciones, sobre todo formativas, en los períodos de inactividad.

Además, las primeras cifras de empleo conocidas tras la entrada en vigor del nuevo art. 16 ET vienen a confirmar que la utilización del contrato fijo-discontinuo -y del contrato por tiempo indefinido ordinario- ha crecido de manera importante en nuestro país. Por lo que, aun teniendo en cuenta que es pronto para valorar el impacto de la reforma, el

² BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 85, que señala que resultaba necesario reforzar esta especial formulación del contrato indefinido para “operar un efecto de sustitución a la inversa” y que los contratos temporales irregulares transiten a su correcta calificación como indefinidos.

³ En este sentido, para GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 59 con el modelo fijo-discontinuo se permite orillar buena parte de los efectos perversos que derivan de la temporalidad.

objetivo de incentivar el recurso al empleo fijo, tanto ordinario como discontinuo, parece que se está cumpliendo⁴.

En fin, podemos convenir en que debe entenderse que con el contrato fijo-discontinuo que nace del RDL 32/2021 se va más allá del concepto clásico y tradicional de trabajo fijo-discontinuo. La reforma expande jurídicamente este modelo de contrato permitiendo que resulte aplicable a realidades productivas en las que no vamos a encontrar los elementos definitorios del trabajo de temporada, estacional, intermitente y con ciclos de producción limitados y definidos con o sin certeza. Por otra parte, además del importante cambio referido al ámbito de aplicación del nuevo contrato, el art. 16 ET también introduce modificaciones en el régimen jurídico aplicable al mismo, revisando, la forma del contrato; el papel de la negociación colectiva, que como es sabido ha sido esencial por lo que a esta modalidad contractual se refiere; y, en fin, los derechos de las personas trabajadoras fijas-discontinuas.

II. El contrato fijo-discontinuo y sus diferentes modalidades.

La nueva regulación del contrato fijo-discontinuo se plantea en el art. 16.1 ET a partir de la previsión de una única modalidad contractual pero que puede utilizarse en las empresas para la cobertura de muy diferentes necesidades de mano de obra⁵: en primer lugar, para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada; en segundo lugar, para la realización de trabajos de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados; en tercer lugar, para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativa que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa; y, finalmente, para la contratación de personal para cesión en las ETT⁶.

1. El contrato fijo-discontinuo para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada.

⁴ Analizando los datos de la EPA del primer trimestre de 2022 en comparación con los anteriores, señala GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: primer avance”, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Brief-datos-reforma.pdf>, que el incremento de la utilización del contrato fijo-discontinuo en los primeros meses de 2022 es innegable: de enero a mayo se han registrado 598.021 contratos iniciales de este tipo, lo que supone multiplicar por siete el mejor registro en esos meses; si nos fijamos sólo en los meses en los que entra plenamente en vigor la reforma en materia de contratación (abril y mayo), se han firmado en 2022 diez veces más contratos fijos discontinuos que en el mejor registro existente en el periodo analizado (43.992 en el año 2019). Por otra parte, respecto de la contratación indefinida ordinaria, destaca el profesor GIMENO, que los 773.522 contratos indefinidos a tiempo completo registrados en los meses de enero a mayo suponen un crecimiento del 187%, es decir casi se han triplicado respecto a 2021 y mejoran ampliamente cualquier dato de la serie; y, en mayor medida aún crecen los contratos indefinidos a tiempo parcial, que alcanzan la cifra de 441.547, cuatro veces más que en los mismos meses de 2021.

⁵ Para LAHERA FORTEZA, J., puede hablarse de cinco modalidades de contrato fijo-discontinuo, véase <https://www.aedtss.com/las-cinco-modalidades-del-nuevo-contrato-de-trabajo-fijo-discontinuo/>.

⁶ Además de estas en el ámbito del empleo público la DA4ª del RDL 32/2021 viene a señalar que “los contratos por tiempo indefinido y los fijos-discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación”.

La primera actividad que describe el art. 16.1 ET para delimitar el marco aplicativo del contrato fijo-discontinuo alude al tradicional supuesto de tareas estacionales o campañas vinculadas a actividades de temporada. Ahora bien, en la regulación anterior del art. 16 ET se hacía alusión a los “trabajos fijos-discontinuos que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa”. Con ello, se establecía una distinción entre los fijos-discontinuos de fechas inciertas y los fijos-periódicos de fechas ciertas regulados en el hoy derogado art. 12.3 ET.

Con esta inclusión en un régimen jurídico común se acaba con la disparidad de regulaciones para trabajos que, siendo de carácter fijo-discontinuo, solo se diferenciaban por la certeza o incerteza de sus fechas de reiteración temporal y se sitúan al margen del régimen jurídico del tiempo parcial las actividades cíclicas y periódicas. Se plantea en este punto la duda de si con esta unificación reguladora será o no posible mantener el recurso al contrato indefinido a tiempo parcial configurado con parámetro temporal anual y, según se ha sostenido⁷, la permanencia del art. 12.1 ET ha de conducir a pensar que sigue siendo posible suscribir contratos a tiempo parcial sobre base anual.

A mi juicio, en línea con este planteamiento debe entenderse que sigue siendo posible el recurso al contrato a tiempo parcial en cómputo anual porque el art. 12 ET define el tiempo parcial desde todos los parámetros temporales -diario, semanal, mensual y anual; y, literalmente, su apartado segundo, prevé que el contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación⁸.

Siguiendo la jurisprudencia en materia de trabajo fijo-discontinuo y adaptándola a la nueva inclusión del trabajo fijo-periódico en su régimen jurídico, este primer supuesto de trabajo fijo-discontinuo regulado por el art. 16.1 ET comprende las actividades que pueden detallarse a partir de una determinada realidad fáctica y jurídica que se proyecta sobre actividades que presentan las siguientes características⁹:

- Son estables y consustanciales a la actividad de la empresa que no se producen de manera esporádica, sino que son permanentes.
- No se requieren todos los días del año porque su característica principal es que son actividades de carácter estacional que, por diferentes circunstancias, no están presentes siempre, sino que lo están en algunas épocas del año.

⁷ GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 63; y,

⁸ En este sentido, BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 88, puntualiza que la diferencia entre el tiempo parcial en cómputo anual y el fijo-discontinuo radicará en el diferente régimen jurídico de ambos contratos: el primero, a tiempo parcial, pero con concreción de los periodos de trabajo; y, el segundo el especial del art. 16 ET, con mayor flexibilidad de inicio y fin de actividad, pero solo a tiempo parcial si lo prevé el convenio.

⁹ Por todas, STS 26 de mayo de 2015, rec. 123/2014.

- Pueden repetirse en fechas ciertas o inciertas -es decir, en el caso de estas últimas, inseguras porque influyen factores externos a la propia actividad (clima, meteorología...)-.

A la luz de lo anterior, podemos considerar que el legislador ha positivizado también en este nuevo supuesto, la jurisprudencia que, en aras a la estabilidad en el empleo y de acuerdo con la regulación anterior del contrato para obra o servicio, consideró como trabajos fijos-discontinuos aquellos en los que concurrían las notas de reiteración cíclica de la actividad. En este sentido, el TS en numerosas resoluciones ha afirmado que “el contrato para obra o servicio determinado se caracteriza porque la actividad a realizar por la empresa consiste en la ejecución de una determinada actuación que necesariamente tiene una duración limitada en el tiempo y responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, por lo que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario”¹⁰. Y, de este modo, por poner algunos ejemplos, actividades cíclicas como la extinción de incendios, el mantenimiento de pistas de esquí, la señalización y el movimiento de seguridad en la pista y plataforma de aeropuertos, el cuidado en guarderías de temporeros, etc., han sido consideradas de carácter permanente pero no continuado y, en consecuencia, reconducidas por los Tribunales al vínculo fijo-discontinuo.

En definitiva, la referencia del actual art. 16.1 ET a la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada unifica los supuestos clásicos de trabajo fijo-discontinuo y fijo-periódico y, a nuestro modo de ver, podrá seguir siendo interpretada según la jurisprudencia en la materia. No obstante, es cierto que, como veremos al analizar el papel de los convenios colectivos en la regulación del trabajo-discontinuo, la unificación de los dos regímenes jurídicos va a resultar algo complicada en la práctica por la distorsión que en el día a día de las empresas generará el hecho de que la celebración del contrato a tiempo parcial solo quepa en el caso de que así se prevea en convenio sectorial.

2. El contrato fijo-discontinuo para la realización de trabajos no estacionales de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados

El segundo de los supuestos que contempla el art. 16.1 ET alude a una actividad empresarial que presenta tres características:

- No es estacional
- Es intermitente
- Es de ejecución cierta en períodos determinados o indeterminados

¹⁰ Por todas, STS de 1 de octubre de 2001, rec.3286/2000.

Si ponemos estas características en relación con las que acabamos de analizar en el epígrafe anterior como significativas del contrato fijo-discontinuo, lo primero que cabe destacar es que la casuística de la necesidad de mano de obra se aleja en este supuesto de la actividad fija-discontinua clásica. En efecto, de manera expresa, el precepto alude a actividades no estacionales, lo que implica que el elemento fáctico determinante hasta ahora deja de ser relevante en este caso; y, según se ha dicho, es el supuesto “más confuso”¹¹.

Ahora bien, lo segundo que observamos es que sí cabe proyectar a este supuesto la exigencia de que estemos ante actividades estables y consustanciales a la actividad de la empresa que no se producen de manera esporádica, sino que son permanentes, dado que se exige que se trate de trabajos intermitentes y, en todo caso, de ejecución cierta. En este sentido es importante hacer hincapié en que la definición legal de esta actividad que puede cubrirse con contratos fijos-discontinuos no abre la puerta a que sea discrecional para la empresa la delimitación del carácter intermitente de la actividad¹².

De hecho, conviene recordar que la Sala Cuarta ya ha interpretado que el carácter fijo-discontinuo de la actividad a cubrir¹³:

- No puede depender de la decisión unilateral empresarial
- Debe ser conocida en el sector de que se trate
- Debe depender de factores objetivos independientes de la voluntad de las partes o de la voluntad unilateral del empresario

Creo que esta doctrina jurisprudencial puede resultar aplicable a la hora de determinar el alcance del supuesto que ahora nos ocupa. Y, de este modo, puede sostenerse, tal y como se ha venido haciendo, que las tareas que constituyen, en principio, la actividad natural y ordinaria de la empresa y que son de carácter permanente y continuado en el tiempo, no pueden fraccionarse de manera artificial para convertir en intermitente o discontinuo lo que no lo es. En esta línea, podemos recordar, por ejemplo, que el TS descartó que los cursos escolares fueran para la actividad de docencia ordinaria una necesidad fija-discontinua¹⁴; o que fueran fijos-discontinuos los trabajadores que prestaban servicios en

¹¹ GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021...”, cit. Desde otra perspectiva,

¹² Para GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 63, hay que entender la buscada desconexión entre estacionalidad o temporada e intermitencia abre la configuración de cada contrato fijo-discontinuo a la autonomía de la voluntad de las partes que dispondrán de margen para configurarlo sin que se abra la puerta ni “a la discrecionalidad empresarial”, ni a la admisión de una especie de “contrato de cero horas”; y, para BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 90, es un supuesto que da cobertura a las necesidades que no son ocasionales y tienen períodos de ejecución ciertos, entendiendo por tales los periodos en los que se reanuda con certeza la necesidad de mano de obra.

¹³ STS de 19 de febrero de 2019, rec. 971/2017.

¹⁴ Literalmente decía la STS de 20 de abril de 2005, rec. 1075/2004, que: “La división de la docencia en cursos escolares afecta a los alumnos ya su relación académica con el centro, pero no al vínculo laboral de la actora, que año tras año tendrán similares cometidos que realizar como profesora, materializando así el único objetivo de la empresa que se dedica a la enseñanza”.

todo el período anual dividido en campañas¹⁵. En consecuencia, la cobertura contractual de esas tareas será el contrato indefinido ordinario, es decir, por hacer un paralelismo con el fijo-discontinuo, el contrato fijo-continuo.

3. El contrato fijo-discontinuo para el desarrollo de trabajos en el marco de las contratas

El tercero de los supuestos a que se refiere el nuevo art. 16.1 ET sí resulta desde luego novedoso porque supone el recurso al contrato fijo-discontinuo para dar cobertura a una actividad que puede no serlo en los términos que hemos analizado hasta ahora¹⁶. En este sentido, creo que el precepto es claro cuando indica que la firma de una contrata para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio va a justificar *per se* el recurso al contrato fijo-discontinuo por parte de la empresa contratista para conformar la plantilla destinada a la misma.

3.1. El contrato fijo-discontinuo como modelo contractual alternativo al contrato temporal para obra o servicio

El nuevo art. 16.1. 2º párr. ET viene a reconducir contractualmente hacia el fijo-discontinuo el desaparecido contrato para obra o servicio en estos supuestos¹⁷. Y, de hecho, de acuerdo primero con lo resuelto por el TS en su sentencia de 29 de diciembre de 2020¹⁸; y, en segundo lugar, de acuerdo con la eliminación esta modalidad del catálogo de contrato temporales, debemos entender que, con la nueva regulación, la respuesta jurídica a la especial actividad que desempeñan las empresas contratistas pasa por permitir que la anterior cobertura de contratas a través del contrato temporal para obra o servicio se encauce ahora a través del contrato fijo-discontinuo¹⁹.

Se debe reparar en la alusión a la posibilidad de recurrir a esta opción que contiene la propia STS de 29 de diciembre de 2020. Sentencia que, como es de sobra conocido,

¹⁵ STS de 28 de octubre de 2020, Rec. 4364/2018. En esta resolución el TS concluye que: “[...]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 y dejan de ser intermitentes, el contrato muda su naturaleza de fijo-discontinuo a fijo continuo u ordinario, pues no hay discontinuidad, sino que hay continuidad”.

¹⁶ En este sentido, para GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 64 se trata de una inclusión “forzada” y con carácter “constitutivo”.

¹⁷ GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021...”, cit.; GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 64; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., p. 229. En otro sentido, considera VICENTE PALACIO, A., “La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratas”, *Revista Crítica de Relaciones Laborales, Laborum*, nº 2 (2022), p. 89, que resulta dudoso el alcance de la habilitación del uso del contrato fijo-discontinuo en las contratas ya que no es claro si la mera existencia de la contrata justifica el contrato fijo-discontinuo o si, por el contrario, es necesario que efectivamente exista un periodo de inactividad entre las contratas para que pueda suscribirse el contrato fijo-discontinuo.

¹⁸ Rec. 240/2018.

¹⁹ Para un análisis en profundidad de la reforma en materia de contratación temporal me remito a nuestro trabajo: LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral en la reforma del RDL 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 59-96.

eliminó definitivamente la viabilidad del contrato para obra o servicio en el marco de las contrataciones²⁰. En esta resolución la Sala Cuarta venía a decir que, aunque era consciente de la sujeción de determinadas actividades empresariales a flujos variables de demanda, ello no justificaba el recurso ordinario a una política de contratación temporal que no se ajustaba a la regla esencial del carácter indefinido del contrato. Y, en ese punto, la resolución “recomendaba” a las empresas que para ajustar la dimensión de la plantilla a la variabilidad de las necesidades de la demanda acudiesen a otros mecanismos que el legislador había diseñado a tal efecto, entre los que citaba: la delimitación contractual respecto de las jornadas y tiempos de trabajo (tiempo parcial y sus varias posibilidades de distribución, fijo-discontinuo,...), como la adaptación de las condiciones de trabajo o, incluso, de las plantillas en supuestos de afectación en la actividad de la empresa, aludiendo a la opción extintiva por causas objetivas.

Pues bien, el legislador parece haber seguido la “recomendación jurisprudencial” y, en línea con la “propuesta” de la sentencia, diseñó en el RDL 32/2021 un nuevo modelo de contrato ajustado a esa necesidad particularmente fluctuante de mano de obra de las empresas contratistas que podrán ahora optar entre la contratación indefinida ordinaria o fija-discontinua²¹. Ahora bien, la verdad es que no ha sido especialmente exhaustivo a la hora de regular esta opción contractual en el marco de las contrataciones porque, al margen del reconocimiento del supuesto del primer apartado del art. 16 ET, la única referencia especial que encontramos sobre la contratación fija-discontinua en aquellas es la del art. 16.4 ET.

En todo caso, la posibilidad de recurrir al modelo fijo-discontinuo no ha eliminado absolutamente la opción por la contratación temporal en la empresa contratista. El art. 15.2 ET sí permite, si concurren circunstancias de la producción en la contratista, la contratación por las mismas. Con esta salvedad, debe entenderse que las contratistas podrán acudir al modelo temporal en el supuesto de que concertada la contrata y contratada la plantilla como fija-discontinua, apareciesen circunstancias de la producción en los términos que el precepto recoge²².

3.2. Peculiaridades del contrato fijo-discontinuo en el marco de las contrataciones: períodos de inactividad en los plazos de recolocación

Según lo dispuesto en el art. 16.4 ET:

²⁰ Para BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., pp. 92-93, la posibilidad de que las contrataciones recurran al fijo-discontinuo que contempla el art. 16 ET es directamente consecuencia de esta sentencia.

²¹ Señala en este sentido BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 93 que de manera literal el art. 16 ET habla de “podrá concertarse”, lo que debe interpretarse como una libre opción de la empresa contratista entre el modelo indefinido ordinario y el fijo-discontinuo que, en todo caso, presentan perfiles distintos con “ventajas e inconvenientes” para ambas partes (véanse pp. 93-96).

²² En este sentido, VICENTE PALACIO, A., “La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel...”, cit., p. 89. Me remito en este punto al trabajo LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral en la reforma*, cit., pp. 67-68.

“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”.

Con esta concreción sobre el alcance de los períodos de inactividad, el precepto delimita, a mi modo de ver, el alcance mismo del concepto trabajo fijo-discontinuo en el marco de una contrata, configurándolo de manera específica en estos casos y ajustándolo de alguna manera a la doctrina jurisprudencial anterior sobre la conexión entre la contrata mercantil y el contrato de trabajo para obra y servicio y ello porque, como se ha dicho, “no se establece una caracterización de las contrata desde la perspectiva de su duración”²³.

En este sentido, con la exigencia de total vinculación entre los períodos de inactividad y los de “espera de recolocación”, el nuevo art. 16.4 ET impone que la discontinuidad del contrato fijo-discontinuo en el marco de las contrata venga obligatoriamente delimitada por estas, es decir, a mi entender, deberá considerarse que la duración de la contrata mercantil negociada entre principal y contratista -incluidas las posibles prórrogas- determinará de manera precisa el período de actividad de la plantilla contratada por esta para atender la ejecución de la contrata. Por otra parte, la alusión a la recolocación implicará en todo caso la preferencia del personal fijo-discontinuo frente a las nuevas contrataciones cuando se formalicen contrata que se ajusten al perfil profesional del trabajador fijo-discontinuo²⁴. Es más, se trataría de una preferencia “legal” que además deberá seguirse en la ordenación convencional del llamamiento.

En todo caso, en el segundo párrafo del nuevo art. 16.4 ET se pone un límite temporal máximo a esos períodos de inactividad, aunque deja el precepto en manos de la negociación colectiva sectorial la fijación de este límite y, dado que se trata de una norma dispositiva absoluta, los convenios sectoriales gozarán de libertad para establecerlo. No obstante, ante la falta de regulación convencional, la norma opta por limitar a tres meses el máximo período de inactividad en la empresa contratista que, transcurrido el mismo sin nuevas contrata que atender, podrá optar por la medida coyuntural -suspensión de

²³ GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 64.

²⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 93. En relación con la recolocación señala GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., p. 229, 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” una vez que haya una nueva contrata o subcontrata y que tal obligación existirá siempre y cuando la actividad a desarrollar sea compatible con las aptitudes profesionales comprometidas en el contrato de trabajo.

contratos por causa productiva (art. 47 ET)- o definitiva -despido objetivo plural o colectivo (arts. 51 y 52 ET)- que corresponda²⁵.

En relación con ello, se ha dicho que precisamente esta obligación de recurrir a los mecanismos de flexibilidad sirve para entender que no nos encontramos ante un contrato que pueda ser considerado “a llamada” porque limita absolutamente el tiempo de restricción de la libertad de la persona trabajadora que se encuentra en inactividad²⁶. No obstante, las primeras interpretaciones judiciales del contrato fijo-discontinuo vinculado a contrata afirman *-obiter dicta-*, literalmente, que el nuevo texto del art. 16 ET “transforma la figura de los trabajadores fijos discontinuos en una modalidad de trabajo a llamada, a modo de bolsa de empleo”²⁷.

En fin, en relación con la regulación de los períodos de inactividad en el marco de las contrata conviene advertir de la falta de esta en el resto de los supuestos que contempla el art. 16.1 ET²⁸. Concretamente, lo que se puede plantear es que quizá debería haberse previsto la misma limitación para la contratación fija-discontinua estacional o intermitente y para las ETT, que analizaremos seguidamente. Al fin y al cabo, en todos los casos van a acaecer períodos de inactividad, más o menos largos. Es más, en el supuesto del trabajo fijo-discontinuo estacional o de campaña vinculado a factores naturales y climatológicos -trabajos en el campo, conserveras, etc.-, podrían haberse regulado para delimitar los períodos en función del volumen de trabajo dependiente de estas causas no previsibles por parte de la empresa.

4. El contrato fijo-discontinuo para la contratación de personal en misión por parte de las ETT

²⁵ En relación con las opciones de la empresa ha apuntado GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 65, que será difícil que, en la práctica, se recurra a la fórmula coyuntural que implicará la asunción de cargas para la empresa. Por otra parte, para VICENTE PALACIO, A., “La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel...”, cit., p. 90, cabría aventurar, teniendo en cuenta los mecanismos convencionales de subrogación, que la negociación colectiva ampliará estos períodos de inactividad en contrata.

²⁶ BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 94, para quien además las exigencias del art. 16.4 ET refuerzan el carácter previsible y no “a llamada” del nuevo modelo fijo-discontinuo.

²⁷ La STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2022, Rec. 167/2022- en una de las primeras interpretaciones judiciales del contrato fijo-discontinuo vinculado a contrata, ciertamente *obiter dicta*, afirma que el nuevo texto del art. 16 ET “transforma la figura de los trabajadores fijos discontinuos en una modalidad de trabajo a llamada, a modo de bolsa de empleo. En relación con la reforma del contrato fijo-discontinuo se interpreta 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”; y, además, puntualiza la sentencia que “estas previsiones son aplicables en el caso de todos los trabajadores adscritos a una contrata, porque el artículo 16 ET los incluye a todos en su regulación, aunque la prestación de servicios para la contrata se extienda durante varios años”.

²⁸ Para BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 94, esta limitación es exclusiva de los fijos-discontinuos de las contrata y no puede extenderse a ningún otro supuesto.

El último de los supuestos novedosos del art. 16.1 ET que tenemos que analizar es el que permite a las ETT la utilización del contrato fijo-discontinuo para la cobertura de las cesiones de mano de obra que constituyen su actividad ordinaria y permanente. Y debe utilizarse en este caso el verbo “permitir” porque literalmente, hasta ahora, no era posible para las ETT el recurso al contrato fijo-discontinuo.

En efecto, como es sabido, el TS, en su sentencia de 30 de julio de 2020²⁹, unificó doctrina precisamente en este sentido, es decir, concluyó de modo tajante, en relación con la regulación del contrato indefinido del art. 10 LETT, que: “No hay, por el contrario, previsión alguna respecto a la posibilidad de que la ETT celebre un contrato indefinido fijo-discontinuo. Tal ausencia de regulación obedece a que no cabe este tipo de contratación por parte de una ETT” por dos motivos esencialmente:

Por una parte, porque las empresas usuarias únicamente pueden celebrar contratos de puesta a disposición en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que podría celebrar un contrato de duración determinada o formativo. Con ello, dada la vinculación entre el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo del trabajador en misión, se impide el recurso de la empresa usuaria a la ETT para necesidades fijas de mano de obra, sean discontinuas o no. Por lo tanto, teniendo el contrato de puesta a disposición siempre carácter temporal no procede un contrato de puesta a disposición indefinido fijo-discontinuo, debiendo realizarse por la empresa usuaria la contratación directa de un trabajador fijo- discontinuo y siendo posible que el contrato laboral con la ETT se celebre con carácter fijo-discontinuo.

Por otra parte, porque tampoco sería posible calificar de actividad fija-discontinua la llevada a cabo por la ETT, ya que esta actividad consistente en la puesta a disposición de trabajadores a la empresa usuaria para la realización de tareas de carácter temporal no está dotada de la homogeneidad exigida en el trabajo fijo-discontinuo, ya que dependerá del tipo de actividad que demande en cada caso cada empresa usuaria³⁰.

²⁹ Rec. 3898/2017.

³⁰ La sentencia contaba con un Voto Particular en el que se sostenía precisamente el argumento contrario: “[...] es perfectamente posible que las ETTs puedan tener una necesidad fija y periódica de mano de obra, dotada de suficiente homogeneidad, y derivada de la necesidad de realizar tareas cíclicas que se repiten periódicamente, para lo que haya de recurrir legítimamente la utilización de esta fórmula de contratación de trabajadores fijos. Ninguna duda cabe que la ETT puede disponer de una cartera de clientes - empresas usuarias-, que por su tipo de negocio tengan necesidad de mano de obra temporal en determinados periodos del año, y esto significa, a su vez, una mayor actividad de la propia ETT en esos mismos periodos, de manera regular y homogénea, todos los años, en similares fechas, y en coincidencia con el inicio y desarrollo de la temporada de las empresas usuarias. En esas circunstancias no vemos obstáculo para que la ETT pueda recurrir a la contratación de trabajadores fijos discontinuos, para asegurar de esta forma que dispondrá de una plantilla de trabajadores suficiente con la que atender de manera inmediata el incremento de peticiones de las empresas usuarias en esas mismas fechas, especialmente, cuando pudiere tratarse de sectores que requieran mano de obra más cualificada. De hecho, lo lógico y razonable, es que las empresas usuarias que puedan tener un gran volumen de actividad de naturaleza fija discontinua, tengan a su vez una mayor necesidad de mano de obra temporal durante esos mismos periodos, y por ello la necesidad de recurrir con mayor intensidad a las ETTs, para cubrir, por ejemplo: las bajas médicas, o por otras causas de suspensión del contrato de sus trabajadores fijos discontinuos que pudieren aparecer intempestivamente

Pues bien, el nuevo art. 16.1 ET ha venido a admitir la contratación fija-discontinua de los trabajadores en misión de la ETT y lo ha hecho a través de la modificación del régimen jurídico de la contratación previsto en el art. 10.3 LETT³¹. La reforma consiste esencialmente en la inclusión de un segundo párrafo en este precepto con la siguiente dicción literal: “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”.

De este modo, por un lado, poniendo en relación el texto legal con la argumentación de la sentencia a la que acabamos de hacer alusión, es claro que la única posibilidad que abre la LETT a la contratación fija-discontinua es la relativa al vínculo laboral que une a la ETT con la persona contratada para ser cedida, asumiendo que la peculiaridad de la actividad que desempeñan debe permitir el recurso a esta también peculiar forma de contrato fijo. De este modo, la ETT podrá contratar para cesión mediante el modelo fijo-discontinuo para atender a diversas puestas disposición de empresas usuarias, siempre que la necesidad de mano de obra de estas últimas responda a circunstancias de la producción o bien a la cobertura de una sustitución. Se abren, por lo tanto, en el precepto dos opciones a la ETT en materia de contratación, dado que podrá optar entre el nuevo modelo fijo-discontinuo o el modelo anterior referido a la cobertura de diversas puestas a disposición predeterminadas y sucesivas del primer párrafo del art. 10.3 LETT.

durante la temporada; por una excepcional acumulación de tareas en tales periodos; en definitiva, por cualquiera de las razones que pudieren permitir a la empresa usuaria la contratación de trabajadores temporales dentro de los periodos de actividad fija discontinua. No vemos por lo tanto obstáculo para que las ETTs puedan contratar a trabajadores fijos discontinuos para atender esa clase de demanda de las empresas usuarias en determinadas épocas del año, que se presenta de manera cíclica y homogénea en cada temporada, en lugar de recurrir sobre la marcha a la contratación temporal de los trabajadores que vayan necesitando para dar respuesta a las puntuales demandas de las empresas usuarias. Evidentemente, a la ETT le corresponde la carga de probar que realmente tiene una necesidad productiva de tal naturaleza que le permite la utilización de la modalidad contractual fija discontinua. Necesidad productiva que debe concurrir en la propia ETT, que no en las empresas usuarias a las que posteriormente pueda ceder estos trabajadores, que como seguidamente diremos, no pueden contratar a sus trabajadores fijos discontinuos a través de una ETT”.

³¹ Para GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 65, en este punto el RDL contiene una de las “correcciones” a la interpretación jurisprudencial; y, señala BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 91 que con esta nueva regulación se “neutraliza” la prohibición jurisprudencial.

En definitiva, con la nueva regulación se puede apuntar que la ETT podrá contratar a sus trabajadores para ser cedidos³²: como temporales en función de la duración del contrato de puesta a disposición -o de los diferentes contratos determinados y sucesivos-; como fijos-discontinuos; y, como indefinidos ordinarios.

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) ET³³. Hay que reparar en que el vínculo fijo-discontinuo implica para los trabajadores un derecho al llamamiento de acuerdo con la previsión convencional aplicable. Por lo tanto, dado su carácter de trabajadores no temporales, su contrato no se extinguirá con cada finalización de la puesta a disposición y, en consecuencia, no tendrán derecho a la indemnización legal regulada en el precepto estatutario y que reitera el art. 11.2 LETT.

Sí que debe señalarse que en estos casos el período de inactividad se va a identificar con el plazo de espera entre las diferentes cesiones. Sin embargo, no se impone legalmente en el caso de las ETT un límite total a la duración de esos periodos de inactividad, tal y como sí se ha hecho con las contratas. Esta diferencia de regulación entre las contratas y las ETT puede tener justificación quizá porque en el caso de estas últimas lo cierto es que resulta mucho más intensa la rotación de personal y el número de misiones diferentes y más cortas a cubrir. En todo caso, es evidente que, aunque no se diga expresamente en el nuevo art. 16 ET, también la ETT podrá recurrir a los mecanismos coyunturales o definitivos de ajuste de empleo cuando se den las circunstancias legalmente previstas para ello y pueda acreditar la concurrencia de las causas empresariales en uno u otro supuesto³⁴.

Lo que sí ha venido a especificar el nuevo art. 10.3 LETT es que las referencias que en el art. 16.5 ET se hacen al convenio colectivo sectorial o de empresa deben entenderse hechas al sector de las ETT o, en su caso, al convenio de empresa de la ETT de que se trate. Así, como veremos seguidamente al analizar el llamamiento y los derechos de los trabajadores fijos-discontinuos, el marco convencional de las ETT va a ser determinante para la regulación de este nuevo contrato fijo-discontinuo para la cesión de mano de obra.

En todo caso, hay que reparar en que la nueva regulación no ha abierto la vía del recurso a las ETT por parte de las empresas usuarias para cubrir puestos de trabajo no temporales. En efecto, como consecuencia de lo señalado antes, hay que concluir que las necesidades

³² En este sentido, BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 91, señala que el fijo-discontinuo es una posibilidad más para la ETT. Para GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., p. 230, parecería extraño que para la cobertura de necesidades puramente temporales se acuda al contrato fijo discontinuo, pero se trata de necesidades de la empresa usuaria, no de la ETT que se dedica a la cesión de manera permanente.

³³ En relación con la no exigencia de indemnización, para GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 66, cabe pensar que la modalidad contractual tenga amplio éxito entre las ETT por las importantes ventajas en materia de coste –desaparición de la indemnización por fin de puesta a disposición y de las penalizaciones en la cotización–.

³⁴ En este mismo sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., p. 244.

de la usuaria de tipo fijo-discontinuo -estacionales, de temporada o intermitentes determinadas o indeterminadas- no podrán cubrirse a través de puestas a disposición. En este punto, la reforma mantiene la limitación que la sentencia del TS -y el Voto Particular- consideraba incuestionable. Por lo tanto, debe quedar claro que, con la nueva regulación, si una empresa tiene que atender esas actividades fijas-discontinuas podrá contratar directamente al personal mediante la modalidad de contrato fijo-discontinuo o externalizar la ejecución de la actividad de que se trate -sea una obra o un servicio- a través de una contrata, pero no podrá recurrir a la externalización de mano de obra exclusivamente, esto es, a la cesión a través de ETT³⁵. Si lo hiciese, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada³⁶, estaríamos ante un supuesto de cesión ilegal en los términos que contempla el art. 43 ET y que sanciona como infracción muy grave el art. 8.2.c LISOS.

Enlazando con ello, habría que plantear cómo se aplicarán las consecuencias contractuales de la cesión ilegal previstas en el art. 43.4 ET en el caso de que la persona cedida ya sea fija-discontinua de la ETT. Como es sabido, este precepto le reconoce al trabajador el derecho a la adquisición de la condición de fijo a su elección en la empresa cedente o en la cesionaria. Con ello, podría pensarse que, dada la fijeza-discontinua en la ETT, cabría entender ya cumplida esta consecuencia. Evidentemente, no será así. A mi modo de ver, deberá interpretarse que la opción prevista se activa igualmente en este caso y que el trabajador adquirirá la condición de fijo -no discontinuo- en la ETT o en la usuaria. Si escoge modificar su condición en la ETT dejará de ser discontinuo en los términos del art. 10.3 LETT y quedará vinculado a la misma por un contrato indefinido en los términos del art. 10.1 LETT, desarrollado reglamentariamente en el art. 16.5 RD 417/2015, de 29 de mayo. Por otra parte, si escoge la adquisición de la condición de fijo

³⁵ Para DE LA PUEBLA PINILLA, A., “ETTs, reducción de la temporalidad y fijos discontinuos. Cuando se cierra una puerta, siempre se abre una ventana... ¿O no?” <https://www.elforodelabos.es/2022/06/etts-reduccion-de-la-temporalidad-y-fijos-discontinuos-cuando-se-cierra-una-puerta-siempre-se-abre-una-ventana-o-no/>, que recuerda que la posibilidad de abrir la opción a la cobertura de necesidades fijas-discontinuas de la usuaria estuvo sobre la mesa de negociación, el límite que la norma ha acabado imponiendo implica un alcance mucho más limitado del que inicialmente pudiera pensarse y supone, en la práctica, alterar significativamente el concepto clásico de estacionalidad o intermitencia de la actividad prestada que hasta ahora caracterizaba a esta modalidad contractual.

³⁶ Por todas, STS de 2 de diciembre de 2021, rec. 4701/2018: “El art. 8 de la LISOS se encuadra en su Capítulo II, Sección 1ª, Subsección 1ª, que regula las infracciones en materia de relaciones laborales y en su apartado 2.c tipifica como falta muy grave la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente. La concurrencia de cesión ilegal de trabajadores requiere necesariamente la existencia de una relación triangular, que implique a la empresa cedente, a la cesionaria y a los trabajadores afectados por el tráfico prohibido de mano de obra, como hemos mantenido en STS 18 de mayo de 2021, rcud. 646/2019, entre otras muchas. Consiguientemente, la infracción muy grave, regulada en el art. 8.2. c LISOS, se produce cuando el tráfico ilegal de trabajadores se instrumenta entre la empresa cedente y la cesionaria, implicando, con ello, a ambas empresas y a los trabajadores afectados. Como hemos aclarado más arriba concurre cesión ilegal de trabajadores, cuando el contrato de puesta a disposición se utiliza para atender a necesidades estructurales de la empresa usuaria, como ha sucedido aquí, lo cual comporta que, si la ETT cede ilegalmente a trabajadores no queda eximida de ninguna de las responsabilidades que provoca dicho comportamiento, tanto laborales como administrativas”.

en la empresa usuaria, el vínculo con la misma será indefinido ordinario computando su antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal.

Por otra parte, el art. 10.3 LETT tampoco exige que la ETT deba acreditar el carácter fijo-discontinuo que para ella misma tiene la cobertura de las necesidades temporales de la empresa usuaria. En este sentido, hay que reparar en que la opción por el modelo fijo-discontinuo no viene condicionada legalmente por la exigencia -que sí se establece en el Voto Particular de la sentencia- de que la ETT pruebe que realmente tiene una necesidad productiva de naturaleza fija-discontinua que le permite la utilización de esta modalidad contractual. De este modo, la opción contractual es viable *per se*, dado que el art. 16.1 LETT ha ampliado, tal y como lo ha hecho para las contratadas, el marco aplicativo de este contrato.

Por lo tanto, podemos concluir que el RDL 32/2021, abre la puerta a una verdadera opción de la ETT para escoger el modelo de vínculo con sus trabajadores contratados para ser cedidos. La única limitación legal aplicable es la que ya venía prevista en la LETT en relación con la vinculación en temporalidad y causalidad entre el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo por duración determinada. Respecto del vínculo fijo, la decisión entre su carácter continuo o discontinuo queda en manos de la ETT. Y, como puede suponerse, es probable que no sea la primera la opción inicial, ya que la ETT, con el modelo fijo-discontinuo tiene la importante ventaja de que los periodos entre misiones sean considerados de inactividad y, por tanto, no tendrá la obligación de garantizar los derechos retributivos de los trabajadores durante los mismos. En consecuencia, lo que parece que ocurrirá es que la ETT, en su caso, asumirá a los trabajadores indefinidos cuando la conversión sea consecuencia del incumplimiento de la normativa.

III. El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo .

1. Forma y contenido del contrato

En relación con la forma del contrato, el art. 16.2 ET, en los mismos términos que el art. 8.2 ET, impone la forma escrita del contrato fijo-discontinuo, exigiendo que el mismo refleje los elementos esenciales de la actividad laboral. Y, especifica que, entre otros, deberán consignarse, aunque sea carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento: la duración del periodo de actividad, la jornada y la distribución horaria³⁷.

Lo cierto es que en relación con estas materias se mantienen las exigencias de contenido que ya establecía la norma antes de la aprobación del RDL 32/2021. No obstante, llama la atención y sorprende que la nueva regulación haya eliminado la anterior referencia a la obligatoria inclusión en el contrato de los requisitos de llamamiento que establezca el

³⁷ Para BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., pp. 96-97, esta regulación cumple con lo exigido por la Directiva 2019/152.

convenio colectivo³⁸. Obviamente, dada su regulación convencional estos requisitos se aplicarán igualmente a los trabajadores fijos-discontinuos. Pero no es menos cierto que en la práctica la mayor parte de conflictos que surgen en el marco del vínculo fijo-discontinuo traen su causa en la falta de llamamiento y en el incumplimiento del orden establecido. Por ello, la obligación de incluir en el contrato la previsión convencional en la materia confería cierta seguridad, en el plano individual, a las personas incluidas en las bolsas de fijos-discontinuos. En todo caso, dado que los elementos esenciales que incluye el art. 16.2 ET se expresan en el mismo con carácter no exhaustivo, los contratos podrán seguir incluyendo esta información. Y, de hecho, deberían hacerlo a fin de que el trabajador tenga pleno conocimiento de los criterios objetivos y formales que el convenio establece para regular el llamamiento, como elemento absolutamente determinante y peculiar del trabajo fijo-discontinuo.

2. El llamamiento y la posibilidad del tiempo parcial: la negociación colectiva como herramienta esencial en la regulación del contrato fijo-discontinuo

Que la regulación convencional ha sido siempre clave en la práctica para la utilización en las empresas del contrato fijo-discontinuo no es nada nuevo. En este sentido, el vacío legal respecto de la regulación de determinados elementos esenciales del contrato ha llevado a la jurisprudencia a considerar que la presencia de la negociación colectiva en el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos es esencial para que la norma legal obtenga efecto inmediato, “ya que esta no fija criterio alguno ni forma para el llamamiento, abandonando su entera regulación a lo que, al efecto, dispongan los convenios colectivos”. Pues bien, en el nuevo art. 16 ET, esta característica de la función del convenio colectivo en el trabajo fijo-discontinuo no es diferente. Y, de hecho, encontramos en el mismo dos apartados que delimitan el papel que la negociación colectiva va a tener en la configuración jurídica del mismo.

2.1. El llamamiento de las personas fijas-discontinuas

En su apartado tercero, el art. 16.3 ET establece, en el marco de una norma con naturaleza jurídica desreguladora o sin contenido regulador, que “mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas. En todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada”.

Estamos pues ante norma que, tal y como ocurría con la normativa anterior del art. 16.2 ET, deja en manos del convenio la regulación del elemento que caracteriza realmente el trabajo fijo-discontinuo: el llamamiento de las personas trabajadoras. Concretamente, la nueva regulación presenta algunas diferencias con la anterior:

³⁸ En este mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., pp. 234-235.

- Admite que los criterios para el llamamiento se puedan negociar, a falta de convenio -sea sectorial o de empresa-, en acuerdo de empresa.
- Alude a los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento, abandonando la referencia al orden y forma.
- Incluye la obligación de que el llamamiento se haga por escrito y a través de un medio que permita acreditar su notificación y establece que se haga con antelación adecuada y con indicación de las condiciones de incorporación.

Además de estas modificaciones en materia de regulación convencional del llamamiento, el art. 16.3 ET incluye también, en su párrafo segundo, una nueva e importante obligación empresarial de informar a la representación legal de las personas trabajadoras que se asumirá al margen de la obligación del deber de negociar. Por otra parte, en su último párrafo, el precepto establece, con una formulación distinta a la prevista en el antiguo art. 16.2 ET, que los trabajadores podrán ejercer las acciones que correspondan, ante posibles incumplimientos relacionados con el llamamiento.

2.1.1. La delimitación de los criterios objetivos y formales del llamamiento.

Respecto de la alusión normativa actual a los criterios objetivos y formales con base en los cuales se realizará el llamamiento, es parece importante destacar el posible alcance del cambio en clave tanto de ordenación de la llamada -tal y como ocurría en la regulación anterior- como incluso de la posibilidad de que esta no se produzca de acuerdo con los criterios objetivos especificados en la norma negocial. En este sentido, quizá de la modificación de la literal referencia anterior al “orden” por la actual a los “criterios objetivos” podría hacerse una lectura práctica para admitir la negociación de las circunstancias objetivas en las que podría incluso llegar a no producirse el llamamiento debiendo iniciarse el correspondiente procedimiento de suspensión por las causas objetivas empresariales.

De este modo, el convenio colectivo, además de fijar los requisitos de prelación del llamamiento de los trabajadores que conforman la bolsa de fijos-discontinuos –por ejemplo, el tradicional de la antigüedad dentro del grupo profesional-, puede incluir otros criterios objetivos con base en los cuales se especifique que podría ocurrir que no llegue a agotarse la bolsa. Así, por ejemplo, se podrían establecer causas de limitación del llamamiento -en campañas de baja producción por causas naturales, por caídas del consumo acreditadas, etc.- que no supongan el despido de la persona trabajadora, ya que podrá ser llamada en la siguiente campaña de no concurrir esas causas objetivas.

2.1.2. Forma escrita y notificación del llamamiento

La tercera de las modificaciones que incluye el art. 16.3 ET en relación con el llamamiento se refiere a su forma escrita y a su notificación acreditable. Respecto de esta, considero que, aunque la norma alude a la forma “escrita o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación”, no está admitiendo con ello que quepa la forma verbal en ningún caso. Debe interpretarse la expresión “o por otro medio” en el

sentido de que, debiendo realizarse siempre por escrito, deberá notificarse por un medio que permita acreditar su recepción por parte de la persona trabajadora fija-discontinua. Así, por ejemplo, por correo certificado con acuse de recibo, por burofax, por correo electrónico con confirmación de recepción, etc.

En todo caso, sí puede apuntarse que, la referencia legal a que el escrito en el que se notifique el llamamiento deberá contener indicaciones precisas de las condiciones de incorporación y realizarse con una antelación adecuada, debe ponerse en relación con la alusión anterior que el precepto hace a las condiciones esenciales de trabajo incluidas en el contrato a modo de estimación³⁹. Por ello, hay que señalar que el escrito de llamamiento deberá concretar, por una parte, las condiciones de lugar y tiempo de trabajo; y, en todo caso, duración del período de actividad, jornada y distribución horaria⁴⁰. Por otra parte, también el convenio deberá concretar esa insegura referencia legal a la antelación adecuada con la que se deberá proceder al llamamiento, fijando un plazo de preaviso mínimo para la incorporación de la persona trabajadora⁴¹.

2.1.3. El deber de informar a la representación legal de las personas trabajadoras y a las personas fijas-discontinuas

En su segundo párrafo el art. 16.3 ET impone a la empresa una importante obligación de informar a la representación legal de las personas trabajadoras. Su importancia radica esencialmente en que se trata de un deber de informar que se formula en dos fases que se ajustan a la realidad del trabajo fijo-discontinuo, lo que permitirá que la facultad de vigilancia y control de la representación se ejerza de manera más efectiva.

En primer lugar, al inicio de cada año natural -en el mes de enero debe entenderse- y en todo caso con antelación suficiente, la información a facilitar se concretará en las previsiones de llamamiento, en el marco temporal anual o semestral, que la empresa tendrá configuradas en su calendario. Se trata de una primera información que podrá servir de orientación, dado que esas previsiones se concretarán en la segunda fase del deber de información.

En esa segunda fase, deberá la empresa poner en conocimiento de la representación los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan. Y, por ello, será esta información la que sirva para comprobar que las previsiones se cumplen o,

³⁹ Además, según GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., p. 237, de la necesidad de que el llamamiento deba permitir dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada, se infiere que el llamamiento ha de realizarse a cada trabajador de manera individualizada, por lo que no sería aceptables los llamamientos genéricos.

⁴⁰ En este sentido para BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., pp. 97-99, el apartado segundo del art. 16 ET es el más importante de todos porque establece las reglas de previsibilidad del contrato, blindado el contrato frente al trabajo a llamada, dado que implica: tiempo de trabajo garantizado, jornada de trabajo que conste en el contrato y distribución horaria que conste en el contrato.

⁴¹ En relación con este plazo indica GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 69 que no es fácil integrar el concepto por analogía, aunque se podría pensar en la extensión de la regla del art. 12.5.d) ET.

en su caso, para comprobar por qué no se cumplen en función de las circunstancias objetivas que, como decíamos antes, se puedan negociar para configurar el llamamiento.

Por otra parte, el nuevo art. 16.7 ET prevé que “la empresa deberá informar a las personas fijas-discontinuas y a la representación legal de las personas trabajadoras sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de manera que aquellas puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa”.

Con ello impone la norma dos obligaciones de distinto alcance. De un lado, a las empresas se les exige el cumplimiento de un deber de información a la plantilla fija-discontinua y a su representación legal sobre las vacantes en puestos fijos ordinarios. Y, de otro, el precepto establece la necesidad de regulación convencional de un procedimiento para tramitar la solicitud de los trabajadores fijos-discontinuos de convertirse en fijos ordinarios. La alusión del precepto a los convenios sectoriales o, en su defecto, al acuerdo de empresa, no se acaba de entender en términos literales. Parece que deberemos interpretar que la vía convencional será la sectorial, la de empresa o, en su defecto, el acuerdo de empresa.

2.1.4. Incumplimiento de las reglas de llamamiento

De acuerdo con lo previsto en el tercer párrafo del art. 16.3 ET, las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen.

Es importante reseñar que se ha eliminado la referencia a la reclamación en procedimiento de despido para admitir la interposición de “las acciones que correspondan”. Por lo tanto, debemos deducir que no todo incumplimiento del llamamiento deberá considerarse despido, sino que podremos estar, por ejemplo, ante un incumplimiento del orden, ante un incumplimiento de la garantía mínima de llamamiento; o, en fin, ante un incumplimiento del llamamiento justificado por causas objetivas. En consecuencia, estas situaciones podrán llevar al trabajador a plantear reclamaciones de reconocimiento de derecho o de cantidad, pero no serán constitutivas de despido⁴².

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

⁴² En este sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., p. 240; y, BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 102.

En este sentido, la nueva regulación acoge la doctrina jurisprudencial que ha considerado precisamente que, por la naturaleza del contrato fijo-discontinuo, es posible que el llamamiento pueda no producirse por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción -no, desde luego por la voluntad unilateral de la empresa-. De este modo, se ha considerado que no constituye despido la falta de llamamiento justificada por caída del consumo⁴³, por la falta de producción⁴⁴, etc., concluyéndose que, de la comunicación empresarial que acredite estas circunstancias, no cabe apreciar en ningún caso voluntad resolutoria del contrato⁴⁵. Es más, la doctrina ha apuntado incluso, aunque creo que plantea bastantes dudas, que con la reforma del art. 16 ET existe algún dato que “abona la idea de que, cuando la falta de llamamiento –o circunstancias similares como la anticipación del cese de actividad– responda al normal desenvolvimiento del contrato fijo-discontinuo, no se precisa formalidad alguna”, entendiéndose que podría entenderse así a partir de la regulación del período de actividad en la modalidad relacionada con la atención de contratadas o subcontratadas: en tanto se produce la recolocación, los fijos-discontinuos pasan a situación de inactividad, sin más trámite, y solo si pasa el plazo establecido, es preciso formalizar la situación⁴⁶.

2.2. El trabajo fijo-discontinuo a tiempo parcial: el papel del convenio en su regulación

La limitación de la opción por el tiempo parcial a su negociación en convenio sectorial no supone novedad alguna, esto es, la nueva regulación no difiere de la anterior, dado que también el antiguo art. 16.4 ET dejaba en manos del convenio sectorial la posibilidad de que el trabajo fijo-discontinuo pudiese concertarse a tiempo parcial.

No obstante, es importante tener en cuenta que, con la nueva regulación, como hemos analizado ya, por una parte, ha desaparecido la diferencia entre el fijo-discontinuo y el fijo-periódico. Y, por otra parte, se han ampliado los supuestos en los que es posible el recurso al contrato fijo-discontinuo. De este modo, se ha unificado la regulación y los fijos-periódicos ya no serán trabajadores a tiempo a parcial; y, además, las empresas contratistas y las ETT podrán contar con un volumen importante de plantilla de trabajadores fijos-discontinuos que serán adscritos a contratadas o puestas a disposición de acuerdo con las necesidades de empresas principales y usuarias, respectivamente.

Con ello, en la práctica, la posibilidad de que las necesidades de mano de obra de los fijos-discontinuos se concreten en trabajos que no se ajustan a la jornada completa será ciertamente amplia. Por lo tanto, quizás el legislador debería haber permitido legalmente el recurso a esta modalidad de contratación en el marco del trabajo fijo-discontinuo (o, al

⁴³ STS de 24 de abril de 2012, rec. 3340/2011.

⁴⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de junio de 2019, rec. 1339/2019.

⁴⁵ Por todas, STS de 23 de abril de 2012, rec. 3106/2011.

⁴⁶ GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 69; para GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., pp. 231-233 se trata de una limitación que se explica como una expresión más del interés del legislador de evitar relaciones laborales precarias y de escasa calidad.

menos haber abierto también la opción convencional de empresa), o mejor, de todos los trabajos fijos-discontinuos que van a proliferar en nuestro mercado laboral, dado que con esta restricción “puede haberse creado un factor de rigidez poco práctico”⁴⁷. De hecho, algunos interpretes han considerado que, más allá de la referencia del art. 16.5 ET, podría entenderse que no queda restringida la opción del tiempo parcial al reconocimiento convencional en la nueva regulación, dado que, por una parte, no existe “una expresa referencia prohibitiva alguna en la norma estatutaria”; y, por otra, hay una concreta alusión en el apartado segundo del precepto a la necesidad de concreción de la jornada, lo que debe entenderse como delimitación del tiempo completo o parcial según las necesidades de los trabajos fijos-discontinuos que no siempre requerirán el tiempo completo⁴⁸.

A mi modo de ver, es quizás algo forzado interpretar de esta última manera la previsión legal. Creo que la opción del legislador supone que la única posibilidad del tiempo parcial en el fijo-discontinuo se active vía convencional. Así pues, a mi juicio, será determinante el marco de la negociación sectorial para abrir esta vía de contratación a tiempo parcial que podrá justificarse en las peculiaridades de los diferentes sectores en los que va a operar el modelo de contrato de trabajo fijo-discontinuo⁴⁹.

2.3. Otras materias que podrán negociarse en el ámbito convencional sectorial

En el apartado quinto del art. 16 ET, se incluyen 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:

- Establecerse una bolsa sectorial de empleo.
- Preverse una obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo.
- Establecerse un periodo mínimo de llamamiento anual.
- Fijarse una cuantía por fin de llamamiento.

Comenzando por la elaboración de una la bolsa sectorial de empleo el precepto especifica que en la misma se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos 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

⁴⁷ *Ibidem* p. 66, considerando que no se ha tenido en cuenta suficientemente la sustancial ampliación del ámbito de operaciones del contrato.

⁴⁸ Véase en SIERRA VILLAÉCIJA, A., “¿Se puede celebrar un contrato fijo-discontinuo a tiempo a tiempo parcial tras la entrada en vigor del RD-Ley 32/02, SP/DOCT/119269, Encuesta Jurídica mayo 2022, <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/>. Se trata de una pregunta lanzada a seis Magistrados de Salas de lo Social diferentes de TSJ. Concretamente argumentan en este sentido BIURRUN MANCISIDOR, G.; MORALES VÁLLEZ, C.; MORENO GÓMEZ-ALLER, I.; RON LATAS, R.; VICENTE ANDRÉS, R. En sentido contrario, LOUSADA AROCHENA, J. F., sostiene que la posibilidad del tiempo parcial queda limitada a su activación por negociación colectiva sectorial.

⁴⁹ Precisamente para BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021 ...*, cit., pp. 98-99 la clave de la nueva regulación del fijo-discontinuo frente al tiempo parcial en cómputo anual pasa por el diferente alcance de la flexibilidad en estas dos modalidades contractuales.

llamamiento efectivo de cada una de las empresas. Es evidente que la limitación al ámbito sectorial de este tipo de cláusulas está totalmente justificada por el alcance de estas.

En segundo término, la obligación de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo, de establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y de fijar una cuantía por fin de llamamiento también se deja en manos de la negociación sectorial en el art. 16.5 ET. A mi juicio, tal y como se ha puesto de manifiesto⁵⁰, puede pensarse que esta limitación del ámbito convencional, aunque sea en clave de posibilidades de negociación, no tiene mucho sentido en estas materias -es más, tampoco parece que lo tenga en relación con la posibilidad de concertar el contrato a tiempo parcial-. Al fin y al cabo, respecto del censo, el apartado tercero del precepto viene a imponer a la empresa, como ya hemos visto, la obligación de comunicar a los representantes las previsiones de llamamiento y las altas efectivas. Por lo tanto, en el ámbito de la empresa será de hecho preceptivo contar con algo muy parecido a ese censo anual.

Por otro lado, en relación con la posibilidad de establecer un período mínimo de llamamiento, tampoco se entiende que la posibilidad se circunscriba al ámbito sectorial. De hecho, hasta ahora en la práctica, tanto los convenios de empresa como incluso vía individual en los contratos de trabajo fijo-discontinuo, se han incluido cláusulas de garantía mínima de llamamiento. Cláusulas que han supuesto para las empresas la obligación de llamar o, en su caso, la obligación de abonar el salario ante la falta de llamamiento justificada pero no articulada por la vía de la suspensión contractual legalmente aplicable⁵¹.

Y, en fin, lo mismo cabe decir de la obligación de abonar una indemnización por parte de las empresas a las personas trabajadoras, cuando esta coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento.

En conclusión, aunque el art. 16.5 ET haya incluido estas materias en el marco del posible contenido de la negociación sectorial, cabría sostener que, dado que se trata de mejoras en las condiciones de trabajo de los trabajadores fijos-discontinuos reguladas legalmente, resultaría también perfectamente posible su inclusión en convenios de empresa, acuerdos colectivos o, en fin, en los contratos de trabajo fijos-discontinuos que se celebren en una determinada empresa.

Se ha eliminado la alusión que el anterior art. 16.4 ET hacía a la inclusión en los convenios sectoriales de cláusulas reguladoras de los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en fijos-discontinuos. Así, ni en este apartado quinto, ni en el séptimo al que hacíamos alusión más arriba, se menciona ahora la posibilidad de que el convenio sectorial incorpore este tipo de clausulado. En todo caso, tal y como he dicho ya, el carácter no obligatorio de las materias a que se refiere el art. 16.5 ET, ha de llevarnos

⁵⁰ GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos...”, cit., p. 61; y, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., p. 245.

⁵¹ Por ejemplo, en la STS de 24 de abril de 2012, rec. 3340/2011.

a afirmar que, aunque ya no se mencionen en el precepto, estas cláusulas podrán seguir incluyéndose en los convenios sectoriales cuando las partes así lo acuerden. Es más, podemos entender que será así porque se trata de cláusulas que, en línea con el objetivo fundamental del RDL 32/2021, persiguen garantizar la estabilidad del empleo y su carácter indefinido, aunque lo sea con carácter discontinuo. En este sentido, sí es importante recordar en este punto que la jurisprudencia ha sido bastante precisa a la hora de interpretar la viabilidad legal de este tipo de cláusulas, exigiendo que las mismas se negocien para favorecer la estabilidad en el empleo de quienes han venido prestando servicios temporales lícitos en la empresa o de quienes han trabajado en campañas previas, “pero lo que no pueden hacer es establecer condicionamientos no previstos en la ley para la adquisición de la condición de fijos-discontinuos, ni exigencias de permanencia previa en la empresa para adquirir tal condición en supuestos en los que la actividad contratada es, desde su principio, una actividad claramente estacional cíclica y permanente”⁵².

3. Derechos de las personas fijas-discontinuas

Los apartados sexto, séptimo y octavo del art. 16 ET vienen a reconocer una serie de derechos a las personas fijas-discontinuas que se concretan en los siguientes:

- Derecho a no sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos.
- 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.
- Derecho a la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad.

3.1. Ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas.

En relación con este derecho lo primero que llama la atención es su propio reconocimiento. Es decir, es evidente que los trabajadores fijos-discontinuos, como el resto de las personas trabajadoras, no podrán sufrir perjuicio alguno derivado del ejercicio de ninguno de sus derechos de conciliación legalmente reconocidos. No obstante, con ser ello cierto, no lo es menos que en la práctica se constatan, a través sobre todo de la revisión de la doctrina de los Tribunales, situaciones en las que puede apreciarse la vulneración del derecho de adaptación de jornada por conciliación (art. 34.8 ET); del derecho reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares (art. 37.6 ET), etc. cuando estos

⁵² STS de 13 de febrero de 2018, rec. 3825/2015.

son ejercidos por parte de las personas trabajadoras fijas-discontinuas. Por tanto, no debe considerarse baladí la referencia legal que refuerza -y recuerda- que se trata de trabajadores que no presentan peculiaridad alguna en materia de ejercicio de derechos de conciliación y que, dentro del marco de la legalidad vigente, podrán acogerse a los mismos en idénticas condiciones que los trabajadores fijos-continuos.

En el mismo sentido, su igual posición jurídica respecto de las ausencias con derecho a reserva del puesto de trabajo ha sido avalada por el Tribunal Supremo que, en casos de baja por enfermedad del trabajador fijo-discontinuo, ha concluido que, como ocurre con el resto de los trabajadores, la empresa, tras el llamamiento de los fijos-discontinuos y el inicio del período de actividad, debe cumplir con sus ordinarias obligaciones contractuales y de Seguridad Social. De hecho, es sumamente explícita la argumentación de la Sala Cuarta cuando, con base en la particular esencia de los contratos fijos-discontinuos, señala que no hay que olvidar que “existe un solo contrato y sucesivos llamamientos, de suerte que la ejecución del contrato se interrumpe a la conclusión de cada período de actividad, no trabajando y no cobrando salario alguno”⁵³.

Esta peculiar característica del contrato implica pues que la interrupción de la relación laboral supone que durante el período de inactividad dicha relación subsiste en todo caso, sin extinguirse ni suspenderse. De esta forma, señala la sentencia que comentamos, que el derecho de llamamiento implica y genera obligaciones y derechos para ambas partes:

- Por un lado, instituye a favor de los trabajadores un derecho pleno, actual y no condicional para ser ocupados cada vez que los trabajos fijos y que forman parte del volumen normal de actividad de la empresa se lleven a cabo, aunque siguiendo un orden preestablecido para el caso de que no fuera posible el llamamiento simultáneo, porque la actividad requiera una inicial fase de puesta en marcha.

- Por otro, del lado empresarial, el deber de llamamiento consiste en una obligación de hacer que materializa el deber de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores.

Fruto directo de esa mencionada obligación empresarial es “la necesidad de incorporar al trabajador llamado cuando eso sea posible y, en todo caso, el deber de realizar los trámites oportunos en orden a su registro a los efectos de alta y cotización a la Seguridad Social”.

De este modo, en el supuesto de que el trabajador fijo-discontinuo se encuentre en situación de enfermedad, la empresa no queda eximida de la obligación del llamamiento. Por lo que su actuación, en los términos que hoy recoge el art. 16.6 ET, no podrá suponer perjuicio alguno para el trabajador que, en igualdad de condiciones con los trabajadores indefinidos ordinarios, deberá ser dado de alta por la empresa tras el llamamiento. Cumplida esta obligación, la empresa deberá cursar seguidamente la baja por Incapacidad Temporal. Y, en consecuencia, podrá, en su caso, contratar por sustitución a otra persona

⁵³ STS de 14 de julio de 2016, rec. 3254/2015.

para que desempeñe el puesto de trabajo del trabajador fijo-discontinuo con contrato suspendido con derecho a reserva del puesto de trabajo.

En definitiva, como concluye la sentencia de manera literal “desde la expresada unidad del contrato, no pueden aplicarse mecánicamente los efectos de los arts. 100.1 y 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que supeditan la obligación de cursar el alta y la cotización al comienzo de la prestación del trabajo, pues en rigor la prestación del trabajador en este tipo de contrato se inicia con la incorporación a la primera temporada, momento en que ya se debe entender cumplido aquel requisito; se suspende en los períodos de inactividad y renace al inicio de la nueva campaña, momento en el que inexorablemente y por expreso mandato legal el empresario ha de llamar a unos determinados trabajadores (los que ocupan el primer lugar en la lista o los que procede según convenio), inexorabilidad que, otra vez, sugiere que el contrato no era inexistente pues en tal caso ninguna obligación vincularía al empresario. Parece claro, por tanto, que en el momento en que el contrato recobra todos sus efectos, que es el momento del llamamiento para iniciar la campaña, el empresario debe asumir todas las obligaciones de él derivadas, entre ellas, la de comunicar el alta y cotizar por sus trabajadores”.

3.2. Antigüedad y otras condiciones de trabajo: parámetro temporal para el cálculo de la indemnización por despido.

El segundo de los derechos que se reconoce a las personas fijas-discontinuas que contempla el art. 16.6 ET se expresa literalmente en los siguientes términos: “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”

Es importante a mi juicio recordar la literalidad de la norma porque se positiviza en la misma la doctrina jurisprudencial relativa al cálculo de la antigüedad de los trabajadores fijos-discontinuos; y, también, desde nuestro punto de vista, la relativa al cómputo de los períodos de actividad a efectos indemnizatorios.

Comenzando por la antigüedad, no cabe duda de que la referencia legal acoge la interpretación que, primero el TJUE; y, después el TS, han asentado respecto de la forma de calcular a efectos económicos la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos.

El Auto del TJUE de 15 de octubre de 2010⁵⁴ 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 la antigüedad que da derecho al complemento salarial correspondiente al mismo ritmo que un trabajador a tiempo completo. Así, entiende el TJUE que el principio

⁵⁴ Asuntos acumulados C-439/18 y 472/18.

de no discriminación entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores 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 que la de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio *pro rata temporis*.

En consecuencia, a la hora de delimitar el parámetro temporal a tener en cuenta para alcanzar la antigüedad, consideró el TJUE que no podría justificarse objetivamente una diferencia en las condiciones de trabajo de los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, amparada en que a los primeros se computase la duración de toda la relación laboral; y, en cambio, a los segundos, solo el tiempo de servicios efectivamente prestados.

A partir de esta interpretación, la STS de 19 de noviembre de 2019⁵⁵, concluyó que, a efectos del cómputo del complemento de la antigüedad, debía tenerse en cuenta para los trabajadores fijos-discontinuos todo el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral y no solo los períodos de actividad. Por lo tanto, el legislador no ha hecho sino positivizar esta doctrina jurisprudencial que ponía fin a una interpretación que implicaba la discriminación de los trabajadores fijos-discontinuos porque suponía la imposición a los mismos de una doble penalización a la hora de reconocer su derecho al complemento salarial de antigüedad -tiempo de servicios y cuantía del complemento.

No obstante, el art. 16.6 ET añade una salvedad que específicamente admite una posible diferencia justificada objetivamente. Más concretamente, se exige que la diferencia en la condición vinculada al tiempo de prestación de servicios de que se trate venga justificada con base en criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia. A mi modo de ver⁵⁶, el legislador también ha querido con esta excepción acoger la doctrina jurisprudencial que admite que, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, se tenga en cuenta respecto de los trabajadores fijos-discontinuos no el tiempo de duración de la relación laboral sino el tiempo efectivo de prestación de servicios, o lo que es lo mismo, los períodos de actividad en la empresa.

Y creo que es así porque de la argumentación de la STS de 30 de julio de 2020, Rec. 324/2018, se desprende precisamente que, de manera objetiva, proporcional y transparente, la interpretación del art. 56 ET -y, evidentemente, lo mismo puede decirse del art. 53 ET- respecto de los trabajadores fijos-discontinuos debe llevar a la conclusión de que solo deberán computarse los tiempos de prestación efectiva de trabajo, excluyéndose los de inactividad.

⁵⁵ Rec. 2309/2017. En el mismo sentido, entre otras, STS de 30 de septiembre de 2020, rec. 207/2018; y, SSTS de 13 de enero de 2021, rec. 3918/2019 y rec. 3369/2019.

⁵⁶ En el mismo sentido, GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021...”, cit., que considera que la norma “no innova nada” sino que recoge la jurisprudencia que distingue los dos supuestos de antigüedad; y, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo...”, cit., p. 249. Planteando que esta es la conclusión “salvo pronunciamiento del TJUE”, véase BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021...*, cit., p. 105.

Desde un punto de vista objetivo, señala la Sala Cuarta que el art. 56 ET fija la indemnización por despido a partir de un cálculo que se realiza con dos variables (el salario diario y los años de servicio prorrateados por meses) y una constante. La variable relativa a los años de servicio no puede incluir los periodos de inactividad del trabajador fijo-discontinuo “porque en ellos no realiza dicha prestación de servicios”. Por lo tanto, esos periodos no deben computarse a efectos indemnizatorios porque la indemnización por despido constituye una compensación por la extinción del contrato “que tiene naturaleza extrasalarial y que se calcula sobre la base del tiempo de servicio, con los topes legales. Durante los periodos de inactividad no se produce dicha prestación de servicios, por lo que no puede computarse con esta finalidad”.

Desde la perspectiva de la proporcionalidad, la resolución que comentamos pone el acento en el diferente impacto del cálculo del tiempo en el caso de la antigüedad y el caso de la indemnización por despido. Así, a la luz del Auto del TJUE, el TS señala que, si para la antigüedad es cierto que se repercute en el importe anual del complemento una reducción proporcionada de los derechos de los trabajadores a un componente de la retribución, conforme al principio de prorrata temporis -que refleja los períodos efectivamente trabajados y la fidelidad del trabajador que aquellos recompensan-, no ocurre lo mismo en el caso de la indemnización. Al contrario, esta se calcula sobre la base del salario del último mes trabajado. Por ello, si dicho salario diario 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 periodos de actividad como de inactividad, “la indemnización por despido 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 empresa”.

Finalmente, destaca la sentencia que su conclusión no causa discriminación a los trabajadores fijos discontinuos. Y literalmente concluye, en clave de transparencia: “Un trabajador fijo-discontinuo percibirá la misma indemnización por despido que un trabajador fijo a tiempo completo que haya prestado servicios laborales durante un lapso temporal igual a la suma de los periodos de ocupación del fijo-discontinuo y que perciba el mismo salario regulador del despido. En ambos casos se computan los servicios efectivamente prestados con esta finalidad. Además, el trabajador que presta servicios a tiempo completo carece de las oportunidades de pluriempleo que tiene el trabajador fijo-discontinuo, lo que justifica el régimen indemnizatorio de este último”.

En definitiva, creo que la salvedad del art. 16.6 ET responde a la misma razón de ser que su regla general, que no es otra que la incorporación a la norma del derecho a la igualdad y no discriminación de los trabajadores fijos-discontinuos. Y este derecho adquiere un perfil completamente distinto en materia de cálculo de tiempo de prestación de servicios a efectos de antigüedad y a efectos de indemnización. En el primer caso, sería discriminatoria la doble penalización que resultaría de la limitación del cómputo al período de actividad. Pero, en el segundo, no lo es en modo alguno la vinculación del

cómputo a los períodos de actividad, porque se deduce de la particularidad esencial del trabajo fijo-discontinuo, sin que exista un trato peyorativo de los trabajadores que no prestan servicios de manera continuada sino intermitente en el tiempo.

3.3. Prioridad para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional

El último de los derechos que se reconoce en el art. 16.8 ET a los trabajadores fijos-discontinuos se concreta en una prioridad para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad. Es esta una medida que responde al mismo objetivo que ya hemos estudiado al analizar la contratación temporal y que inspira en su conjunto la reforma laboral del RDL 32/2021. Se busca que a través de la formación continua de las personas trabajadoras pueda alcanzarse no solo su mejora formativa sino incluso su recualificación. De este modo, para los trabajadores fijos-discontinuos este objetivo resulta especialmente importante en aras a conseguir su vinculación permanente con el mercado de trabajo. Por ello, con el reconocimiento del carácter prioritario para el acceso a la formación y con la posibilidad de recibirla en los períodos de inactividad, la norma se acerca a la realidad de un colectivo para el que la readaptación profesional es una verdadera necesidad.

Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, M.A., *La reforma laboral de 2021 más allá de la crónica*, Madrid, MTEC, 2022.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “ETTs, reducción de la temporalidad y fijos discontinuos. Cuando se cierra una puerta, siempre se abre una ventana.... ¿O no?” <https://www.elforodelabos.es/2022/06/etts-reduccion-de-la-temporalidad-y-fijos-discontinuos-cuando-se-cierra-una-puerta-siempre-se-abre-una-ventana-o-no/> (consultado 14/06/22)
- GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2> (consultado 18/01/22)
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: primer avance”, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Brief-datos-reforma.pdf> (consultado 21/06/22)
- GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, 2022, Vol.3, Monográfico sobre la reforma laboral 202.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo tras la Reforma de 2021”, *Temas Laborales*, núm. 161/2022.
- LAHERA FORTEZA, J., “Las cinco modalidades del nuevo contrato fijo-discontinuo”: <https://www.aedtss.com/las-cinco-modalidades-del-nuevo-contrato-de-trabajo-fijo-discontinuo/> (consultado 18/05/22)

- LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral en la reforma del RDL 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- SIERRA VILLAÉCIJA, A., “¿Se puede celebrar un contrato fijo-discontinuo a tiempo a tiempo parcial tras la entrada en vigor del RD-Ley 32/02, SP/DOCT/119269, Encuesta Jurídica mayo 2022, <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/>
- VICENTE PALACIO, A., “La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contrata”, *Revista Crítica de Relaciones Laborales, Laborum*, nº 2, 2022.