

EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO TRAS EL RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, DE REFORMA LABORAL

Jesús García Ortega
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

1. Nueva y sorprendente funcionalidad del contrato-fijo discontinuo

Los objetivos de política social que inspiran la reforma laboral de 2021 se diseñaron por el Gobierno en el “Plan de recuperación, Transformación y Resiliencia”, aprobado por las instituciones europeas el 13 de junio de 2021; es en el denominado “Componente 23: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo” donde se concretan los retos y objetivos. Así, frente a la alta tasa de temporalidad y rotación de contratos, se propone la Reforma 4 (C23.R4): Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal”, que se desarrolla en el anexo IV (pág. 337), anunciando una reforma laboral que, entre otros objetivos, “simplificará y abordará las modalidades de contratación laboral... [y] favorecerá el uso del contrato fijo-discontinuo para actividades cíclicas y estacionales...”.

La reforma del contrato fijo-discontinuo llevada a cabo fundamentalmente por el art. 1.Cuatro del RDL 32/2021, que ha dado nueva redacción al art. 16 del Estatuto de los Trabajadores (ET), pero también inciden el núm. 2 de la Disposición derogatoria única que deroga el art. 12.3 ET que regulaba el contrato a tiempo parcial para trabajos fijos y periódicos y la DF 1ª que modifica el art. 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de empresas de trabajo temporal. Estas normas entraron en vigor el día 31 de diciembre de 2021, excepto el art. 1.Cuatro del RDL, que entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (DF 8ª.2.c) RDL).

Pues bien, el objetivo inicialmente planteado en cuanto al contrato fijo-discontinuo parece haber sido desbordado por la norma finalmente consensuada y aprobada, que ha dado una nueva regulación de este contrato que va más allá de incentivar su uso en actividades estacionales, para ser un instrumento que coadyuve a atajar la temporalidad, encauzando anteriores supuestos de contratación temporal al amparo del art. 15 ET que ahora han quedado sin cobertura (contratos para obra o servicio vinculados a una contrata) y permitiendo su celebración por empresas de trabajo temporal, para atender necesidades temporales de diversas empresas usuarias. No se observa en estos últimos supuestos una vinculación necesaria con el decurso de las estaciones, sino con negocios jurídicos interempresariales. La salvedad en este caso radica en que el trabajo temporal sería

atendido por trabajadores fijos-discontinuos y que la anterior interrupción de actividades por finalización de los trabajos de cada campaña es sustituida por los periodos de inactividad, entendidos como plazos de espera de recolocación en caso de sucesión de subcontrataciones o plazos de espera entre la conclusión de un contrato de puesta a disposición y el inicio de la siguiente. Parece evidente que la reasignación de estos supuestos en favor del contrato fijo-discontinuo no supondrá para las empresas un incremento de costes; no parece que la conclusión de una contrata o de un contrato de puesta a disposición implique el pago de ningún tipo de indemnización a favor de los trabajadores fijos, ni que los periodos de inactividad supongan cargas en materia salarial y de Seguridad Social, si bien han de disponer medidas coyunturales o definitivas si su duración excede el plazo de tres meses, en defecto de previsión convencional.

En la exposición de motivos se señala que la situación que la reforma laboral quiere superar resulta ineficiente para las personas trabajadoras, atrapadas en un flujo continuo entre el desempleo y la temporalidad, pero también para las empresas, que tienen que pagar indemnizaciones por fin de contrato. Por ello parece contradictoria la disposición que remite a los convenios la posibilidad de establecer la obligación de las empresas de satisfacer a las personas trabajadoras una cuantía indemnizatoria por fin de llamamiento, cuando este coincida con el fin de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento. Esta indemnización convencional resulta impropia de un contrato por tiempo indefinido y, en todo caso, no podrá ser compensada con la indemnización por despido en caso de definitiva extinción del contrato.

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

Como es sabido, la estabilidad en el empleo de los trabajadores ocupados en actividades de temporada se instrumentó inicialmente a través de preferencias de empleo en campañas sucesivas. Se intensificó la protección mediante la configuración del derecho de llamamiento cuando se tratara de trabajos fijos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo y su consideración de fijos discontinuos por el art. 16 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. Tras una confusa regulación en el texto inicial del ET, la reforma llevada a cabo por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, modificó el art. 15.6 ET reafirmó el carácter indefinido del contrato para realizar trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo. El RDL 18/1993, de 3 de diciembre, configuró esta modalidad como una subespecie de contrato a tiempo parcial, modalidad que entonces se intentaba difundir entre nosotros y que estéticamente parecía más moderna. En fin, si repasar todas las normas que han incidido en esta materia, es de reseñar que fue el RDL 5/2001, de 2 de marzo, escindió el ámbito del trabajo estacional, configurando los trabajos fijos y periódicos como variedad específica del tiempo parcial (art. 12.3 ET) y los trabajos fijos discontinuos, como modalidad autónoma en el art. 15.8 ET, que fue reubicado en el art. 16 ET por el TRET aprobado por el RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre. Sobre esta regulación incide el RDL 32/2021, siendo de destacar los siguientes aspectos:

- a) Unificación del régimen jurídico del trabajo estacional. Efectivamente, la antes mencionada escisión entre trabajos fijos periódicos y fijos discontinuos ha sido suprimida. De un lado, se ha derogado el art. 12.3 ET y, de otro, ha cambiado la técnica legislativa, como más adelante referiré. Ahora fijo-discontinuo es el contrato, pero no

hay ninguna mención expresa a tales rasgos característicos de las actividades que conforman su ámbito objetivo, sino que se describen como trabajos de naturaleza estacional, vinculados a actividades de temporada, etc.

Has que valorar positivamente haber acabado con esta anomalía, que era un puro academicismo irrelevante, que no aportaba nada, en tanto en cuanto el trabajo estacional o de reiteración cíclica participa de la misma naturaleza. Como bien indica la exposición de motivos “desaparece por fin la artificial distinción del régimen jurídico entre contratos fijos y periódicos y fijos discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al existir una identidad en el ámbito objetivo de cobertura...”.

b) Ámbito objetivo de esta modalidad contractual. La norma, señala su E. de M., afina la definición del contrato fijo-discontinuo “de forma que lo decisivo es el objeto o naturaleza de los trabajos realizados”. Para que se pueda ampliar el ámbito de las relaciones regidas por esta modalidad contractual se ha prescindido de definir en abstracto un único molde contractual típico basado en los rasgos de los trabajos, como venía siendo habitual (fijeza, discontinuidad, dentro del volumen normal de actividad). En su lugar se han enumerado los trabajos o actividades sometidas a su régimen jurídico, que engloba una variada tipología que no se corresponden con un único tipo de actividad y ni siquiera son permanentes. En este sentido, las actividades que ahora se rigen por esta modalidad contractual son la cuatro siguientes (art. 16.1 ET), que también serán aplicables al personal laboral del sector público (Dad 4ª RDL 32/2021):

- Trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada. Son los trabajos fijos, periódicos y discontinuos sobre los que se construyó la modalidad contractual. Han de ser trabajos permanentes, consolidados, que se reiteran obedeciendo al cambio de las estaciones. Todo el bagaje sobre el contrato fijo-discontinuo previo a la reforma servirá como criterio interpretativo. Es, por tanto, la parte del ámbito objetivo continuista.
- Actividades que sin tener naturaleza estacional, se prestan de forma intermitente, en periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. Es el supuesto más confuso, que requerirá concreción reglamentaria. Se trata de actividades que se reiteran sin vinculación estacional. Se abre a puerta a supuestos no objetivos, sino que bien podrían obedecer al cumplimiento de obligaciones contrataciones concertadas con terceros, que contemplen intermitencias. No tienen por qué ser permanentes, porque se ha roto la vinculación entre la naturaleza del puesto y la del contrato.
- Trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Son las actividades que en el pasado y en virtud de la interpretación jurisprudencial, podían ser llevadas a cabo mediante el contrato por obra o servicio vinculado a la contrata, línea interpretativa a la que puso fin la STS de 29 de diciembre de 2020, rec. 240/2018. Tal como arriba se indicó, esta parcela de relaciones jurídicas se ha trasvasado al contrato fijo-discontinuo. No hay aquí ningún tipo de reiteración cíclica, sino que los periodos de ejecución del contrato se vinculan al cumplimiento de las obligaciones interempresariales. Se incentiva la estabilidad en el empleo con la empresa contratista y, seguramente, hará decaer el interés por las cláusulas subrogatorias convencionales que tenían la misma finalidad; en todo caso, si concurren ambas

regulaciones, habría que permitir que los trabajadores afectados optaran entre la nueva contratista o continuar con la anterior, pero en nueva contrata. De esta forma, concluida una contrata, se abre un plazo de inactividad hasta que la empresa concierte otra contrata a la que adscribir a los trabajadores, aunque si el periodo de inactividad excede de tres meses, la empresa habrá de tomar medidas suspensivas o extintivas.

- Para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias en los términos previstos en el art. 15 del ET (art. 10.3.2º LETT). Estos contratos interempresariales solo pueden celebrarse para atender necesidades temporales de mano de obra. Hasta la presente reforma, las ETT podrían cubrir esa necesidad temporal mediante trabajadores por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición (art. 10.1.1º LETT), pero no mediante el contrato fijo-discontinuo (STS de 30 de julio de 2020, rec. 728/2020). La nueva regulación permite que la persona trabajadora fija-discontinua enlace el cumplimiento sucesivo de distintos contratos de puesta a disposición, exonerando al empresario por los periodos de inactividad entre tales contratos.

c) Combinación contractual. Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos (art. 16.5.2º ET). La combinación contractual no es novedosa. Se parte de que el objeto del contrato fijo-discontinuo, al menos en los casos de trabajos estacionales, se limita a un periodo de tiempo inferior al año, pero que en sí mismo constituye un tiempo completo específico. Por ello, cabe pactar la posible reducción del tiempo de trabajo, celebrando el contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial.

d) Derecho de llamamiento. Ha sido históricamente el elemento básico sobre el que se ha construido el contrato fijo-discontinuo y la estabilidad en el empleo que deparaba y que ahora se quiere fomentar. La ley establecía que se debía llamar por orden de antigüedad en la especialidad (art. 16.2 LRL), pudiendo reclamar el trabajador mediante la acción de despido en caso de incumplimiento. El establecimiento en la ley de un criterio de ordenación del llamamiento permite al trabajador conocer cuándo le corresponde la incorporación y saber cuándo ha sido preterido; no obstante, puede resultar inadecuado para ciertas actividades, por o que lo razonable es que el criterio legal sea subsidiario respecto al convencional. Pero no parece la mejor solución que la ley se retire de una materia tan sensible y se remita al convenio o, en su defecto acuerdo de empresa sobre los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento. Porque si el convenio también se abstiene, las personas trabajadoras quedan totalmente desprotegidas (vid. STS de 19 de enero d 2016, rec. 1777/2014, en un supuesto de omisión convencional salvado por un acuerdo de la comisión paritaria).

La acción de despido ha sido el cauce que ha permitido tutelar a las personas fijas-discontinuas ante los incumplimientos del deber de llamamiento (no llamamiento, preterición, etc). Por eso, parece criticable que una regla tradicional y efectiva se suprima por una regla más vaga, se podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos (art. 16.3.3º ET).

En fin, otras reglas sobre el llamamiento parecen adecuadas; así, que los convenios puedan establecer un periodo mínimo de llamamiento anual (art. 16.5.3º ET) , como

forma de reparto del empleo y que las empresas hayan de trasladar a la representación legal de los trabajadores, con suficiente antelación al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual o semestral y de las altas efectivas una vez que se produzcan. La elaboración de censos anuales también facilita el conocimiento de cada persona sobre su ubicación a efectos de llamamiento y permite controlar posibles incumplimientos.

e) Antigüedad. Establece el art. 16.6.2º ET que las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen 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, salvo para aquellas condiciones que exijan otro tratamiento. En esto, la regla no innova nada, sino que recoge la jurisprudencia actual que distingue entre la antigüedad a efectos del complemento personal de antigüedad, a cuyo efecto han de tomarse tanto los periodos de servicios como los de inactividad (STS de 1 de febrero de 2021, rec. 4073/2018, siguiendo la doctrina sentada por el Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-539/18 y C-472/18) y antigüedad a efectos de calcular la indemnización por despido, en cuyo caso solo se computan los servicios efectivamente prestados, lo cual no es discriminatorio (STS de 30 de julio de 2020, rec. 324/2018).