

EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN LA REFORMA LABORAL DE 2021

FRANCISCO J. TRILLO PÁRRAGA

NET21 NÚMERO 9, FEBRERO 2022

El mercado de trabajo español no resiste más. Las altas tasas de temporalidad presentes desde la misma entrada en vigor de la primera edición del Estatuto de los Trabajadores, junto al elevado desempleo que se desencadena de manera más intensa en tiempos de crisis económicas, ha provocado que la precariedad laboral se haya instalado con carácter general en aquél, afectando especialmente a las mujeres y los jóvenes. Es por ello, que no resulta extraño que la reforma laboral de 2021 haya dirigido buena parte de su contenido a recuperar un principio del Derecho del Trabajo como es el de estabilidad en el empleo, para, a través suyo, revertir una precariedad laboral cuyo paroxismo se localiza, a partir de la crisis económica de la austeridad, en la “normalización” de los estados de pobreza de las personas que cuentan con empleo. Se trata, además, de un diagnóstico que aplica tanto al sector privado como al sector público (ver páginas 4 y 5 de la Exposición de Motivos del RD-ley 32/2021).

Uno de los valores más relevantes de la reforma laboral de 2021 consiste, a nuestro juicio, en el convencimiento expresado por las partes firmantes del Acuerdo Social de alumbrar una nueva cultura en las relaciones laborales que destierre aquella *the only one way* de la intervención normativa en el ámbito laboral ante situación económicas adversas, basada, como de sobra es conocido, en la injustificada temporalidad, la excesiva rotación de personas trabajadoras en un mismo puesto de trabajo y el desempleo masivo. Intervenciones todas ellas que se han instrumentalizado forzosamente para dotarlas de la capacidad de creación y/o mantenimiento del empleo. Un relato en el que las condiciones de vida y trabajo de las personas se sacrifican, como *mal menor*, en pro del *bien mayor* de la creación de riqueza y de empleo. Este relato es el que se ha modificado sustancialmente en la justificación explicativa que sirve de Exposición de Motivos a la reforma laboral de 2021. En efecto, tanto la precariedad de las condiciones de vida y de trabajo de las personas como la baja productividad de la economía española se atribuyen sin ambages a la cultura empresarial de la temporalidad.

“No existe ninguna razón objetiva en la economía española que justifique este elevado diferencial negativo que tiene profundas y negativas consecuencias sobre la vida y el bienestar de las personas trabajadoras, pero también sobre el modelo empresarial y la estructura productiva de nuestro país. Una de estas consecuencias negativas es la menor productividad de la economía española, porque un modelo laboral basado en la temporalidad desincentiva la inversión en formación, tanto en recursos como en tiempo dedicado, por parte de las empresas y las personas trabajadoras, pero también porque el elevado nivel de rotación laboral de una parte considerable de las plantillas impide la cualificación permanente y la vinculación profesional de las personas”.

Se asiste, pues, a una reforma laboral (re)constituyente que contiene entre sus elementos inspiradores fundacionales el convencimiento de que el triángulo de acción conformado por la temporalidad, la rotación y el desempleo ha deparado unas terribles consecuencias tanto en términos económicos como sociales. La finalidad de la reforma laboral de 2021 se expresa nítidamente en el deseo de los firmantes del Acuerdo Social por “completar la transición de nuestras relaciones laborales hacia un modelo más justo y garantista... Un cambio de paradigma que ayude a desterrar el desasosiego que la precariedad ha provocado en varias generaciones de trabajadoras y trabajadores de nuestro país”.

Entre los componentes del nuevo contrato social que se desprende de la reforma laboral de 2021 se encuentra, como ya se ha indicado, la estabilidad en el empleo en un contexto económico cuyos retos inaplazables son la sostenibilidad medioambiental y la digitalización, confiando en que la reversión de la temporalidad injustificada y fraudulenta contribuya por sí sola a la mejora sustancial de las condiciones de vida y de trabajo. Y ello, cuando la reforma laboral de 2021 no ha abordado una cuestión trascendental para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de las trabajadoras y trabajadores de nuestro país como la reordenación de las reglas que sirven para establecer y garantizar el conjunto de condiciones de trabajo que tiene lugar durante el desarrollo de la relación de trabajo (jornada de trabajo, distribución de la jornada, horario, así como la capacidad de modificación de éstas). Hecho éste que, sin duda, nos sitúa en una lectura y análisis de esta reforma laboral como un paso importante hacia la consecución de los objetivos en ella declarados, pero que, a nuestro juicio, necesitará de posteriores intervenciones de similar calado para afianzar el deseado cambio de paradigma en nuestras relaciones laborales.

Sirva esta introducción para ofrecer las claves de lectura del análisis de este texto, que se centra en las virtudes que pudiera desplegar una de las medidas estrella de la reforma laboral de 2021 en materia de contratación: la expansión del contrato fijo-discontinuo. Claves de lectura que se concretan en un repaso no pormenorizado del régimen jurídico de esta modalidad contractual, que sí lleva a cabo, sin embargo, Jesús García Ortega (El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral) y que tienen como única finalidad arrojar luz sobre la adecuación entre los fines y objetivos declarados (reversión de la temporalidad y mejora de las condiciones de trabajo) y las medidas en éste dispuestas para alcanzarlos.

El marco normativo de la reforma laboral de 2021 en el que se sitúan las modificaciones de la modalidad del fijo-discontinuo es el de la recuperación de la presunción de que el contrato de trabajo se celebra por tiempo indefinido, alterada por el PSOE en 1994, considerando la contratación temporal como un recurso excepcional al que los sujetos empresariales pueden acudir cuando exista una causa justificada para ello (circunstancias de la producción o sustitución de persona trabajadora). En este último sentido, cabe destacar los efectos que por sí sola comportará la desaparición del contrato de obra o servicio determinado en términos de reducción de la temporalidad. Sin embargo, a los efectos de este breve comentario se quiere profundizar en los diálogos que se entablan, o pueden entablar, en el nuevo panorama normativo referido a la contratación laboral, especialmente en lo atinente al contrato fijo-discontinuo.

La primera consideración tiene que ver, en efecto, con el diálogo, y posteriores consecuencias, entre la derogación del art. 15.1.a) LET y la potenciación del contrato fijo-discontinuo. Se ha afirmado con carácter general que se asistirá a un proceso de vasos comunicantes por el que se transformarán en contratos fijos-discontinuos todas aquellas relaciones laborales que hasta la entrada en vigor de la reforma en este extremo lo eran de obra o servicio determinado (algunos títulos doctrinales sugieren esta circunstancia como sucede destacadamente con el trabajo de Arántzazu Vicente-Palacio, Obituario Contrato de obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!). Sin duda, la posibilidad de establecer contrato fijos-discontinuos para trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de ejecución de contratos mercantiles o administrativas (concesiones) que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa da sentido de realidad a este posicionamiento. Sin embargo, conviene matizar que el uso desbocado del contrato de obra o servicio

determinado, casi un 40% de la contratación temporal para el año 2021, no se ha localizado únicamente en el ámbito de las contrata y subcontratas.

Por el contrario, habrá que examinar qué usos de esta modalidad contractual temporal derogada constituían fraudes de ley que han de arrojar como consecuencia su conversión en contratos indefinidos ordinarios, contribuyendo notablemente a la reducción de la temporalidad sin que ineludiblemente opere aquel fenómeno de vasos comunicantes entre una y otra modalidad contractual.

Del mismo modo, se ha de advertir que se pueden entablar otros tipos de diálogos entre el nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo y las recientes medidas normativas destinadas a revertir el mal endémico de la temporalidad. Por señalar una de las más destacadas, habrá que estar atentos a cómo repercute la posibilidad de que las ETT puedan realizar contratos de fijos-discontinuos en relación con el establecimiento de medidas en sede convencional para determinar el volumen de contratación temporal en relación con la plantilla total de la empresa, ya que la nueva redacción del art. 16 LET podría utilizarse torticeramente para vaciar de contenido estas previsiones convencionales. Ciertamente es, que las cláusulas convencionales que contienen obligaciones de hacer, como sucede con el establecimiento en convenio colectivo de porcentajes de temporalidad admisibles, han contado clásicamente con el escollo de su cumplimiento. Además, una interpretación analógica o extensiva del art. 15.5 LET (“las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas”) debería disuadir y, en su caso, disipar aquel posible uso desviado del contrato fijo-discontinuo en una interpretación favorable del carácter indefinido (ordinario) de aquellos contratos. Todo ello, sin llegar a despejar completamente la cuestión de cómo determinar la cantidad de trabajadoras y trabajadores que se encuentran en esta situación.

La potenciación del contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021 contribuirá, con las dudas apuntadas respecto de su aplicación práctica, a revertir los excesos de la temporalidad, concentrados en buena parte, como se recordaba anteriormente, en la extinta modalidad temporal de la obra o servicio determinado.

Referido a las consecuencias que, sobre el principio de estabilidad en el empleo, en su manifestación de limitación de la rotación de personas trabajadoras, pueda comportar la reforma del régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo, cabe llamar la atención sobre la reformulación de la obligación-derecho del *llamamiento*. La nueva redacción del art. 16 LET abre mayores expectativas al correcto cumplimiento del llamamiento por cuanto exige que los convenios colectivos establezcan para ello criterios objetivos y formales siendo debidamente notificado a la persona interesada las indicaciones precisas sobre las condiciones de su incorporación, con una antelación adecuada. Además, la obligación empresarial de “trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada ejercicio, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan” también comportan instrumentos novedosos de refuerzo útil de la estabilidad en el empleo. En el mismo sentido, la posibilidad de crear de bolsas sectoriales de empleo durante los periodos de inactividad, así como la obligación empresarial de elaborar un censo anual de las trabajadoras y trabajadores fijos-discontinuos constituyen dos arietes más para la contratación estable.

La segunda reflexión de carácter general se dirige a indagar si la corrección de la temporalidad hacia la contratación de carácter indefinido, en nuestro caso a través del contrato fijo-discontinuo, contribuye a la mejora de las condiciones de trabajo, individuales y colectivas, de las trabajadoras y trabajadores fijos-discontinuos. Para ello, se analizan y comentan las principales novedades del régimen jurídico de esta modalidad contractual, entre las que se encuentra en un lugar destacado el modo de computar la antigüedad de estas personas trabajadoras que, a partir de la entrada en vigor del nuevo art. 16 LET, se realizará teniendo en cuenta la duración efectiva de la relación laboral y no sólo el tiempo de prestación de servicios. Especialmente relevante resulta esta cuestión a efectos tanto salariales como de indemnización por despido. De una forma más lábil, sin avanzar nuevas vías de refuerzo, la redacción del art. 16 LET dada por la reforma laboral de 2021 hace hincapié en el respeto de los derechos de conciliación de las y los trabajadores fijos-discontinuos, así como aquellos consistentes en ausencias con derecho a reserva del puesto de trabajo.

En el ámbito de los derechos colectivos, merece la pena detenerse sobre el refuerzo de los derechos de información, tanto a los representantes de las y los trabajadores como de las propias personas trabajadoras, además de brindar la oportunidad a la negociación colectiva de llenarse de nuevos

contenidos en la materia (creación de bolsa sectorial de empleo y elaboración de censo anual de trabajadoras y trabajadores fijos-discontinuos). Así, se reconoce a los representantes de las y los trabajadores el derecho de conocer con la debida antelación un calendario con las previsiones de llamamiento, así como los datos relativos a las altas efectivamente realizadas, completando este refuerzo de los derechos de información sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de manera que las y los trabajadores puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos previstos a tal efecto en el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, en acuerdo de empresa.

La última de las cuestiones que se analiza en este trabajo tiene que ver con el impacto de la reforma del régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo en el ámbito del modelo productivo, llamando la atención sobre el hecho de que normalmente los sectores más proclives a la contratación fijo-discontinua se caracterizan por su baja productividad, escasa innovación y poca cualificación profesional. En este sentido, el posible establecimiento de bolsas sectoriales de empleo integradas por las personas fijas discontinuas durante los periodos de inactividad, podrían favorecer, además de su contratación, su formación continua durante estos lapsos y, con ello, el progresivo replanteamiento de ciertos sectores de actividad necesitados de una mayor apertura a la innovación y a la mejora de la calidad de los bienes y servicios. De este modo, en última instancia el modo de obtención del beneficio empresarial oscilaría para abandonar la intensificación de condiciones de trabajo como vía prioritaria.

Una vez analizadas las principales virtudes y riesgos del nuevo régimen jurídico del contrato de trabajo fijo-discontinuo, conviene finalizar poniendo de relieve el destacado papel que está llamado a desarrollar esta modalidad contractual dentro del programa de recuperación y refuerzo del principio de estabilidad en el empleo. Se puede afirmar desde este momento que un porcentaje importante de la temporalidad se verá reconducida hacia éste. Sin embargo, no solo resulta importante que las estadísticas laborales reflejen un sensible crecimiento de la contratación indefinida, entre la que se incluye aquella fija-discontinua, sino que este incremento comporte a las personas que desarrollan esta modalidad contractual el acceso a unas condiciones de trabajo decentes que les consienta una vida más digna. Por ello, como sugiere la trama del film *Don't Look Up* resulta decisivo mirar hacia arriba para corregir direcciones y usos desviados del contrato fijo-discontinuo a partir del análisis de sus posibles impactos.