

# TRABAJO FIJO DISCONTINUO Y PRECARIEDAD: ALGUNAS DISFUNCIONALIDADES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE UN MODELO CONTRACTUAL RENOVADO

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

NET21 NÚMERO 17, mayo 2024

Han pasado ya dos años desde la entrada en vigor de la reforma laboral en materia de contratación y, por ello, puede ser un buen momento para hacer balance del funcionamiento del contrato fijo discontinuo que, como es de sobra conocido, sufrió importantes modificaciones que se concretaron, entre otras cosas, en la ampliación de su ámbito de aplicación.

En efecto, en el art. 16 ET encontramos hoy cuatro supuestos en los que se admite la contratación fija discontinua. Ahora bien, no en todos ellos la necesidad de mano de obra a la que se va a dar cobertura presenta los elementos clásicos de trabajo estacional o cíclico que, hasta la reforma, habíamos utilizado para delimitar el espacio jurídico de este modelo de contratación. De hecho, *stricto sensu*, solo los dos primeros supuestos que contempla el art. 16 ET se identifican con el trabajo cíclico –tanto de fecha cierta como incierta–.

El primero de ellos relativo al trabajo estacional, como es un viejo conocido, no está planteando en la práctica, a mi modo de ver, problemas nuevos. Y, de hecho, para resolver dudas en torno a este supuesto y su alcance, se está acudiendo a la doctrina jurisprudencial clásica (véase, SAN 162/2022, de 5 de diciembre, para la distinción entre trabajo fijo discontinuo y trabajo imprevisible, para el que debe acudir al nuevo contrato por circunstancias de la producción).

El segundo de los supuestos –el de trabajo intermitente– es seguro el que más dudas plantea a la hora de identificar adecuadamente la realidad práctica a la que puede dar cobertura. No obstante, aun siendo así, creo que sí es posible delimitar, con base también en la jurisprudencia anterior a la reforma, que no cabe entender que en esta causa tenga cabida la discrecionalidad empresarial que “reinterprete”, “reformule” o “reconvierta” en fijas discontinuas necesidades de mano de obra cuya naturaleza no es realmente intermitente. En este sentido, aplicando precisamente jurisprudencia de los años noventa, se ha pronunciado la SAN 19/2023, de 21 de febrero, que ha considerado que no cabe interpretar que el modelo fijo discontinuo se ajuste a derecho cuando lo que se pretende es dar cobertura a una actividad permanente y ordinaria; o, por ejemplo, la STSJ de

Madrid de 4 de octubre de 2023, rec. 136/2023, que concluye que en el marco jurídico actual no es lícito el recurso al modelo fijo discontinuo de prestación de servicios intermitente cuando la prestación de servicios es continuada, puesto que en estos casos estamos ante una relación laboral indefinida ordinaria. Además, ni antes de la reforma ni tras la misma, es admisible la imposición empresarial de la conversión del contrato indefinido en contrato fijo discontinuo, aunque se haya probado la estacionalización de la actividad, puesto que ello podrá, en su caso, justificar un despido objetivo, pero no la conversión prohibida legalmente -STSJ de Galicia de Galicia de 15 de septiembre de 2023, rec. 2042/2023-.

El tercero de los supuestos a los que se refiere el art. 16 ET se concreta en la posibilidad de que las empresas contratistas concierten contratos fijos discontinuos para conformar las plantillas que van a dar cobertura a los encargos previsibles recibidos, que forman parte de su actividad ordinaria. Con ello se permite que mediante el modelo fijo discontinuo se atienda a trabajos que no son estacionales, ni cíclicos, ni intermitentes...sino habituales y ordinarios de la empresa contratista, pasando los trabajadores fijos discontinuos a situación de inactividad cuando aquella finalice la contrata; lo que implica que, en este modelo, el fin de la contrata, no justificará la extinción del contrato por causas objetivas (véase STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2022, rec. 167/2022). O, al menos, no lo hará automáticamente, dado que se prevé una obligación de recolocación de la contratista que, ante nuevas contratas que requieran del perfil profesional del trabajador fijo discontinuo, deberá obligatoriamente proceder al llamamiento y activación del mismo. En consecuencia, por un lado, no podrá la contratista acudir a nuevas contrataciones si hay trabajadores en situación de inactividad en el perfil que se necesita. Y, por otro lado, en estas situaciones creo que habrá que interpretar que el posible cambio en las condiciones de la nueva contrata en la que se va a activar al trabajador deberá articularse en todo caso por parte de la contratista conforme a las reglas del art. 41 ET.

Finalmente, en el caso de las ETT, la reforma ha abierto la puerta al modelo fijo discontinuo que hasta el momento no cabía de acuerdo con la interpretación jurisprudencial. Ahora bien, esta apertura no ha supuesto la quiebra de la regla general vigente desde la aprobación de la LETT que limita la legalidad de las puestas a disposición a la cobertura de necesidades temporales en la empresa usuaria. Por lo tanto, si estas son fijas discontinuas, no será posible el recurso a las ETT. De este modo, la contratación como fijo discontinuo de un trabajador en misión es posible porque la norma lo permite y cada misión para cubrir trabajos

temporales -por circunstancias de la producción o por sustitución- constituirá un periodo de actividad, pasando a inactividad el trabajador cuando aquella finalice hasta la próxima puesta a disposición que responda a su perfil profesional siguiendo los criterios de llamamiento previstos en el convenio de la ETT.

Por otra parte, en relación con el cómputo de la antigüedad de las personas trabajadoras fijas discontinuas, también en la realidad de nuestra doctrina judicial nos encontramos con una interpretación contradictoria que deberá resolver el TS en unificación de doctrina. El art. 16.6 ET establece el cómputo no solo del tiempo efectivo de prestación de servicios -actividad- sino de todo el tiempo de la relación laboral -actividad e inactividad-. Ahora bien, expresamente alude a la excepción de condiciones que requieran de “otro tratamiento”. En relación con el complemento de antigüedad no hay duda alguna que computará la duración de la relación laboral (STS de 25 de enero de 2024, rec. 4320/2021). Pero, respecto del cómputo del tiempo a efectos del cálculo de la indemnización por despido, la doctrina judicial ha llegado a conclusiones opuestas (STSJ de Castilla y León de 19 de julio de 2022, rec. 1422/2022: deberá computarse todo el tiempo de la relación laboral; STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2023, rec. 6350/2022: si bien cabe computar los períodos de inactividad a efectos de cómputo de la antigüedad a efectos retributivos y de promoción profesional, ello no se aplica al cálculo de la indemnización por despido).

En fin, no cabe duda de que el campo de aplicación del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral se ha visto ampliado y ello ha supuesto un incremento de trabajadores fijos discontinuos en nuestro mercado laboral - no tan elevado como se preveía según los datos recientes-. Y, como consecuencia de ello, se están planteando algunas dudas en torno a la situación de precariedad o desprotección de las personas trabajadoras fijas discontinuas. Por una parte, lo cierto es que en sí mismo el modelo fijo discontinuo no es sinónimo de estabilidad desde la perspectiva económica, dado precisamente su carácter no estable en el tiempo. Y, por otra parte, la nueva regulación unificada del trabajo fijo discontinuo que abarca tanto el trabajo periódico en fechas ciertas como el estacional en fechas inciertas, ha dejado por completo su régimen jurídico-laboral al margen del trabajo a tiempo parcial. Con ello, desde la perspectiva laboral, en principio el trabajo fijo discontinuo no es trabajo a tiempo parcial. Y digo en principio porque en algunas materias la regulación si parte de ese carácter “real” a tiempo parcial. Por ejemplo, debemos recordar que el reconocimiento del derecho de los trabajadores fijos discontinuos al complemento de antigüedad computando todo el tiempo de vigencia del contrato, esto es tanto los períodos de actividad como

de inactividad, se fundamenta con base en el principio de igualdad entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, tal y como interpretó primero el TJUE (C-439/18 y 472/18) y después el TS (STS de 19 de noviembre de 2019, rec. 2309/2017).

Por otro lado, desde la perspectiva de la Seguridad Social, en principio el art. 245 LGSS, equipara a los trabajadores fijos discontinuos a los trabajadores a tiempo parcial por lo que a las reglas de protección social se refiere. Y de nuevo digo en principio porque en algunas materias esa equiparación no será tal porque el régimen jurídico de las diferentes prestaciones contiene previsiones específicas no aplicables por igual a los trabajadores a tiempo parcial y a los trabajadores fijos discontinuos. Es importante hacer hincapié en ello porque la expansión de la contratación fija discontinua está sacando a la luz precisamente las consecuencias de cierto déficit de protección social de los trabajadores fijos discontinuos en la realidad de nuestro mercado. En este sentido, en primer lugar, en relación con la situación de alta, hay que tener en cuenta que estos trabajadores permanecen de alta durante los periodos de actividad, pasando a la situación de baja en los de inactividad. Con ello, la obligación de cotizar de las empresas se limita a los primeros, sin que quepa alcanzar, tal y como interpretó el TS un compromiso de "cotización mínima" (STS de 29 de abril de 2001, rec. 950/2000). En todo caso, hay que recordar que el art. 36 RD 84/1996 establece que los periodos de inactividad entre trabajos de temporada serán considerados como de situación asimilada al alta -aunque, como es sabido, respecto de la IT, el art. 4.1 O de 13 de octubre de 1967, no contempla estos periodos como asimilados al alta-; y que, desde la perspectiva del desempleo, serán considerados como situación legal de desempleo (art. 267.1.b) LGSS). Así pues, la baja en SS y la situación de asimilación al alta durante los periodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos puede tener dos consecuencias desde la perspectiva de la protección social de los mismos. De un lado, si el trabajador tiene derecho a la prestación por desempleo por acreditar los requisitos legales exigidos, no cabe duda de que, dado que la situación legal de desempleo se considera asimilada al alta con respecto a todas las contingencias y situaciones de necesidad, estaría protegido frente a cualquiera de ellas que pudiera acaecer en situación de inactividad. Ahora bien, no es esta la situación en que van a quedar los trabajadores fijos discontinuos que no tengan derecho a la percepción de la prestación por desempleo, puesto que, en este caso, por una parte, se va a resentir la acreditación de la carencia para las prestaciones de IPA y GI; y, por otra, quedará desprotegido por lo que hace a la pensión de IPT y a la prestación de IT, a la que no podrá acceder hasta que no se inicie de nuevo el período de actividad. Por otra parte, en materia de jubilación parcial, también

se ha denegado el acceso a las personas fijas discontinuas con el argumento de que no se acredita la prestación de trabajo a tiempo completo (STS de 21 de diciembre de 2023, rec. 3616/2022).

En conclusión, a mi modo de ver, sería necesaria la revisión de la regulación de la protección social de las personas fijas discontinuas porque, con la ampliación del ámbito de aplicación de este modelo de contrato y su especial régimen jurídico, se evidencian disfuncionalidades en esta materia que además provocan diferencias de trato no siempre justificadas.

AVET21