

Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías

Permanent-discontinuous contract: extension of cases and improvement of its guarantees

José María Goerlich Peset

*Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universitat de València (Estudi General)*

ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6639>

Resumen: El RDL 32/2021 ha ampliado el ámbito del contrato fijo-discontinuo. Por un lado, ha incluido en él los anteriores contratos fijos-periódicos. Por otro lado, da cabida en él otras necesidades que difícilmente encajan en su función tradicional como son las relacionadas con la descentralización. Esto se concretará probablemente en un elevado uso de estos contratos en el futuro inmediato. Por lo que se refiere a las modificaciones del régimen jurídico, aunque siguen abiertos algunos problemas tradicionales, se detecta ciertas mejoras en la protección de los trabajadores. No obstante, corresponderá a la negociación colectiva culminar el proceso.

Palabras clave: Reforma laboral en el RDL 32/2021; contrato fijo discontinuo

Abstract: RDL 32/2021 has expanded the scope of the permanent-discontinuous contract. On the one hand, it has included in it the previous fixed-periodic contracts. On the other hand, it includes other needs that hardly fit in its traditional function, such as those related to outsourcing. This will probably result in a high use of these contracts in the immediate future. As regards changes in the legal regime, although some traditional problems remain open, certain improvements in the protection of workers have been detected. However, it will be up to collective bargaining to complete the process.

Keywords: labor reform in RDL 32/2021; permanent-discontinuous contract.

1. El nuevo contrato fijo-discontinuo: aspectos generales

1.1. El papel del trabajo fijo-discontinuo en la lucha contra la precariedad

Los contenidos que ha terminado teniendo el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, distan mucho de las expectativas iniciales del Gobierno y de la parte

*jose.m.goerlich@uv.es

sindical; y seguramente aun queda trecho por recorrer para alcanzar las pretendidas “garantía de la estabilidad en el empleo” y “transformación del mercado de trabajo”. Sin embargo, no puede negarse que el procedimiento seguido, agotando hasta el límite las posibilidades de consenso en el diálogo social, y las nuevas normas aprobadas pueden colocarnos en el camino adecuado.

Es fácil concordar en que, como afirma el primer párrafo de la Exposición de Motivos, desempleo y temporalidad son “graves problemas de nuestro mercado de trabajo”. Por eso es igualmente fácil estar de acuerdo en que nuestro mercado de trabajo venía necesitando un impulso jurídico dirigido a reducir el exceso de temporalidad. No es extraño, por ello, que se haya oído hablar con anterioridad de medidas similares a las que contempla el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su reforma 4: “Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal”. Y ello con la idea, de la que también hemos oído hablar con anterioridad, de “promover la estabilidad en el empleo, asegurando que los contratos temporales responden a la naturaleza del trabajo y con un marco adecuado para la formación”, como afirma el citado plan en el apartado de Reformas (2.5.2), Mercado de trabajo (G). Sin embargo, en anteriores episodios de reformas laborales las actuaciones contra la temporalidad habían sido limitadas. Frente a ello, el RDL 32/2021 “pretende corregir de forma decidida esta temporalidad excesiva, evitando esa rutina tan perniciosa que provoca que en cada crisis se destruya sistemáticamente el empleo”. En estas coordenadas, se introduce una extensa reforma en materia de contratación temporal, que afecta también a varias de las denominadas modalidades contractuales. En las consideraciones que siguen se analizará las reformas que el art. 1º.4 RDL 32/2021 introduce en la regulación del contrato fijo-discontinuo (art. 16 ET).

Antes de comenzar el análisis, es oportuno poner de relieve un segundo aspecto general que condiciona el alcance de las reformas. No hace falta insistir, en este sentido, en el papel que ha tenido en la reforma la negociación a tres bandas, entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. El preámbulo se ocupa de resaltar el aval del diálogo social a los cambios normativos, que tendría un alcance histórico al tratarse de “la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con (su) respaldo”. Ello tiene aspectos positivos, que se explicitan también en la Exposición de Motivos. El consenso en el diálogo social “permite concebir una mayor esperanza en su estabilidad y en la consecución de los efectos pretendidos” por la reforma. Sin embargo, podría tener también aspectos discutibles si se ha logrado a costa de la desnaturalización de las instituciones o de oscurecer o introducir ambigüedad en las reglas que las regulan.

En este marco de reflexión, el relanzamiento del contrato fijo-discontinuo que pretende el RDL 32/2021 podría tener un doble componente, aunque nada se diga al respecto en su preámbulo. De un lado, como contrato indefinido que era antes de la reforma y sigue siendo después, su uso permite orillar buena parte de los efectos perversos que derivan de la temporalidad. Aunque no sea equivalente a la contratación indefinida ordinaria a tiempo completo, el contrato fijo-discontinuo tiene mayor estabilidad que los contratos temporales en los que podría descomponerse su ejecución. Con ello es previsible que presente menos rotación que sus alternativas precarias y que posibilite una inversión superior en empleabilidad. Además, la regulación previa era susceptible de mejoras que pueden hacer más acogedora esta modalidad contractual. De otro lado, la nueva regulación permite dar salida a determinadas necesidades de flexibilidad en la entrada que existen en la empresa y que hasta ahora se cubrían mediante contratos más precarios. El nuevo art. 16 ET es, en este segundo sentido, una suerte de «válvula de escape» que compensa algunas de los márgenes de flexibilidad empresarial que la reforma ha sacrificado.

Ambas ideas se advierten en el precepto reformado. En primer lugar, en un intento de atender razonablemente la flexibilidad empresarial, se procede a una ampliación del ámbito del contrato fijo-discontinuo: además de la unificación en un solo contrato de los trabajos fijos-periódicos y

fijos-discontinuos, se abre su posible utilización más allá del ámbito tradicional de los contratos periódicos; además, en sentido diferente al que se había consolidado en la interpretación jurisprudencial, se permite que las empresas de trabajo temporal recurran a la celebración de contratos fijos-discontinuos. En segundo lugar, en la línea de incrementar la posición de las personas que trabajan a través de esta modalidad, se establece un nuevo marco de garantías, reformando algunas reglas existentes con anterioridad y añadiendo otras nuevas que mejoran su protección.

Estas dos líneas de tendencia son las que vertebrarán la exposición que sigue, en la que primero abordaré el nuevo ámbito de la contratación fija-discontinua y, después, las modificaciones en el régimen jurídico de la relación laboral fija-discontinua. Antes, sin embargo, considero necesario hacer dos reflexiones de alcance general relacionadas, la primera, con la articulación de normas legales y convencionales en relación con este contrato; y, la segunda, con las cuestiones de derecho intertemporal.

1.2. Ley y negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo fijo-discontinuo

El nuevo art. 16 ET abre bastante espacio regulador a la negociación colectiva. No es estrictamente una novedad puesto que ya lo hacía en su versión anterior. Es verdad que alguno de los aspectos que hasta ahora se remitían a los convenios colectivos ha desaparecido en la nueva redacción. Es el caso de la regla que habilitaba para establecer “los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos” (anterior art. 16.4 ET), que no se ha mantenido con las posibles consecuencias a las que me referiré después. Pero otros permanecen, aunque en algún caso aparecen, como veremos, algunas diferencias en la literalidad. Tal es el caso de la regulación del orden y la forma del llamamiento (antes, art. 16.2 ET; ahora, art. 16.3) o de la habilitación para permitir que el contrato se celebre a tiempo parcial (art. 16.4 ET, en su redacción anterior; actualmente art. 16.5, 2º párrafo, ET).

Aparte lo anterior, en el RDL 32/2021 se amplían las posibilidades de los convenios colectivos; o, si se prefieren las palabras de la Exposición de Motivos, se otorga “un papel fundamental a la negociación colectiva”. En efecto, aparte la facultad de concretar la duración máxima del período de inactividad en los casos en los que el contrato se relacione con la celebración de contratos o concesiones, el nuevo art. 16.5 ET les invita a establecer una bolsa sectorial de empleo. Igualmente les abre la posibilidad de establecer un período mínimo de llamamiento anual, así como una cuantía por fin de llamamiento. En fin, el nuevo art. 16.7 ET invita a la negociación a fijar procedimientos en relación con la formulación de solicitudes para la conversión de fijos-discontinuos en fijos ordinarios.

Probablemente la amplitud de las materias que se reenvían es un sesgo típico de las normas legales negociadas. Y, como hemos visto en otros casos, presenta ventajas e inconvenientes. En el primer sentido, es claro que abre la posibilidad de adaptabilidad del contrato fijo-discontinuo a múltiples situaciones, con base en el diálogo social y, por tanto, con las necesarias garantías colectivas. Pero, en el segundo, no deja de plantear problemas en los casos en que los convenios colectivos no dicen suficiente de las diferentes materias. Acaso por ello se detecta una sustancial diferencia con respecto a la redacción anterior del art. 16 ET. En el aspecto clave para el funcionamiento del trabajo fijo-discontinuo, la determinación de “los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas”, se han ampliado las posibilidades: ya no solo se alude al convenio colectivo sino que se admite que el tema sea regulado, “en su defecto”, por acuerdo de empresa.

En todo caso, la mayor parte de las remisiones que se han introducido *ex novo* por el RDL 32/2021 se refieren solo a los convenios sectoriales. A veces ello parece razonable –como ocurre tradicionalmente con la posibilidad de permitir la contratación a tiempo parcial (cfr. nuevo art.

16.5, 2º párrafo, ET) o, entre los nuevos contenidos, con la de desplazar el plazo legal máximo de inactividad entre subcontratas (nuevo art. 16.4, 2º párrafo, ET) o, por razones obvias, con la posibilidad de constituir bolsas sectoriales de empleo (nuevo art. 16.5, 1º párrafo, ET)–. Pero en otros casos no lo es tanto. No acabo de ver, por ejemplo, por qué un convenio de empresa, o incluso un acuerdo informal en este ámbito, no puede “establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras” (nuevo art. 16.5, 1º párrafo, ET). Después de todo, son derechos legalmente inexistentes y, a falta de regulación sectorial, su establecimiento bien puede venir amparado por el principio de norma mínima.

1.3. Cuestiones de derecho intertemporal

Por lo que se refiere a los aspectos de derecho intertemporal, hay que tener en cuenta, por un lado, la disp. final 8ª RDL 32/2021 que difiere la entrada en vigor del nuevo art. 16 ET tres meses, a contar desde su publicación en el BOE. Por tanto, las nuevas reglas no estarán en vigor hasta el próximo 30 de marzo.

Por otro, conviene advertir que en las disp. trans. 1ª a 5ª no existe regla específica respecto de los contratos que se hayan celebrado antes de su entrada en vigor. En principio, ello debería conducir, con base en las supletorias disposiciones transitorias del Código Civil, a entender que los contratos anteriores a la entrada en vigor continúan rigiéndose por las normas anteriores (arg. ex disp. trans. 2ª CC). Mas no parece ser esta la voluntad del legislador, si no más bien la contraria: el hecho de que las citadas transitorias del RDL 32/2021 hayan establecido reglas específicas para los restantes contratos –y otros aspectos incluidos en la reforma– y no lo hayan hecho para la regulación de los fijos discontinuos apuntaría a la idea de que se ha querido que el nuevo régimen se proyecte sobre todos los contratos de esta naturaleza, con independencia del momento de su constitución. Eso sí, este efecto solo se producirá el próximo 30 de marzo.

2. El ámbito de aplicación de la contratación fija-discontinua

2.1. La desaparición de los trabajadores fijos-periódicos

El RDL 32/2021 supone la desaparición de los trabajadores fijos-periódicos. El art. 12.3 ET, que regulaba esta figura, es expresamente derogado por su disp. der. única, apartado 2. Y no queda traza de ellos en el nuevo art. 16 ET, dedicado a los fijos-discontinuos. Antes bien, la extraordinaria amplitud de los supuestos en los que procede la contratación fija-discontinua implica, como veremos un poco más abajo, que el supuesto que motivaba su existencia ha sido absorbido por ella. En paralelo, la nueva redacción del art. 267 LGSS, en el que se regula la situación legal de desempleo, elimina las dos referencias que se contenían en el apartado 1.d) a este tipo contractual.

Es más, la Exposición de Motivos hace una muy negativa valoración de su previa existencia. Se hace referencia de forma enfática –al “por fin” que se utiliza parecen faltarle los signos de exclamación– a la desaparición de la “artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos”. Y es que, se afirma algo más abajo, “no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico”; lo más adecuado es incluirlos “en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato”.

Seguramente, la valoración que se hace en el RDL sobre el extinto trabajo fijo-periódico es excesiva. Las afirmaciones de la Exposición de Motivos parecen dar a entender que su consideración separada del trabajo fijo-discontinuo carecía de fundamento y, además, dificultaba que las prestaciones periódicas que regulaba tuvieran cabida en el ámbito de la contratación indefinida, con las garantías necesarias. Ni una cosa ni otra. Precisamente el sentido del derogado art. 12.3 ET era reconducir las prestaciones fijas-periódicas directamente al terreno del contrato indefinido, sin que fuera necesaria la mediación del convenio para deslindar la contratación fija-discontinua de la eventual como permitía el art. 16.4 ET. Por otro lado, ubicada en el ámbito de la contratación a tiempo parcial, esta modalidad contractual se encontraba amparada por el principio de igualdad de trato (art. 12.4.d] ET).

En cuanto a la diferencia conceptual, es verdad que el criterio utilizado por el legislador para deslindar las dos modalidades –que las prestaciones se repitieran o no “en fechas ciertas” (versión anterior del art. 16.1 ET)– era poco práctico puesto que reducía desproporcionadamente el ámbito del trabajo fijo-periódico. Pero este problema podría haberse resuelto si, como se propuso cuando se introdujo la distinción, se hubiera interpretado que los fijos-periódicos son “aquellos cuya actividad se encontrara garantizada, en cuanto a su existencia y duración, con independencia de que las fechas inicial y final quedarán sujetas a cierto margen de indeterminación” (Goerlich, 2001, p. 131).

Otra cosa es que, al basarse la línea interpretativa mayoritaria en la literalidad del precepto, la relevancia real del trabajo fijo-periódico haya sido prácticamente nula. Se ha optado por tratar de forma unitaria todas las prestaciones de carácter periódico, con independencia de sus características. El propio legislador ha sucumbido a este proceso: la inicial separación del tratamiento en materia de protección social, fundamentalmente en relación con el desempleo, ha desaparecido a raíz de la reforma de 2006 (RDL 5/2006, 9 junio). En este contexto, en una reforma que, como he indicado, se asigna una finalidad simplificadora de la tipología de contratos deviene inevitable la unificación de las dos modalidades en una sola; novedad que ha sido bien acogida por algunos de los primeros comentaristas (García Ortega, 2022). Otra cosa es que, como veremos a continuación, no deje de plantear algunos problemas sistemáticos importantes.

2.2. La nueva delimitación del objeto del contrato

En la legislación anterior, la noción de los dos contratos que se refunden era en exceso simple. El derogado art. 12.3 ET se refería a “trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa”; por su parte, la anterior redacción del art. 16.1 ET se refería a los trabajos que tuvieran “el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa”. Frente a ello, el primer párrafo del art. 16.1 ET fija como objeto del contrato fijo-discontinuo “la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”.

Tan amplia dicción da cabida tanto a los tradicionales fijos-discontinuos como a los desaparecidos fijos-periódicos, puesto que, dentro de las actividades de “naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada” caben tanto las que tuvieran fecha cierta como las que no. Pero da la impresión de que se añaden más supuestos puesto que se contemplan además los que no tengan esta “naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada” pero que sean de prestación intermitente.

Es probable que esta novedad sea más aparente que real. Después de todo, tampoco en la redacción anterior –ni en las más lejanas– existía una conexión cerrada entre la modalidad con-

tractual y este tipo de actividades estacionales o de temporada. Lo decisivo era la periodicidad de la prestación, tuviera o no fecha cierta. Y eso parece seguir siendo exigible puesto que es preciso que la prestación sea “intermitente” y que sus períodos de ejecución sean ciertos en el sentido de que es seguro que se producirán (DLE, acepción 1), con independencia de que puedan ser determinados –esto es, señalados “con claridad o exactitud”: DLE, determinar, acepción 4– o indeterminados –en el sentido de no concretos o definidos: DLE, acepción 2–.

Se ha criticado por confusa la extensión del contrato más allá de las necesidades estacionales, reclamando una concreción reglamentaria (García Ortega, 2022). Lo cierto es, sin embargo, que la búsqueda 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. Dicho de otro modo, la planificación de la actividad de cada empresa puede ser relevante para determinar los momentos en los que se presta, más allá de las razones vinculadas a aquellas (Beltrán de Heredia, 2022, § 1.1.1). Entiendo, sin embargo, que ese margen es limitado. No es posible entender que el contrato fijo-discontinuo pueda dar cabida al trabajo a llamada ni a vinculaciones de tipo “cero horas”, a salvo lo que se verá en relación con su utilización para atender contratos de obras o servicios. La determinación de la intermitencia no puede quedar al arbitrio de una de las partes. A falta de una declaración expresa del legislador laboral en tal sentido, esto resultaría contrario a las reglas generales del derecho de contratos (cfr. art. 1115 CC); y, sobre todo, se desprende del análisis gramatical del precepto. De entrada, es preciso notar que, si bien “intermitente” como adjetivo (DLE: acepción 1) no implica determinado ritmo o cadencia, en sus dos restantes acepciones, como sustantivo, sí que presupone “periodicidad”. Debe, por tanto, existir algún tipo de razón objetiva, al margen de la voluntad empresarial, que justifique la alternancia entre períodos de actividad e inactividad. Por otro lado, como ya he indicado, los períodos de ejecución han de ser “ciertos”. Por último, el nuevo art. 16.2 ET, en relación con la forma del contrato, presupone la existencia de un fundamento para la discontinuidad diferente de la sola voluntad del empresario. En efecto, entre otros extremos, la forma debe incluir “la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”.

Por otro lado, sigue siendo posible articular el contrato de trabajo a tiempo parcial sobre base anual (cfr. art. 12.1 ET) lo que abre un delicado problema de deslinde entre modalidades contractuales. La Seguridad Social, en su boletín *Noticias RED* de 14 de enero de 2022, parecer resolverlo de un plumazo reconduciendo el tiempo parcial sobre base anual al terreno fijo-discontinuo (p.2). No tengo tan claro que esta solución ase haya de alcanzar de forma automática, aunque confieso mis límites para dar una solución segura a la cuestión –que, por lo demás, comparten otros comentaristas (Nogueira; 2022)–. Acaso pudiéramos pensar en diferenciar los casos en los que la prestación esté perfectamente delimitada de aquellos en los que no lo estuviera tanto. Los primeros estarían en el terreno del contrato a tiempo parcial; los segundos serían fijos-discontinuos. Pero ello contrasta con la voluntad explicitada de extraer este tipo de prestaciones de aquel ámbito. Por otro lado, si se sigue admitiendo la posibilidad de fijar contratos a tiempo parcial sobre base anual, la libertad contractual permite su combinación con prestaciones reducidas en términos semanales o diarios (Beltrán de Heredia, 2022, § 1.1.7). Sin embargo, ello no es fácil de cohonestar con la permanencia de la regla que exige que el convenio sectorial autorice la prestación a tiempo parcial en el contrato fijo-discontinuo. Aparece, en definitiva, un espacio de intersección entre las dos modalidades de perfiles bien confusos, aunque a mi juicio la permanencia del art. 12.1 ET ha de conducir a pensar que sigue siendo posible suscribir contratos a tiempo parcial sobre base anual.

2.3. *La forzada inclusión de la atención de contratas de obras o servicios*

Al margen este problema de deslinde, lo verdaderamente novedoso en el objeto del contrato fijo-discontinuo es la inclusión de la atención de contratas de obras o servicios. En este sentido, el segundo párrafo del nuevo art. 16.1. ET abre la posibilidad de que se concierte “para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”.

No hace falta ser un lince para advertir que la inclusión en el marco del contrato fijo-discontinuo de la variabilidad de la demanda para las empresas cuyo objeto principal es la prestación de servicios a otras empresas se relaciona con el cierre por acción de la STS 1137/2020, 29 diciembre, de la vía de flexibilidad de ingreso que se había venido utilizando con anterioridad: el contrato temporal de obra o servicio determinado. De hecho se trata de un lugar común entre los comentaristas (Nogueira, 2022; Vicente-Palacio, 2022). Otra cosa es la valoración que ello haya de suscitar. Desde luego, a corto plazo, cuando las normas de la reforma entren en vigor, producirá efectos espectaculares. Aunque no sea fácil saber cuantos de los contratos de obra vigentes se relacionan con este supuesto, cabe prever que sean muchos. De este modo, los resultados estadísticos de la reforma pueden ser extraordinarios. Sin embargo, la nueva previsión también implica consagrar que este tipo de necesidades de personal mantenga un tratamiento separado: aunque con disfraz de indefinido, sigue pensándose que son contratos especiales cuando, en rigor, la actividad que se atiende es precisamente la normal de la empresa.

Por otro lado, y adentrándonos ya en el análisis técnico de la nueva solución, creo que la inclusión de la atención de contratas en el terreno del contrato fijo-discontinuo es bastante forzada y ello produce ciertas anomalías en el conjunto del sistema. De entrada, resulta difícil saber dónde está el carácter “intermitente” en muchas de las actividades en las que se va a usar el contrato. Por ello, el nuevo art. 16.1.II ET sustituye este adjetivo por otro bien distinto, “previsible”. Pero entonces la nueva regla tiene un carácter constitutivo en relación con la del primer párrafo del precepto y, si se me apura, con la tradición previa ya que lo decisivo es que la ejecución de las contratas se enmarque en “la actividad ordinaria de la empresa” pues es entonces cuando aquellas resultan previsibles en el sentido que asigna el Diccionario a este término (“que puede ser previsto o entra dentro de las previsiones normales”). Se excluye seguramente la atención de un encargo extraordinario, que deberá atenderse, si es posible, mediante las figuras temporales establecidas en el art. 15 ET; y, si no lo es, a través de contratos indefinidos ordinarios.

Es interesante observar que no se establece una caracterización de las contratas desde la perspectiva de su duración. En muchas actividades en los que se ha utilizado el contrato de obra, las contratas que justificaban la contratación temporal tenían cierta duración. Y seguramente el legislador tiene ese modelo en la cabeza habida cuenta la regulación del plazo de espera de recolocación al que me referiré a continuación. Sin embargo, es posible concebir supuestos de microsubcontratación en los que también sería utilizable este tipo de contratación fijo-discontinua. Mi impresión es, en este sentido, que podría utilizarse en el marco del trabajo en plataformas como sucedáneo del todavía inexistente trabajo a llamada, a condición de que los encargos sean imputables a empresas y no a consumidores finales y puedan, por tanto, ser reconducidos a la noción de contrata.

En todo caso, el carácter “constitutivo” que corresponde a este supuesto de contrato fijo-discontinuo implica también que se establezca un régimen especial en relación con los supuestos de inactividad. De acuerdo con el nuevo art. 16.4 ET, “cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contratas, 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”. El plazo máximo de inactividad entre subcontratas

puede ser determinado por los convenios colectivos sectoriales, aunque “en defecto de previsión convencional, será de tres meses”. A su vencimiento, “la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”.

Obviamente, las “medidas” a las que se refiere el último inciso son bien regulaciones temporales de empleo, las “coyunturales”, o despidos objetivos o colectivo, las “definitivas”. Que se ofrezcan las dos parece razonable a la vista de los objetivos proclamados por la reforma. No parece fácil, sin embargo, que las primeras lleguen a concretarse en la práctica: es difícil pensar que una empresa pase de una situación de coste 0 a otra en la que tenga que abonar una parte de las cotizaciones, siquiera con las bonificaciones establecidas para los ERTE. Salvo en casos excepcionales, la salida natural a las dificultades de recolocación en una nueva contrata será el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por vía individual (art. 52.c] ET) o colectiva. Aunque se trata de una solución que encaja con los criterios interpretativos consolidados (cfr. STS 1021/2020, 18 noviembre, con cita de otras anteriores), no deja de contrastar con la que se ha arbitrado para el ahora llamado contrato indefinido adscrito a obra del sector de la construcción (disp. adic. 3ª Ley 32/2006, en su nueva redacción debida al art. 2 RDL 32/2021). Y ello tanto por lo que se refiere a los derechos de los trabajadores como a las obligaciones procedimentales y formativas de las empresas. Obviamente, una parte de la anomalía podría solventarse mediante la negociación colectiva sectorial. Habrá que estar atentos.

Por último, cabe la posibilidad de que la pérdida de contratas o concesiones esté contemplada en la negociación colectiva como supuesto de subrogación convencional. Desde mi punto de vista, la pérdida de sustantividad de sus efectos en relación con la subrogación legal lleva a pensar que, si está establecida, la relación fija-discontinua que pueda haberse establecido con la contratista saliente continuará en las mismas condiciones con la entrante. En este contexto, las reglas en materia de inactividad solo jugarán en caso de que no esté prevista o no se cumplan los requisitos establecidos en el convenio. Sin embargo, existen voces ya que han sostenido que en estos casos se abrirá al trabajador la opción de seguir en su contrato, a la espera de la recolocación, o pasar a la nueva contratista (García Ortega, 2022).

2.4. Contrato fijo-discontinuo y empresas de trabajo temporal

En una de las correcciones que el RDL contiene a la interpretación jurisprudencial de las reglas anteriores, el nuevo 16.1 ET, en su tercer párrafo, admite la posibilidad de que las ETT formalicen contratos de este carácter para la posterior cesión de las personas contratadas a las empresas usuarias. Aunque la STS 728/2020, de 30 julio, dictada en Sala General, había excluido que las ETT hicieran este tipo de contratos, ahora el legislador lo admite en los términos del art. 10.3 LETT.

Por su parte, este precepto queda modificado por la disp. final 1ª RDL 32/2021 que le añade un párrafo que es el que regula esta nueva posibilidad. En el nuevo art. 10.3 LETT el recurso al contrato fijo-discontinuo aparece únicamente como una técnica posible de organización de los recursos humanos por parte de la empresa de trabajo temporal, sin que se alteren las reglas que permiten a las empresas usuarias la utilización de ETT. Dicho llanamente, ninguno de los dos preceptos que se están comentando permite que las necesidades fijas-discontinuas existentes en una empresa puedan ser atendidas mediante la cesión por una ETT de un trabajador en misión. Que esto es así se desprende, de entrada, de que no se hayan modificado las reglas generales sobre “supuestos de utilización” (art. 6.2 LETT). Pero, sobre todo, del propio tenor literal del nuevo art. 10.3, 2º párrafo, LETT que delimita las “necesidades temporales” que puedan atenderse a través del contrato fijo discontinuo, por remisión a las reglas del art. 15 ET. Por eso, el nuevo precepto las vincula a “diversas empresas usuarias”.

Desde la perspectiva de la ETT, el contrato fijo-discontinuo parece funcionar de manera similar al que celebra una empresa para atender necesidades de contrataciones o concesiones. No hace falta, pues, que exista un programa previo para la prestación del trabajador contratado: el art. 10.3 ETT no exige siquiera que las necesidades temporales de diversas empresas usuarias sean previsibles. Entre encargo y encargo de puesta a disposición por parte de sus empresas clientes, aparecen períodos de no prestación. En palabras del art. 10.3, 2º párrafo, LETT, si se recurre a esta modalidad coinciden “los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos”. Mas, si esto es así, sorprende que no se haya establecido un plazo máximo para la interrupción de la actividad en la línea del previsto en el nuevo art. 16.4 ET. Quizá podamos entender que resulta aplicable por analogía. En todo caso, en este contexto, 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–.

Por lo demás, llama la atención la regla del último inciso, en cuya virtud, “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” que, asimismo, podrán “fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad”. Esta remisión a la negociación en el ámbito de las empresas de trabajo temporal podría sorprender a la vista de las previsiones del art. 11.1 LETT. Pero probablemente sea razonable pues solo la negociación en este marco puede comprender las necesidades organizativas de las ETT y atender las correspondientes especialidades.

3. La relación laboral fija-discontinua y su régimen jurídico

3.1. La constitución del contrato fijo-discontinuo: aspectos problemáticos

Entrando ya en el régimen jurídico de la relación laboral fija-discontinua, hay que considerar ante todo su constitución. En términos formales, el nuevo art. 16.2 ET no se limita a imponer la forma escrita sino que, como se ha indicado de pasada, establece un contenido mínimo de la obligación documental puesto que “deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”.

La remisión a la regla del art. 8.2 ET permite concluir que se trata de una exigencia declarativa. De este modo, la falta de documentación del contrato no impide que pueda válidamente nacer al derecho conforme a las reglas. Lógicamente, la aplicación literal de este precepto conduce sin más a considerarlo indefinido y a jornada completa. Cabrá la prueba del carácter discontinuo, pero le corresponderá al empleador interesado en ella; y, dependiendo de la actividad de que se trate, puede no ser fácil: cabrá aceptarla en los casos de necesidades empresariales vinculadas a estaciones o temporadas, pero será mucho más complejo hacerlo cuando el carácter fijo-discontinuo se relacione con otras circunstancias de la planificación empresarial menos objetivables.

Por otro lado, se ha mantenido la regla tradicional en cuya virtud 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” (nuevo art. 16.5, segundo párrafo). Se conserva incluso la literalidad de la previsión contenida antes de la reforma en el primer inciso del art. 16.4 ET. Acaso no se ha tenido en cuenta suficientemente la sustancial ampliación del ámbito de operaciones del contrato y, con ello, puede haberse creado un factor de rigidez poco práctico. Hasta la fecha, esta restricción podía ser razonable al quedar reservada al trabajo fijo-

discontinuo tradicional que seguramente se prestaba en jornadas diarias completas, por su vinculación directa con la estacionalidad en el sector primario. La razonabilidad de proyectarla sobre los trabajadores fijos-periódicos es mucho menor; y desaparece completamente cuando el contrato fijo-discontinuo se utiliza para atender contrataciones, en las que puede ser necesaria la prestación a tiempo parcial –incluso como consecuencia de las subrogaciones convencionales de esta naturaleza que se permiten en muchos sectores–.

En otro orden de consideraciones, no es seguro que la nueva regulación del contrato permita cerrar la polémica sobre si los contratos fijos-discontinuos nacen o se hacen como consecuencia de la reiteración de la prestación (Sala, López Terrada, Todolí, 2015, p. 127). Desde luego, varias de las novedades que introduce el RDL 32/2021 en el Estatuto se mueven en la primera dirección. Me refiero, por un lado, a la previsión del último inciso del art. 15.2, primer párrafo, ET. Al excluir que “los supuestos incluidos en el artículo 16.1” puedan justificar el contrato de duración determinada por circunstancias de la producción, se apunta hacia la necesidad de que, frente a las necesidades que tienen cabida en el contrato fijo-discontinuo, solo pueda utilizarse esta modalidad. Por otro, es también muy significativa la desaparición de la regla del anterior art. 16.4 ET que permitía a los convenios colectivos de ámbito sectorial acordar, entre otras cosas, “los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos”. La idea de que los contratos temporales eran aplicables respecto de las actividades estacionales venía confirmada igualmente por el anterior art. 15.1.b) ET, en la medida en que permitía modificar “la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir”. El TS había relativizado el alcance de la primera (sentencias 908/2016, 26 octubre, y 135/2018, 13 febrero); y ahora, desaparecen las dos. Ello permitiría quizá entender que la contratación para una actividad en la que puedan reconocerse los supuestos de utilización del contrato fijo-discontinuo ha de ser considerada como tal, sin necesidad de que se produzca la reiteración en un segundo momento.

Sin embargo, no estoy completamente seguro de esta conclusión. Aparte de que resultará complicado aplicarla en el nuevo horizonte en el que el contrato se extiende más allá de las actividades de temporada, continúan existiendo necesidades que tienen claramente esta naturaleza para las que se abre la puerta de la temporalidad: me refiero a la atención de las vacaciones de la plantilla, que sorprendentemente viene considerada de forma expresa, en contra de la interpretación jurisprudencial que se había consolidado antes de la reforma (cfr., entre otras, SSTs 745/2019, 30 octubre, y 983/2020, 10 noviembre), entre “las oscilaciones que generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere” (nuevo art. 15.2 segundo párrafo, ET); y lo mismo cabe decir de los 90 días en los que se pueden hacer contratos cortos por circunstancias de la producción en situaciones previsibles (cuarto párrafo).

3.2. La regulación del llamamiento

El llamamiento es, por supuesto, un elemento central de la regulación de la relación fija-discontinua. Aunque probablemente no sea necesario en todos los casos, no se establece ninguna excepción a la necesidad de realizarlo en razón a las características de la vinculación.

En todo caso, dentro de la intención declarada en el preámbulo de asegurar “la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los períodos de actividad en el contrato de trabajo”, el nuevo art. 16.3 ET establece específicos requisitos formales para su realización. Si, con anterioridad, el ET remitía la “forma” del llamamiento a lo establecido en el contrato de acuerdo con las previsiones del convenio aplicable,

ahora se establece un régimen mínimo legal puesto que “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”. De todos modos, es bien aconsejable que los convenios desarrollen estas para evitar los problemas que pueden derivar de la integración de los conceptos indeterminados que utiliza el precepto. No es de menor importancia, en este sentido, saber qué se ha de entender por “antelación adecuada”, no siendo fácil integrar el concepto por analogía. Podríamos desde luego pensar en la extensión de la regla del art. 12.5.d) ET (preaviso de tres días establecido para las horas complementarias). Pero ello puede ser adecuado en ciertos casos y no en otros en función de la duración de los tiempos de actividad e inactividad en cada contrato. No se resuelve, por otro lado, qué pasa si no se respetan las reglas en materia de forma del llamamiento. No existe un tratamiento específico en la LISOS por lo que habrá que pensar que se ha de resolver en el terreno estrictamente contractual, acaso mediante la extensión analógica del art. 12.5.f) ET.

En los casos en los que la reiteración de períodos de actividad tiene componentes aleatorios en cuanto a la cantidad de trabajo o a su duración, los criterios de ordenación del llamamiento son esenciales para ordenar las expectativas de quienes integran el colectivo fijo-discontinuo. Pese a este carácter clave, el nuevo art. 16.3 ET continúa sin establecer criterios de carácter supletorio. Ello no obstante, contiene algunas importantes novedades sobre la redacción anterior. De entrada, ya no son solo los convenios colectivos los encargados de fijarlos; es posible también que, en su defecto, sean fijados también por acuerdo de empresa. Por supuesto, a falta de uno u otro, habrá que pensar en la aplicación de la costumbre –que estará muy presente en algunos ámbitos más tradicionales de trabajo fijo-discontinuo–. Mas si esto es así, habrá que pensar igualmente en la posibilidad de que los contratos individuales fijen pactos respecto al funcionamiento al llamamiento, incluso diferentes a los que resulten de la costumbre (arg. *ex art.* 3.4 ET). En todo caso, incluso en este supuesto, el intento de incrementar la transparencia en el funcionamiento de la modalidad contractual hace que resulten de aplicación determinados límites puesto que los criterios de llamamiento deben ser “objetivos y formales”. Conviene, en fin, advertir que el nuevo segundo párrafo del art. 16.3 ET prevé que la empresa traslade anualmente a la representación legal “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”.

Por otro lado, como he apuntado más arriba, el nuevo art. 16.3 ET abre espacios a la negociación colectiva sectorial que podrá “establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras, cuando este coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento”. En línea con lo que he indicado, diría que esta remisión no puede interpretarse como una reserva absoluta de contenidos para la negociación sectorial pues ello contravendría la lógica de la norma mínima. Habrá que pensar, por tanto, que, a falta de estipulaciones en el convenio sectorial, convenios o acuerdos de empresa podrán afrontar estas cuestiones que miran a mejorar la situación de los fijos-discontinuos. Otra cosa es que, existiendo una regulación sectorial, las posibilidades del convenio de empresa queden limitadas en los términos del art. 84.2.d) ET.

El precepto afronta, por último, los efectos del incumplimiento del llamamiento. La nueva redacción del tercer párrafo del art. 16.3 ET presenta, de entrada, dos diferencias en relación con la norma precedente, el art. 16.2 ET. De una parte, frente a la redacción anterior que reenviaba directamente al “procedimiento de despido”, la nueva alude, en plural, al ejercicio por las personas fijas-discontinuas de “las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento”. Seguramente, esta diferencia debe interpretarse en el sentido de que en torno al correcto desarrollo del llamamiento es posible ejercer acciones diferentes a la de despido. En este sen-

tido, por ejemplo, STS 25/2019, 15 enero, ya había reenviado al proceso ordinario la reclamación de cantidad derivada de no haberse prestado suficientes horas en un contexto en el que el convenio las garantizaba. Cabe pensar, igualmente, en el ejercicio de acciones colectivas en relación con otros aspectos. Lo que no parece es que implique una corrección de la doctrina jurisprudencial que excluye la posibilidad de reaccionar mediante la acción resolutoria del art. 50 ET por falta de ocupación efectiva, en lugar de a través del procedimiento de despido (STS 691/2018, 28 junio). De otra, si en la redacción anterior el *dies a quo* para el cómputo de prescripción o caducidad era “el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria”, en la introducida por el RDL 32/2021 se abre una alternativa “desde el momento de la falta de este (el llamamiento) o desde el momento en que la conociesen”. Ello se relaciona seguramente con las diferentes situaciones de trabajo-discontinuo que derivan de la ampliación del ámbito del contrato que ya ha sido examinada.

Lo que sigue sin resolverse expresamente es la tradicional cuestión del tratamiento procedimental de la falta de llamamiento, si se precisa en definitiva recurrir a los procedimientos de regulación temporal de empleo en caso de que un determinado período de actividad no pueda comenzar o, en atención a las circunstancias, no permita dar ocupación a la totalidad del colectivo. Seguramente se ha considerado que no hacía falta intervenir en este punto, aunque, tratándose de cuestión de tanta importancia, no es seguro que los criterios que resultan de la aplicación judicial sean lo suficientemente claros. En efecto, existe varios pronunciamientos que presuponen que la falta de llamamiento, cuando se debe al normal desarrollo de las previsiones del contrato, no requiere una formalización especial. En este sentido, las STS 23 y 24 abril 2012, recs. 3106/2011 y 3340/2011, han excluido que la falta de llamamiento por no haber suficiente trabajo constituya despido ni que, por tanto, deba hacerse formalmente mediante el oportuno procedimiento. Del mismo modo, el llamamiento paulatino, siempre que sea conforme a derecho, tampoco lo es (arg. ex STS 997/2017, 13 diciembre); y lo mismo cabe decir con el cese por finalización de la temporada (SSTS 942/2018, 31 octubre, y 974/2018, 22 noviembre). Pero, junto a estos pronunciamientos, existen sentencias que se mueven en la línea de entender que la falta de llamamiento, cuando está relacionada con causas empresariales, puede dar lugar a despido colectivo (entre otras, STS 296/2019, 9 abril, 214/2020, 10 marzo).

Desde mi punto de vista, aparte la lógica del sistema, en la reforma 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. Obsérvese en este sentido en 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 situación.

3.3. *Garantías del trabajo fijo-discontinuo*

La Exposición de Motivos evoca la mejora de las condiciones de los fijos-discontinuos en un doble sentido. El primero de ellos se relaciona con el establecimiento de “un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato”. En cuanto al segundo, se alude a que la “nueva regulación asegura, además, la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los períodos de actividad en el contrato de trabajo, otorgando un papel fundamental a la negociación colectiva, entre otros, en relación con régimen de llamamiento o la formación y mejora de empleabilidad de las personas fijas discontinuas durante los periodos de inactividad”.

3.3.1. Principio de igualdad de trato

La primera de estas ideas se concreta en el nuevo art. 16.6 ET que contiene dos reglas diferentes, aunque inspiradas en la misma lógica. La primera mira a garantizar la identidad de tratamiento en relación con “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”.

El establecimiento de esta regla es interesante en la medida en que por su carácter de indefinidos –y, ahora, por su exclusión del ámbito del contrato a tiempo parcial– podrían no estar cubiertos por las establecidas en las Directivas. Ello no obstante, su potencial innovador parece limitado. Por lo que he podido ver, nuestros tribunales se han movido en esta línea con anterioridad. En este sentido, cabe traer a colación la STS 669/2016, 14 julio –necesidad de dar de alta y cotizar, aunque el trabajador se encuentre en IT cuando corresponde el llamamiento–; y más recientemente la STS 936/2020, 22 octubre, sobre días complementarios de vacaciones en los casos en que, por necesidades del servicio, estas no pueden disfrutarse en el período veraniego por las dificultades de conciliación familiar –sin perjuicio de aplicar el criterio de proporcionalidad–.

Más novedosa parece la previsión del segundo párrafo que podría suscitar alguna duda en relación con la doctrina del TS. Se establecen criterios sobre el cálculo de la antigüedad, fijando una regla y su excepción: “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, 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”.

Por lo que se refiere al cálculo de los complementos salariales por antigüedad, la doctrina inicial del TS había indicado que para el devengo de trienios solo se consideraban períodos de actividad (cfr. STS 29/2018, 18 enero, seguida, entre otras, por SSTS 241/2018, 1 de marzo, o 164/2019, 5 marzo). Sin embargo, con posterioridad, el ATJUE 15 octubre 2019, C-439/18 y C-472/18, forzó un cambio interpretativo por imperativo del principio de igualdad, con base tanto en el Acuerdo Marco sobre Trabajo a Tiempo Parcial (Directiva 97/81/CE) como en la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Las sentencias más recientes (cfr. SSTS 210/2021, 1 febrero, 471/2021, 4 mayo, o 1002/2021, 13 octubre). Sin embargo, en relación con el cálculo de la indemnización por despido, el TS ha sostenido, incluso después de la intervención del TJUE, una solución diferente. En este sentido, la STS 730/2020, de 30 julio, seguramente para evitar la desproporción que se produciría de computar la totalidad de la relación si ello se proyecta sobre el salario del último mes trabajado, como se ha venido haciendo, ha decidido continuar considerando únicamente los períodos de actividad.

La incidencia de la nueva regla sobre este último aspecto es dudosa. Cabría, en una primera aproximación, entender que que la regla introducida por el RDL 32/2021 obliga a cambiar el sistema de cálculo de la indemnización, tomando en consideración la totalidad de la duración de la relación y no solo los períodos efectivamente trabajados. La necesaria proporción de la indemnización se mantendría en esta primera hipótesis considerando como base para el cálculo, no el salario del último mes trabajado sino el promedio mensual de las retribuciones del último año. Sin embargo, lo más probable es que estemos ante una de las excepciones que requieren un tratamiento distinto como los que autoriza el precepto “en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”. Este es el criterio que han expresados varios de los comentarios del nuevo precepto (Beltrán de Heredia, 2022 § 1.18; García Ortega, 2022; Nogueira, 2022). Pero también es posible sostener que la regla introducida por el RDL 32/2021 obliga

a cambiar el sistema de cálculo de la indemnización, tomando en consideración la totalidad de la duración de la relación y no solo los períodos efectivamente trabajados. La necesaria proporción de la indemnización se mantendría en esta segunda hipótesis considerando como base para el cálculo, no el salario del último mes trabajado sino el promedio mensual de las retribuciones del último año. Es claro, en fin, que, en todo caso, los salarios de trámite, de existir, solo llegarán hasta el momento en que hubiera acabado la actividad (entre otras, SSTS 4 abril 2011, rec. 2175/2010, 24 septiembre 2012, rec. 2821/2011, y 2 julio 2013, rec. 2597/2012).

3.3.2. Mejora de la empleabilidad

Por lo que se refiere a la mejora de la empleabilidad de los trabajadores fijos-discontinuos, hay que llamar la atención, en primer lugar, sobre el derecho a la información sobre vacantes de carácter fijo ordinario establecido en el nuevo art. 16.7 ET. Este precepto, en paralelo con los derechos similares existentes en ET para trabajadores a tiempo parcial [art. 12.4.d) ET] y temporales (art. 15.7 ET), previene 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”. En esta misma línea se modifica el art. 6.5 LISOS para añadir el art. 16.7 ET en la infracción leve que se tipifica en aquel.

Por otro lado, el RDL 32/2021 aspira a que los períodos de inactividad se aprovechen para mejorar la situación laboral de las personas contratadas a través de esta modalidad. De entrada, conforme al nuevo art. 16.8 ET, “tendrán 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”. Dado que la posibilidad de participación de este colectivo en la formación programada por las empresas ya estaba prevista (art. 9.1 Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral; art. 5.1.a) RD 694/2017 3 julio, que la desarrolla), el énfasis en ella al ser considerado “prioritario” es una llamada de atención a los organizadores de las diferentes modalidades de formación.

Esta idea se reitera, por lo demás, en la regulación de la “bolsa sectorial de empleo” que los convenios sectoriales pueden constituir “con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua” durante los períodos de inactividad. Se trata de favorecer el agotamiento de las posibilidades existentes en el sector para mantener la ocupación del colectivo fijo-discontinuo. Pero habrá que ver cómo funciona habida cuenta las restricciones de la contratación temporal y, sobre todo, la evolución interpretativa que ha cerrado la puerta a la posibilidad, anteriormente admitida, de realizar varias campañas diferentes para una misma empresa (SSTS 29 junio y 15 julio 2010, recs. 3839/2009 y 2207/2009, y más recientemente 951/2020, 28 octubre).

3.4. Posibles correcciones de la protección social de los trabajadores fijos-discontinuos

Conviene notar, por último, que la revisión de las normas aplicables como consecuencia de la reforma laboral afecta también a la protección social de las personas trabajadoras fijas-discontinuas. A este tema se dedica la disp. final 6ª RDL 32/2021 que encomienda al Gobierno la regulación “en el marco de la reforma del nivel asistencial por desempleo, las modificaciones necesarias para

mejorar la protección del colectivo de fijos-discontinuos, permitiéndoles el acceso a los subsidios por desempleo, en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social protegidos por la contingencia de desempleo”.

Dado que, conforme al art. 277.4 LGSS, pueden acceder con normalidad a los subsidios por desempleo tanto en los casos de agotamiento de prestación contributiva [art. 274.1, letras a) y b), LGSS] como si no accedieron a ella por defectos en la cotización (art. 274.3 LGSS), la equiparación de los fijos-discontinuos que se prevé en el nuevo precepto se refiere bien a la limitación de la cotización que se considera a efectos de calcular la duración del subsidio –que es “equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud”– y a la exclusión del acceso al subsidio para mayores de 52 años “mientras mantengan dicha condición”.

Diría, en todo caso, que las cuestiones en materia de protección social de este tipo de trabajadores no se agotan en relación con los subsidios del nivel asistencial del desempleo. Hemos visto recientemente como, en función del sistema de cotización que la empresa aplique, pueden referirse también al acceso al nivel contributivo. Si a pesar de la reiteración, la empresa ha aplicado las reglas de cotización del art. 65.3 del Reglamento General de Cotización, una trabajadora que presta servicios todos los años desde el 1 o el 2 de junio hasta completar las horas pactadas, incluyendo las complementarias, no puede acceder a las prestaciones contributivas (cfr. STS 646/2021, 23 junio). A la vista del incremento de los problemas de superposición entre contratación fija-discontinua y a tiempo parcial a los que me he referido más arriba, creo que no estaría de más clarificar este tipo de cuestiones en una norma de rango adecuado –y no en el boletín de *Noticias RED*–.

Referencias bibliográficas

- BELTRÁN DE HEREDIA, I., “El contrato fijo-discontinuo y los contratos temporales”, <https://ignasilbeltran.com/los-contratos-temporales-laborales/#%C3%ADndice> (acceso 24 enero 2022).
- 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.pdf> (acceso 17.01.2022)
- GOERLICH PESET, J.M., “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga conclusión?”, *Temas Laborales* 61/2001, pp. 125 ss.
- NOGUEIRA, M., “En búsqueda de la estabilidad perdida: la reforma de los fijos discontinuos y del contrato “fijo” de obra en el sector de la construcción”, *Almacén de Derecho*, 10 enero 2022.
- SALA, T., LÓPEZ TERRADA, E. y TODOLÍ, A., *Jurisprudencia social a debate*, València (Tirant), 2015.
- VICENTE-PALACIO, A., “Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/obituario-arantcha.pdf> (acceso 17.01.2022).