

El contrato fijo discontinuo: nuevo tratamiento legal y convencional y primeros problemas de aplicación práctica

Mercedes López Balaguer

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universitat de València

The discontinuous permanent contract: new legal and conventional treatment and first problems of practical application

SUMARIO:

1. EL NUEVO MODELO DE TRABAJO FIJO DISCONTINUO EN EL RDL 32/2021. 2. EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO Y SUS DIFERENTES MODALIDADES. 2.1. El contrato fijo discontinuo para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada. 2.2. El contrato fijo discontinuo para la realización de trabajos no estacionales de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. 2.3. El contrato fijo discontinuo para el desarrollo de trabajos vinculados a la ejecución de las contrataciones: el "derecho de recolocación" del trabajador. 2.4. El contrato fijo discontinuo para la contratación de personal en misión por parte de las ETT. 3. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO. 3.1. Forma y contenido del contrato. 3.2. El llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos y su regulación en la negociación colectiva. 3.3. Forma escrita y notificación del llamamiento. 3.4. El deber de informar a la representación legal de las personas trabajadoras y a las personas fijas discontinuas. 3.5. Incumplimiento de las reglas de llamamiento. 3.6. El trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial: el papel del convenio en su regulación. 3.7. Otras materias que podrán negociarse en el ámbito convencional sectorial. 4. DERECHOS DE LAS PERSONAS FIJAS DISCONTINUAS. 4.1. Ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas. 4.2. Antigüedad y otras condiciones de trabajo: parámetro temporal para el cálculo de la indemnización por despido. 4.3. Prioridad para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional. 5. A modo de conclusión.

RESUMEN: El artículo analiza con un planteamiento crítico la configuración legal del contrato fijo discontinuo, revisando los nuevos supuestos, las nuevas reglas de forma y contenido del contrato y los derechos que se reconocen a los trabajadores fijos discontinuos. El estudio además se extiende al ámbito de la negociación colectiva que resulta determinante en este modelo contractual.

Palabras clave: contrato fijo discontinuo; llamamiento; tiempo parcial; negociación colectiva

ABSTRACT: The article analyzes with a critical approach the legal configuration of the discontinuous permanent contract, reviewing the new assumptions, the new rules of form and content of the contract and the rights that are recognized to discontinuous permanent workers. The study also extends to the field of collective bargaining that is decisive in this contractual model.

Keyword: discontinuous permanent contract; call; part time; collective bargaining

“Los contratos de trabajo fijos discontinuos son contratos de duración indefinida. Existe un solo contrato y sucesivos llamamientos, de suerte que la ejecución del contrato se interrumpe a la conclusión de cada período de actividad, no trabajando y no cobrando salario alguno. Por ello, el hecho de que la relación laboral simplemente se interrumpa supone, no obstante, que durante el período de inactividad dicha relación subsiste, sin extinguirse ni suspenderse. De esta forma, como pone de relieve la doctrina científica, el derecho de llamamiento instituye a favor de los trabajadores un derecho pleno, actual y no condicional para ser ocupados cada vez que los trabajos fijos y que forman parte del volumen normal de actividad de la empresa se lleven a cabo, aunque siguiendo un orden preestablecido para el caso de que no fuera posible el llamamiento simultáneo, porque la actividad requiera una inicial fase de puesta en marcha. Por la misma razón, del lado empresarial, el deber de llamamiento consiste en una obligación de hacer que materializa el deber de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores”.

**STS de 14 de julio de 2016, rec. 325/2016
—Magistrado Ponente: Angel BLASCO PELLICER—**

Se presenta en las páginas que siguen un estudio sobre el nuevo contrato fijo discontinuo. Y se inicia el trabajo con la cita jurisprudencial precedente porque, aunque, por una parte, esta modalidad contractual no es para nada nueva en nuestro Ordenamiento jurídico-Laboral¹ y, por otra, se puede seguir sosteniendo que la naturaleza jurídica del vínculo fijo discontinuo es la descrita en la sentencia citada, lo cierto es

1 Encontramos en la doctrina científica obras clásicas de referencia en materia de trabajo fijo discontinuo, entre otras: GARCÍA ORTEGA, J.: *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Barcelona, Bosch, 1990; TÁRRAGA POVEDA, J.: *Los fijos discontinuos y el derecho del trabajo*, Barcelona, PPU, 1991; YANINI BAEZA, J.: *La contratación para trabajos fijos discontinuos*, Madrid, McGraw Hill, 1998; VALVERDE ASENSIO, A.J.: *La determinación del periodo de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

que la reforma operada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre ha supuesto sin duda alguna una reconfiguración jurídica de este contrato.

No obstante, esa reconfiguración no ha sido, por decirlo de algún modo, completa, dado que son numerosas las cuestiones que la nueva regulación deja en el aire. Parece pues que hoy, como antes, la inseguridad es una característica del fijo discontinuo, dado que, si nos retrotraemos al análisis de esta figura lo largo del tiempo, podemos comprobar que la falta de seguridad jurídica no ha sido ajena a la evolución de este tipo de contrato que, como se ha puesto de manifiesto², ha sido “tortuosa” y se ha caracterizado por “las deficiencias técnicas y la confusión”.

En todo caso, en relación con la reciente reforma, hay que apuntar que la razón de que la inseguridad jurídica sea de nuevo una característica de este modelo contractual quizá debe buscarse en el contexto en el que la misma se acomete, dado que, como es de sobra conocido, se trata de una reforma laboral fruto del consenso. En efecto, un elemento que singulariza la reforma laboral del año 2021 es que la misma es el resultado del diálogo mantenido por los agentes sociales —CC.OO. y UGT, del lado sindical; y CEOE y CEPYME, del lado empresarial— con el Gobierno. Se trata, por tanto, de cambios pactados tras un largo proceso negociador mantenido por todas las partes interesadas. Como es bien sabido, es poco frecuente que se logren este tipo de consensos en reformas laborales estructurales, razón por la cual, creo que debe valorarse positivamente. Ahora bien, en un proceso de negociación existen posiciones encontradas por parte los sujetos que intervienen en el mismo y el éxito pasa siempre por tratar de aproximar los planteamientos iniciales hasta encontrar puntos de encuentro. Ello implica, qué duda cabe, que se efectúen concesiones por ambas partes, pero también que el producto final sea equilibrado respecto a los intereses propios de cada colectivo. Todo ello se traduce en una menor hostilidad a los cambios introducidos, en definitiva, una menor conflictividad social. Ahora bien, siendo esto incuestionable, es lo cierto que, como contrapartida, el buscar soluciones satisfactorias para todos los intereses en juego puede propiciar bien que las medidas implementadas no sean todo lo incisivas que se requiere, restándoles efectividad; o bien, que la formulación del régimen jurídico de las medidas finalmente acordadas resulte en ocasiones ambiguo y, en consecuencia, de difícil aplicación práctica.

Esto último es, creo, lo que ha ocurrido por lo que se refiere al régimen jurídico del contrato fijo discontinuo —y, también del modificado art. 15 ET respecto de los contratos temporales—. Así, como vamos a comprobar en las páginas que siguen, el marco regulador del nuevo modelo contractual adolece de falta de seguridad jurídica. Y ello se manifiesta al revisar desde la delimitación del propio ámbito aplicativo del modelo fijo discontinuo —por ejemplo, respecto de su alcance en relación con las necesidades “intermitentes” o con el nuevo contrato por circunstancias de la produc-

2 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021”, *Temas Laborales*, núm. 161/2022, p. 225.

ción cuando estas sean ocasionales y previsibles—; pasando por la imprecisa regulación de los nuevos supuestos vinculados a contratas y ETT; hasta las previsiones sobre el régimen jurídico del contrato —respecto, por ejemplo, de la falta de regulación de una figura tan esencial en este como la del llamamiento—.

Esto está llevando a una importante conflictividad práctica, lo que hace que los Tribunales tengan que abordar una intensa tarea interpretativa —o, por decirlo de otro modo, de cobertura de vacíos— para aportar soluciones, primero, en aquellos aspectos en los que no es clara la nueva regulación; en segundo lugar, en aquellos supuestos en los que la llamada a la negociación colectiva no es atendida y la norma legal no aporta contenido supletorio alguno; o, en fin, en aquellos casos en los que la negociación colectiva se exceda en su función reguladora contraviniendo las previsiones legales imperativas.

Así pues, la finalidad del estudio que ahora se presenta pretende aportar las primeras interpretaciones que tanto la doctrina como, sobre todo, los Tribunales comienzan a hacer respecto de las dudas aplicativas de la nueva normativa. Es más, se presenta también un análisis de la reciente negociación colectiva en materia de contratación fija discontinua³, lo que resulta esencial, visto el importante papel que los convenios colectivos van a desempeñar en la configuración del propio régimen jurídico del contrato de trabajo fijo discontinuo y en la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores⁴.

1. EL NUEVO MODELO DE TRABAJO FIJO DISCONTINUO EN EL RDL 32/2021

Como acabo de señalar, la nueva versión del art. 16 ET tras la aprobación del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, implica, más allá de lo que podría considerarse una reforma del contrato fijo discontinuo, la regulación de un nuevo modelo de contrato y es esta una impresión unánime en la doctrina⁵.

- 3 Para completar el análisis normativo se han revisado en el REGCON los convenios publicados desde enero de 2022 hasta abril de 2023 en los que se incluyen referencias al régimen jurídico del contrato fijo discontinuo.
- 4 En este sentido, como señala GOERLICH PESET, J.M.: “Externalización y contratación laboral: nuevos perfiles del contrato fijo discontinuo”, en AAVV, *Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Homenaje al profesor Santiago González Ortega*, CARL, 2022, p. 95, “la nueva norma deja puntos oscuros que solo podrán cerrarse por acción de la interpretación judicial o, mejor todavía, si la negociación colectiva asume funciones normativas para su adaptación a las diferentes realidades sectoriales. En este sentido, el nuevo art. 16 ET abre muchas posibilidades a los convenios colectivos en relación con el desarrollo del contrato. Si se animan a seguir las diferentes vías que se les abren, el desarrollo de la contratación fija discontinua en el ámbito de las actividades externalizadas constituirá un mecanismo de mejora sustancial de la situación de los trabajadores”.
- 5 En este sentido, entre otros, GOERLICH PESET, J.M.: “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, 2022, Vol.3, Monográfico sobre la reforma laboral 2021, p.60; GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2>, pp. 1-2; GORELLI

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

De otro lado, la segunda finalidad se concreta en la extensión del ámbito aplicativo del contrato fijo discontinuo, ya que se configuran dos nuevos supuestos en los que se va a permitir el recurso a este contrato: los trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa; y, la cesión de mano de obra a través de ETT.

Con la inclusión de estos dos supuestos cambia por completo no solo el concepto de trabajo fijo discontinuo tal y como hasta ahora lo hemos venido utilizando, sino el ámbito de aplicación del contrato fijo discontinuo —y, yendo más allá, la modificación de su propia naturaleza jurídica—. De alguna manera, se puede considerar que la decisión del legislador ha sido encauzar por la vía del contrato fijo discontinuo el empleo que antes era temporal. Así, tal y como se ha puesto de manifiesto, este nuevo modelo “es una herramienta fundamental para reconducir al carácter indefinido los contratos temporales sin causa”⁶. De ahí que pueda afirmarse que el ambicioso planteamiento relativo al cambio de la cultura de la temporalidad de nuestras relaciones laborales, que se apunta como objetivo primordial de la reforma de 2021 en materia de contratación temporal, se pretende alcanzar esencialmente con la reconfiguración del contrato fijo discontinuo⁷.

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

HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras...”, *op. cit.*, p. 218; y, BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021 más allá de la crónica*, Madrid, MTEC, 2022, p. 85.

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

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

ello la estabilidad en el empleo de los trabajadores es relativa desde la perspectiva de la garantía de un trabajo que equivalga a seguridad laboral y económica.

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

Además, las primeras cifras de empleo conocidas tras la entrada en vigor del nuevo art. 16 ET vinieron a confirmar que la utilización del contrato fijo discontinuo —y también del contrato por tiempo indefinido ordinario— ha crecido de manera importante en nuestro país. En efecto, en términos acumulados, los contratos indefinidos a tiempo completo alcanzaron de enero a octubre de 2022 un total de 2.534.409, un aumento de 1.527.262 (151,64%) que en igual periodo del año 2021. Los contratos indefinidos a tiempo parcial suponen un total de 1.484.660, registrando un aumento de 1.047.402 (239,54%) con relación al mismo periodo del año anterior. Si nos centramos en los fijos discontinuos, el resultado es absolutamente revelador: entre enero y octubre de 2022 se firmaron un total de 1.928.701 contratos, lo que supone una variación del 811% sobre el mismo período de 2021 —211.721—⁸.

Por ello, aun teniendo en cuenta que es pronto para valorar el impacto de la reforma, el objetivo de incentivar el recurso al empleo fijo, tanto ordinario como discontinuo, parece que se está cumpliendo⁹.

8 Datos Registro SEPE octubre 2022.

9 Analizando los datos de la EPA de 2022 —primer y segundo trimestre— en comparación con los anteriores, señala GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P: "La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: primer avance", <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Brief-datos-reforma.pdf>, que el incremento de la utilización del contrato fijo discontinuo en los primeros meses de 2022 es innegable: de enero a mayo se han registrado 598.021 contratos iniciales de este tipo, lo que supone multiplicar por siete el mejor registro en esos meses; si nos fijamos sólo en los meses en los que entra plenamente en vigor la reforma en materia de contratación (abril y mayo), se han firmado en 2022 diez veces más contratos fijos discontinuos que en el mejor registro existente en el periodo analizado (43.992 en el año 2019). Por otra parte, respecto de la contratación indefinida ordinaria, destaca el profesor GIMENO, que los 773.522 contratos indefinidos a tiempo completo registrados en los meses de enero a mayo suponen un crecimiento del 187%, es decir casi se han triplicado respecto a 2021 y mejoran ampliamente cualquier dato de la serie; y, en mayor medida aún crecen los contratos indefinidos a tiempo parcial, que alcanzan la cifra de 441.547, cuatro veces más que en los mismos meses de 2021. Para PÉREZ DEL PRADO, D.: "La reforma laboral 2021: primeros datos". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. n.º 3 (2022), pp. 98-99, si hay una modalidad protagonista en la reforma laboral 2021, esta es sin lugar a duda el contrato de fijos discontinuos; de hecho, destaca que, aunque en términos absolutos la contratación fija

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

2. EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO Y SUS DIFERENTES MODALIDADES

La nueva regulación del contrato fijo discontinuo se plantea en el art. 16.1 ET a partir de la previsión de una única modalidad contractual pero que puede utilizarse en las empresas para la cobertura de muy diferentes necesidades de mano de obra¹⁰: en primer lugar, para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada; en segundo lugar, para la realización de trabajos de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados; en tercer lugar, para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativa que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa; y, finalmente, para la contratación de personal para cesión en las ETT¹¹.

En todos estos casos será pues posible que la finalización del periodo de actividad —que se configura de manera distinta en cada uno de ellos— implique no la extinción del contrato, sino la interrupción del periodo de ejecución del trabajo. Con ello, el trabajador pasará a situación legal de desempleo —art. 267.2.d) LGSS— percibiendo, en su caso, la prestación¹².

discontinua sea una pequeña porción del conjunto de la contratación fija, en términos relativos avanza a una velocidad mucho mayor que aquella desde que se aprobó la reforma, incluso si se tiene en cuenta que la ordinaria ha avanzado significativamente. Respecto de la EPA del tercer trimestre de 2022, RODRÍGUEZ, F. e IZQUIERDO, M.: señalan en el Boletín Noticias Económicas 4/2022 del Banco de España, que, por tipo de contrato, los trabajadores con contrato indefinido crecieron un 11 % en términos interanuales; destacando el avance del 56,9 % de los contratos fijos discontinuos.

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

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

12 Véase ROQUETA BUJ.: R.: “La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos y fijos periódicos”, RTSS (CEF), núm. 398, 2016.

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

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

Con esta inclusión en un régimen jurídico común se acaba con la disparidad de regulaciones para trabajos que, siendo de carácter fijo discontinuo, solo se diferenciaban por la certeza o incerteza de sus fechas de reiteración temporal y se sitúan al margen del régimen jurídico del tiempo parcial las actividades cíclicas y periódicas. Se plantea en este punto la duda de si con esta unificación reguladora será o no posible mantener el recurso al contrato indefinido a tiempo parcial configurado con parámetro temporal anual y, según se ha sostenido¹³, la permanencia del art. 12.1 ET ha de conducir a pensar que sigue siendo posible suscribir contratos a tiempo parcial sobre base anual.

A mi juicio, en línea con este planteamiento debe entenderse que sigue siendo posible el recurso al contrato a tiempo parcial en cómputo anual porque el art. 12 ET define el tiempo parcial desde todos los parámetros temporales —diario, semanal, mensual y anual—; y, literalmente, su apartado segundo, prevé que el contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación¹⁴. Ahora bien, en estos casos, en los períodos en los que con base en la parcialidad del tiempo de trabajo no se realice prestación laboral, los trabajadores no podrán acceder a la prestación por desempleo, puesto que no estaremos ya en el marco del régimen fijo discontinuo periódico que, como acabamos de ver, ya no se configura legalmente como modelo específico.

En todo caso, siguiendo la jurisprudencia en materia de trabajo fijo discontinuo y adaptándola a la nueva inclusión del trabajo fijo-periódico en su régimen jurídico, este primer supuesto de trabajo fijo discontinuo regulado por el art. 16.1 ET comprende las actividades que pueden detallarse a partir de una determinada realidad fáctica y jurídica que se proyecta sobre actividades que presentan las siguientes características¹⁵:

13 GOERLICH PESET, J.M.: “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos...”, *op. cit.*, p. 63.

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

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

- Son estables y consustanciales a la actividad de la empresa que no se producen de manera esporádica, sino que son permanentes.
- No se requieren todos los días del año porque su característica principal es que son actividades de carácter estacional que, por diferentes circunstancias, no están presentes siempre, sino que lo están en algunas épocas del año.
- Pueden repetirse en fechas ciertas o inciertas —es decir, en el caso de estas últimas, inseguras porque influyen factores externos a la propia actividad (clima, meteorología...)—.

A la luz de lo anterior, podemos considerar que el legislador ha positivizado también en este nuevo supuesto, la jurisprudencia que, en aras a la estabilidad en el empleo y de acuerdo con la regulación anterior del contrato para obra o servicio, consideró como trabajos fijos discontinuos aquellos en los que concurrían las notas de reiteración cíclica de la actividad. En este sentido, el TS en numerosas resoluciones ha afirmado que “el contrato para obra o servicio determinado se caracteriza porque la actividad a realizar por la empresa consiste en la ejecución de una determinada actuación que necesariamente tiene una duración limitada en el tiempo y responde a necesidades autónomas y no permanentes de la producción, por lo que no cabe el recurso a esta modalidad contractual para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario”¹⁶. Y, de este modo, por poner algunos ejemplos, actividades cíclicas como la extinción de incendios, el mantenimiento de pistas de esquí, la señalización y el movimiento de seguridad en la pista y plataforma de aeropuertos, el cuidado en guarderías de temporeros, etc., han sido consideradas de carácter permanente pero no continuado y, en consecuencia, reconducidas por los Tribunales al vínculo fijo discontinuo. De hecho, en estos supuestos, se ha interpretado en doctrina consolidada¹⁷, que los convenios colectivos no pueden establecer “condicionamientos no previstos en la ley para la adquisición de la condición de fijos discontinuos, ni exigencias de permanencia previa en la empresa para adquirir tal condición en supuestos en los que la actividad contratada es, desde su principio, una actividad claramente estacional cíclica y permanente”.

En todo caso, hay que apuntar aquí que la reforma 2021 ha suscitado dudas sobre el recurso a la modalidad fija discontinua en los supuestos que contempla el actual art. 15.2.4º parr. ET que regula una opción contractual temporal de muy corta duración por circunstancias de la producción a la que podrá recurrirse para atender actividades que sean ocasionales pero previsibles. La pregunta, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes descrita, sería clara: ¿ha convertido el RDL 32/2021 en temporal lo que antes era en la norma y en la doctrina jurisprudencial fijo discontinuo? Es decir, la duda es

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

17 Por todas, STS de 26 de octubre de 2016, rec. 3826/2015.

si este nuevo contrato puede convertir en temporal de corta duración lo que el TS ha considerado, tal y como acabamos de ver, como trabajo fijo discontinuo, pero que, es importante señalarlo, en la realidad de nuestro mercado de trabajo, se ha encauzado de manera habitual contractualmente a través del anterior modelo eventual.

Por una parte, si nos fijamos en la contraposición previsible-imprevisible que utiliza el nuevo art. 15.2 ET, la respuesta a la cuestión sería afirmativa porque precisamente son estos los calificativos que la doctrina jurisprudencial ha utilizado para situar la “sutil línea” que diferencia el contrato eventual y el fijo discontinuo y, por lo tanto, vincular temporal a previsible nos llevaría a entender que el nuevo contrato se aleja de la interpretación hasta ahora clara de la Sala Cuarta¹⁸.

Es más, también cabría sostener esta respuesta si ponemos el acento en la literalidad de la norma. Y es que no parece casual que, en el primer párrafo del art. 15.2 ET, en relación con el contrato por necesidades imprevisibles y oscilaciones, se haya incluido la salvedad relativa al contrato fijo discontinuo; y, en cambio, no se haya incluido la misma excepción en el párrafo tercero que regula el modelo de contrato temporal por necesidades previsibles¹⁹.

No obstante, por otra parte, si nos fijamos en la exigencia de que estemos ante una necesidad ocasional, lo cierto es que la respuesta sería distinta, puesto que el art. 15.2 ET condiciona la previsibilidad al carácter ocasional de la necesidad de mano de obra —aunque, poniendo en relación necesidad ocasional con previsible, también puede interpretarse que algo sea ocasional no implica que no pueda ser algo que se repite²⁰—. Y precisamente la jurisprudencia ha entendido que hay una contraposición entre ocasional y cíclico, asumiendo que, si el trabajo de que se trate se caracteriza por la repetición periódica en el tiempo con cierto grado de homogeneidad, debe encauzarse contractualmente por la vía del fijo discontinuo²¹. Ello nos llevaría a concluir que el nuevo contrato no podrá ser utilizado cuando esa previsión de necesidad de mano de obra se configura como cíclica, intermitente, discontinua o periódica²². Y esta conclusión se alcanzaría al margen de la duración de la misma, esto es, que-

18 STS de 27 de octubre de 2021, rec. 3658/2018.

19 En este sentido, BALLESTER PASTOR, M.: *La reforma laboral de 2021...*, op. cit., p. 69, que aclara que la norma se refiere tanto a supuestos en los que no está prevista la intervención de fijos discontinuos por tener momentos de realización indeterminados (campañas de comercio de realización variable) como a los que se corresponden con campañas (Navidad en comercio, verano en hostelería, cosecha en sector agrario) en las que existe la posibilidad de que no sea suficiente la plantilla estable existente y en las que puede existir dificultad para que la cobertura se realice por medio de fijo discontinuo, en atención a su poca certeza y a su corta duración.

20 GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021”, Labos, 2022, Vol.3.

21 STS de 17 de noviembre de 2020, rec. 40/2019.

22 NOGUEIRA GUASTAVINO, 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*, en <https://almacendederecho.org/en-busqueda-de-la-estabilidad-perdida-la-reforma-de-los-fijos-discontinuos-y-del-contrato-fijo-de-obra-en-el-sector-de-la-construccion>

darían fuera del ámbito de aplicación de este contrato las campañas, los eventos, fiestas populares, promociones, etc. que se repitan anualmente, aunque su duración sea muy breve para la empresa en cuestión, que requiere de mano de obra solo esos pocos días del año. Enlazando con esto último, hay que destacar que el nuevo contrato para necesidades ocasionales y previsibles se ha configurado a partir de la delimitación precisa y exacta del alcance de la expresión ocasional, por lo que la posibilidad de la empresa de recurrir a este contrato queda muy acotada por la estricta fórmula temporal establecida.

En fin, la figura contractual es nueva y abre una vía de temporalidad por circunstancias de la producción que hasta ahora no existía de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de las circunstancias de la producción. No obstante, no podemos obviar que desde luego en la realidad de nuestro mercado de trabajo sí se recurría al contrato eventual para dar cobertura a estas necesidades previstas y cíclicas, pero de muy corta duración: navidades, rebajas, promociones, etc. En este sentido, aunque debemos esperar a la interpretación jurisprudencial del alcance aplicativo de este modelo contractual, podría entenderse que la intención del legislador ha sido quizás adaptarse a esta realidad, acotando el nuevo espacio de temporalidad permitida en los concretos términos que hemos analizado. Con ello las empresas tendrían la opción legal de recurrir a un modelo de temporalidad muy breve, previsto, planificado e informado a la RLT si esta existe en la empresa.

De entenderse, por el contrario, que la interpretación debe ser otra, esto es, considerar que los trabajos de carácter cíclico, aun breves en el tiempo, quedan fuera del ámbito de aplicación del nuevo modelo contractual, lo que parece claro es que la utilización en la práctica de este contrato será mucho más residual, dado que las tareas previsibles, pero no reiteradas en el año natural, que también existen obviamente —pedidos retrasados, eventos no habituales, promociones no corrientes, ferias extraordinarias, etc.—, serán mucho menos habituales en la realidad de la actividad empresarial.

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

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

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

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

Si ponemos estas características en relación con las que acabamos de analizar en el epígrafe anterior como significativas del contrato fijo discontinuo, lo primero que cabe destacar es que la casuística de la necesidad de mano de obra se aleja en este supuesto de la actividad fija discontinua clásica. En efecto, de manera expresa, el precepto alude a actividades no estacionales, lo que implica que el elemento fáctico determinante hasta ahora deja de ser relevante en este caso; y, según se ha dicho, es el supuesto “más confuso”²³.

Ahora bien, lo segundo que observamos es que sí cabe proyectar a este supuesto la exigencia de que estemos ante actividades estables y consustanciales a la actividad de la empresa que no se producen de manera esporádica, sino que son permanentes, dado que se exige que se trate de trabajos intermitentes y, en todo caso, de ejecución cierta. En este sentido es importante hacer hincapié en que la definición legal de esta actividad que puede cubrirse con contratos fijos discontinuos no abre la puerta a que sea discrecional para la empresa la delimitación del carácter intermitente de la actividad²⁴.

De hecho, conviene recordar que la Sala Cuarta ya ha interpretado que el carácter fijo discontinuo de la actividad a cubrir²⁵:

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

Creo que esta doctrina jurisprudencial puede resultar aplicable a la hora de determinar el alcance del supuesto que ahora nos ocupa²⁶. Y, de este modo, puede sostenerse,

23 GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021...”, *op. cit.* Para GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p.226, estas actividades sometidas a períodos de ejecución intermitentes y que tengan períodos de ejecución ciertos y determinados abren un espacio para las relaciones que hasta hoy tenían la consideración de fija periódica.

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

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

26 En el mismo sentido, SALA FRANCO, T.: *Los contratos indefinidos fijos...*, *op. cit.*, p. 11.

tal y como se ha venido haciendo, que las tareas que constituyen, en principio, la actividad natural y ordinaria de la empresa y que son de carácter permanente y continuado en el tiempo, no pueden fraccionarse de manera artificial para convertir en intermitente o discontinuo lo que no lo es. En esta línea, podemos recordar, por ejemplo, que el TS descartó que los cursos escolares fueran para la actividad de docencia ordinaria una necesidad fija discontinua²⁷; o que fueran fijos discontinuos los trabajadores que prestaban servicios en todo el período anual dividido en campañas²⁸. En consecuencia, la cobertura contractual de esas tareas será el contrato indefinido ordinario, es decir, por hacer un paralelismo con el fijo discontinuo, el contrato fijo-continuo.

La cuestión pues pasa por determinar en positivo qué entendemos que es intermitente no estacional. Para ello, dejando de lado la perspectiva semántica —puesto que intermitente, estacional o cíclico se utilizan como sinónimos—, creo que, partiendo de que nos encontramos ante un concepto jurídico absolutamente indeterminado, se podría apuntar a que la actividad de que se trate debe tener, utilizando la terminología de la nueva norma, carácter previsible e intermitente, aunque su ejecución que en todo caso debe ser acreditada —habla la norma de ejecución *cierta*— no venga predeterminada siempre con certeza.

En este sentido, poniendo el acento sobre ese necesario elemento de la ejecución intermitente pero cierta y segura, se ha pronunciado la SAN 162/2022, de 5 de diciembre, al entender que constituyendo la previsibilidad/imprevisibilidad una nota diferenciadora esencial entre el contrato temporal y el fijo discontinuo, no cabe admitir que este último pueda utilizarse para la cobertura de incrementos imprevisibles de la actividad —supuestos “sorpresivos” en el asunto que se plantea a la AN— porque con ello se “adultera la adecuada aplicación de las normas legales, arts. 15 y 16 ET, máxime si tenemos en consideración que la voluntad del actual legislador es apostar por los contratos de trabajo indefinidos (entre ellos los fijos discontinuos) en detrimento de los temporales”.

Así pues, la intermitencia previsible sería una primera exigencia ineludible. Y, no estando ante una actividad estacional, debe serlo también que la intermitencia sea connatural a la actividad que se presta, esto es, tal y como decíamos antes, que no se pretenda “crear” o “simular” el carácter intermitente de las tareas a realizar. En esta línea, la SAN 19/2023, de 21 de febrero, siguiendo la doctrina jurisprudencial a la que hacíamos alusión anteriormente en relación con la actividad docente, ha considerado

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

28 STS de 28 de octubre de 2020, Rec. 4364/2018. En esta resolución el TS concluye que: “[...]es inherente al contrato fijo discontinuo que haya cierta discontinuidad en el trabajo, esto es, intervalos temporales en los que no se presten servicios porque no haya trabajo que atender. Si el trabajo y las necesidades empresariales son prolongada y sistemáticamente ininterrumpidos y permanentes y dejan de ser intermitentes, el contrato muda su naturaleza de fijo discontinuo a fijo continuo u ordinario, pues no hay discontinuidad, sino que hay continuidad”.

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 como es la docencia ordinaria —curricular— que no tiene carácter intermitente en ningún caso en el supuesto planteado, ya que esa pretendida intermitencia se quiere fundamentar en la “inactividad” del período de “vacaciones”, al iniciarse el curso escolar el septiembre, terminar en junio y existir un periodo de dos meses sin actividad alguna en época estival.

Ahora bien, creo que con base en este mismo argumento y siguiendo con el ejemplo de la actividad docente, podríamos considerar que el modelo fijo discontinuo para actividades intermitentes no estacionales sería idóneo para la contratación del profesorado que debe impartir solo asignaturas cuatrimestrales dentro de un curso académico, aunque se trate de docencia curricular. A mi modo de ver, en este caso la intermitencia estaría justificada por la naturaleza de la prestación laboral que solo es requerida durante un período de ejecución cierta pero intermitente dentro del parámetro de la docencia anual.

En todo caso, hay que insistir en el carácter jurídicamente indeterminado del contrato fijo discontinuo para atender a necesidades intermitentes de ejecución cierta. Por lo tanto, serán los Tribunales los que, quizá yendo más allá de lo que exige su función jurisdiccional, deberán interpretar el alcance de esta necesidad de mano de obra que justifica el recurso al contrato fijo discontinuo al margen de la estacionalidad hasta ahora conocida y sobradamente analizada doctrinal y jurisprudencialmente.

2.3. El contrato fijo discontinuo para el desarrollo de trabajos vinculados a la ejecución de las contrata: el “derecho de recolocación” del trabajador

El tercero de los supuestos a que se refiere el nuevo art. 16.1 ET sí resulta desde luego novedoso porque supone la admisión del recurso al contrato fijo discontinuo para dar cobertura a una actividad que puede no serlo en los términos que hemos analizado hasta ahora²⁹. En este sentido, creo que el precepto es claro cuando indica que la firma de una contrata que, siendo previsible, forme parte de la actividad ordinaria de la empresa, va a justificar *per se* el recurso al contrato fijo discontinuo por parte de la empresa contratista para conformar la plantilla destinada a la misma. Así pues, hay que interpretar que si la contrata no es previsible y no forma parte de la actividad de la contratista, será posible para esta acudir, en su caso, al modelo temporal —contrato por circunstancias de la producción—³⁰.

29 En este sentido, para GOERLICH PESET, J.M.: “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos...”, *op. cit.*, p. 64 se trata de una inclusión “forzada” y con carácter “constitutivo”. Respecto de los supuestos en los que será posible recurrir al fijo discontinuo, señala GOERLICH PESET, J.M.: “Externalización y contratación laboral: nuevos perfiles del...”, *op. cit.*, p. 3, que debe interpretarse que alcanzan a contrata públicas —incluidos los supuestos de sujeción a subvenciones— y privadas siempre que se trate de contrata previsible y ordinarias.

30 Tal y como se deduce del art. 15.2 ET cuando señala que no podrá identificarse como causa del contrato por circunstancias de la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas

En todo caso, parece claro que el nuevo art. 16.1. 2º párr. ET viene a reconducir contractualmente hacia el fijo discontinuo el desaparecido contrato para obra o servicio en estos supuestos³¹. Y, de hecho, de acuerdo primero con lo resuelto por el TS en su sentencia de 29 de diciembre de 2020³²; y, en segundo lugar, de acuerdo con la eliminación esta modalidad del catálogo de contrato temporales, debemos entender que, con la nueva regulación, la respuesta jurídica a la especial actividad que desempeñan las empresas contratistas pasa por permitir que la anterior cobertura de contrata a través del contrato temporal para obra o servicio se encauce ahora a través del contrato fijo discontinuo³³. Y digo permitir porque se trata de una opción legal que cabe utilizar pero que en modo alguno impide que la modalidad contractual a utilizar por parte de la contratista sea el contrato indefinido ordinario³⁴.

Se debe reparar en la alusión a la posibilidad de recurrir a esta opción que contiene la propia STS de 29 de diciembre de 2020. Sentencia que, como es de sobra conocido, eliminó definitivamente la viabilidad del contrato para obra o servicio en el marco de las contrata³⁵. En esta resolución la Sala Cuarta venía a decir que, aunque era consciente de la sujeción de determinadas actividades empresariales a flujos variables de demanda, ello no justificaba el recurso ordinario a una política de contratación temporal que no se ajustaba a la regla esencial del carácter indefinido del contrato. Y, en ese punto, la resolución “recomendaba” a las empresas que para ajustar la dimensión de la plantilla a la variabilidad de las necesidades de la demanda acudiesen a otros mecanismos que el legislador había diseñado a tal efecto, entre los que citaba: la delimitación contractual respecto de las jornadas y tiempos de trabajo (tiempo parcial y sus varias posibilidades

o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, “sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

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

32 Rec. 240/2018.

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

34 Señala BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021...*, *op. cit.*, p. 93, que de manera literal el art. 16 ET habla de “podrá concertarse”, lo que debe interpretarse como una libre opción de la empresa contratista entre el modelo indefinido ordinario y el fijo discontinuo que, en todo caso, presentan perfiles distintos con “ventajas e inconvenientes” para ambas partes (véanse pp. 93-96); en el mismo sentido, SALA FRANCO, T.: *Los contratos indefinidos fijos discontinuos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 12.

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

de distribución, fijo discontinuo,...), como la adaptación de las condiciones de trabajo o, incluso, de las plantillas en supuestos de afectación en la actividad de la empresa, aludiendo a la opción extintiva por causas objetivas.

Pues bien, el legislador parece haber seguido la “recomendación jurisprudencial” y, en línea con la “propuesta” de la sentencia, diseña en el RDL 32/2021 un nuevo modelo de contrato ajustado a esa necesidad particularmente fluctuante de mano de obra de las empresas contratistas que podrán ahora optar, tal y como hemos dicho, entre la contratación indefinida ordinaria o fija discontinua. Ahora bien, la verdad es que no ha sido especialmente exhaustivo a la hora de regular esta opción contractual en el marco de las contrata porque, al margen del reconocimiento del supuesto del primer apartado del art. 16 ET, la única referencia especial que encontramos sobre la contratación fija discontinua en aquellas es la del art. 16.4 ET³⁶. Según lo dispuesto en este precepto:

“Cuando la contratación fija discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontrata o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones. En estos supuestos, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”.

Con esta concreción sobre el alcance de los períodos de inactividad, el art. 16.4 ET delimita, a mi modo de ver, el alcance mismo del concepto trabajo fijo discontinuo en el marco de una contrata, configurándolo de manera específica en estos casos y ajustándolo de alguna manera a la doctrina jurisprudencial anterior sobre la conexión entre la contrata mercantil y el contrato de trabajo para obra y servicio y ello porque, como se ha dicho, “no se establece una caracterización de las contrata desde la perspectiva de su duración”³⁷.

En este sentido, con la exigencia de total vinculación entre los períodos de inactividad y los de “espera de recolocación”, el nuevo art. 16.4 ET impone que la discontinuidad del contrato fijo discontinuo en el marco de las contrata venga obligatoriamente delimitada por estas, es decir, a mi entender, deberá considerarse que la duración de la contrata mercantil negociada entre principal y contratista —incluidas las posibles

36 En todo caso, la posibilidad de recurrir al modelo fijo discontinuo no ha eliminado absolutamente la opción por la contratación temporal en la empresa contratista. El art. 15.2 ET sí permite, si concurren circunstancias de la producción en la contratista, la contratación por las mismas. Con esta salvedad, debe entenderse que las contratistas podrán acudir al modelo temporal en el supuesto de que concertada la contrata y contratada la plantilla como fija discontinua, apareciesen circunstancias de la producción en los términos que el precepto recoge. En este sentido, VICENTE PALACIO, A.: “La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel...”, *op. cit.*, p. 89. Me remito en este punto al trabajo LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F.: *La contratación laboral en la reforma*, *op. cit.*, pp. 67-68.

37 GOERLICH PESET, J.M.: “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos...”, *op. cit.*, p. 64.

prórrogas— determinará de manera precisa el período de actividad de la plantilla contratada por esta para atender la ejecución de la contrata. Por otra parte, la alusión a la recolocación implicará, en contra de lo que la jurisprudencia ha sostenido hasta ahora en relación con el contrato indefinido ordinario en contratas³⁸, una obligación de hacer para la empresa contratista y, en todo caso, la preferencia del personal fijo discontinuo frente a las nuevas contrataciones cuando se formalicen contratas que se ajusten al perfil profesional del trabajador fijo discontinuo³⁹. Es más, se trataría de una preferencia “legal” que además deberá seguirse en la ordenación convencional del llamamiento.

En todo caso, en el segundo párrafo del nuevo art. 16.4 ET se pone un límite temporal máximo a esos períodos de inactividad, aunque deja el precepto en manos de la negociación colectiva sectorial la fijación de este límite y, dado que se trata de una norma dispositiva absoluta, los convenios sectoriales gozarán de libertad para establecerlo. De hecho, hay que apuntar que los primeros convenios sectoriales están apostando por ampliar este plazo precisando un período más extenso de inactividad⁴⁰; o, incluso más allá, por vincular la inactividad a las necesidades del servicio⁴¹.

38 Véase STS 730/2022, de 15 de septiembre.

39 BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021...*, *op. cit.*, p. 93. En relación con la recolocación señala GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 229, que no es posible que un fijo discontinuo de empresa contratista pueda estar en situación de inactividad por la sola decisión del empresario, de manera que existe la obligación empresarial de “recolocación” una vez que haya una nueva contrata o subcontrata y que tal obligación existirá siempre y cuando la actividad a desarrollar sea compatible con las aptitudes profesionales comprometidas en el contrato de trabajo.

40 Por ejemplo: CC de acción e intervención social 2022-2024 (BOE de 18 de octubre de 2022): El periodo máximo de inactividad en actividades estacionales, o de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos o inciertos vendrán determinadas por la propia naturaleza de la actividad o de los periodos de ejecución de la misma. En el marco de contratas mercantiles o administrativas o de modalidades de relación con la administración análogas a estas dentro del sector, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones y la duración máxima de la situación de inactividad de las personas trabajadoras será de 4 meses, pudiendo extenderse a 5 meses cuando el periodo de actividad sea o hubiera sido igual o superior a 9 meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en la legislación laboral (art. 16); Acuerdo de modificación y la actualización de las tablas salariales del IX CC nacional de enseñanza y formación no reglada (BOE 5 agosto 2022): De acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores, cuando esta contratación fija discontinua se justifique por la celebración de contratas, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas el período máximo de inactividad será de nueve meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan —art.8—; CC del metal de la provincia de Cuenca para los años 2020, 2021, 2022, 2023 y 2024 (BO. Cuenca 29 abril 2022): 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 no podrá exceder de seis meses —art. 11—.

41 XXIII CC de contratas ferroviarias (BOE de 28 de junio de 2022): Cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la concreta realización de actividades de prestación estacionales o intermitentes realizados por contratas, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas, los periodos de inactividad se corresponderán con los de la interrupción de la actividad del concreto centro de trabajo o servicio —art. 11—; Acuerdo de modificación del VI CC general del sector de la construcción (BOE de 5 agosto 2022): Se determina que en contratas, subcontratas y concesiones administrativas el

No obstante, ante la falta de regulación convencional, la norma opta por limitar a tres meses el máximo período de inactividad en la empresa contratista que, transcurrido el mismo sin nuevas contrataciones que atender, podrá optar por la medida coyuntural —suspensión de contratos por causa productiva (art. 47 ET)— o definitiva —despido objetivo plural o colectivo (arts. 51 y 52 ET)— que corresponda⁴².

En relación con ello, se ha dicho que precisamente esta obligación de recurrir a los mecanismos de flexibilidad sirve para entender que no nos encontramos ante un contrato que pueda ser considerado “a llamada” porque limita absolutamente el tiempo de restricción de la libertad de la persona trabajadora que se encuentra en inactividad⁴³.

No obstante, las primeras interpretaciones judiciales del contrato fijo discontinuo vinculado a contrataciones afirman —*obiter dicta*—, literalmente, que el nuevo texto del art. 16 ET “transforma la figura de los trabajadores fijos discontinuos en una modalidad de trabajo a llamada, a modo de bolsa de empleo”. En efecto, es muy interesante, en este sentido la argumentación de la STSJ de Madrid del pasado 30 de marzo de 2022, que asevera, en relación con la jurisprudencia sobre la finalización de la contrata que justifica la extinción del contrato de trabajo⁴⁴, que, tras la reforma, “no es ya posible despedir a un trabajador al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores basándose en dicha finalización hasta que no hayan transcurrido tres meses (o el periodo de espera que establezca el convenio colectivo), tras lo cual ya la empresa queda habilitada para “adoptar las medidas coyunturales o definitivas que procedan”. Y lógicamente, arguye el Tribunal, ese periodo de espera implica “una obligación de recolocación del trabajador, aunque sea en términos imprecisos, de manera que si se acredita que hubo posibilidades de tal recolocación durante el mismo el despido

plazo máximo de inactividad se corresponderá con el período de tiempo en el que no sea precisa la prestación de servicios de la persona trabajadora porque la actividad de la empresa no lo requiera o por no existir necesidad de incrementar la plantilla, en la provincia en la cual aquélla suscribió el contrato de trabajo —art. 25—; XX CC nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos; inspección, supervisión y control técnico y de calidad (BOE de 10 de marzo de 2023): El período de inactividad definido en el párrafo anterior no podrá ser superior a seis meses, salvo que el período continuado de actividad previo haya sido inferior a seis meses, en cuyo caso, el periodo de inactividad no podrá ser superior a tres meses. Transcurrido el período de seis meses de inactividad, o de tres meses en los casos de períodos continuados de actividad previos de duración inferior a seis meses, sin que se haya producido un nuevo llamamiento, salvo pacto en contrario, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en la ley.

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

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

44 Alude la sentencia a que la jurisprudencia que cierra la vía del contrato para obra o servicio en las contrataciones parece apuntar a la lógica de que la adaptación de una empresa a la pérdida de una contrata se había de producir por la vía del despido objetivo por causas productivas del artículo 52.c del Estatuto (STS de 27 de 2021, rec. 1613/2018).

no puede ser considerado improcedente”; y, además, puntualiza la sentencia, que “estas previsiones son aplicables en el caso de todos los trabajadores adscritos a una contrata, porque el artículo 16 ET los incluye a todos en su regulación, aunque la prestación de servicios para la contrata se extienda durante varios años”⁴⁵.

Evidentemente, la duda aquí reside en identificar jurídicamente qué son “posibilidades de recolocación”, es decir, delimitar el alcance de la obligación empresarial de recolocar al fijo discontinuo desde la perspectiva del *ius variandi* empresarial. De este modo, se ha interpretado que, salvo que el convenio colectivo regule la cuestión específicamente⁴⁶, la empresa podría adoptar la decisión de movilidad —funcional, geográfica o sustancial del resto de condiciones— que corresponda justificando la misma⁴⁷.

Desde la perspectiva contraria⁴⁸, sin embargo, se ha sostenido que esto no sería posible hasta que no finalizase el plazo de inactividad previsto convencionalmente o, en su caso, el legal de tres meses, en el entendido de que la referencia del art. 16.4 ET a la activación de las medidas coyunturales o definitivas debe también entenderse hecha a las posibilidades de modificación empresarial de la prestación.

A mi modo de ver, la solución al problema pasa por adoptar una interpretación que se ajuste a la nueva opción legal que admite el recurso al modelo fijo discontinuo en el marco de la contrata. Y ello implica que se debe asumir que no hay ya campaña, ni estacionalidad, ni reiteración cíclica de actividad alguna, esto es, no hay posibilidad de trasladar a este supuesto la tradicional y clásica realidad del fijo discontinuo hasta ahora conocido. O, por decirlo de otro modo, hay externalización que justifica la contratación y los llamamientos que son connaturales a la misma. Con ello, finalizada una fase de actividad, ósea, finalizada una contrata, las opciones de la empresa para la recolocación del trabajador fijo discontinuo se circunscriben necesariamente a las nuevas contratas que se deban atender, siempre que se adecúen, como decíamos antes, al perfil profesional del trabajador. Las condiciones de las mismas podrán ser distintas y, con ello, el llamamiento podrá hacerse con una concreción de estas diferente de la anterior, teniendo en cuenta que, si esa diferencia es de carácter sustancial en los términos que legal y jurisprudencialmente conocemos, la empresa deberá seguir el procedimiento previsto en los arts. 40 y 41 ET.

En fin, en relación con la regulación de los períodos de inactividad en el marco de las contratas conviene advertir de la falta de esta en el resto de los supuestos que contempla el art. 16.1 ET⁴⁹. Concretamente, lo que se puede plantear es que quizá debería

45 Rec. 167/2022.

46 DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. CC aplicable y régimen de contratación laboral”, Trabajo y Derecho 88/2022, p. 14.

47 GOERLICH PESET, J.M.: “Externalización y contratación laboral: nuevos perfiles del...”, p. 6.

48 BALLESTER PASTOR, M.: *La reforma laboral de 2021...*, op. cit., p. 96; y, SALA FRANCO, T.: *Los contratos indefinidos fijos...*, op. cit., p. 28.

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

haberse previsto la misma limitación para la contratación fija discontinua estacional o intermitente y para las ETT, que analizaremos seguidamente. Al fin y al cabo, en todos los casos van a acaecer períodos de inactividad, y estos podrán ser más o menos largos en función de las circunstancias de la producción o del mercado de trabajo.

Al hilo de las diferencias de regulación del modelo fijo discontinuo entre contratas y ETT debe también advertirse que, en relación con estas últimas, la reforma ha sido clara al mantener la imposibilidad del recurso de la empresa usuaria a la ETT cuando su necesidad de mano de obra tiene carácter fijo discontinuo, esto es, es estacional o intermitente, en los nuevos términos que hemos analizado ya. Sin embargo, no se aprecia esa claridad en el modelo del fijo discontinuo especialmente diseñado para las contratas en el segundo párrafo del art. 16 ET y que desarrolla el tercer párrafo del precepto, tal y como hemos analizado.

Quiero decir con ello que hay una cuestión que puede resultar compleja en la práctica cuando se plantee el caso de una empresa principal que concierta con una contratista la ejecución de una obra o servicio de naturaleza fija discontinua, ya sea estacional o intermitente. En este supuesto: ¿cabría o no que esta concertase con los trabajadores que van a ser destinados a la ejecución de esa actividad de naturaleza estacional o intermitente mediante el modelo fijo discontinuo del art. 16.1.1er párr. ET, esto es, mediante el modelo general y no el especial de contratas?

En principio, la respuesta a esta pregunta debería ser afirmativa, es decir, no hay norma alguna que prohíba a la empresa contratista acudir al supuesto general del art. 16.1 ET —lo que sí ocurre como decíamos en el caso de las empresas usuarias y las ETT—. Por lo tanto, no podría entenderse que la empresa contratista no pueda acudir al modelo general de contrato fijo discontinuo para contratar a la plantilla que debe asumir el encargo de una obra o servicio estacional o intermitente.

Ahora bien, si se utiliza este modelo habrá que interpretar que el contrato fijo discontinuo de los trabajadores viene vinculado a la “contrata fija discontinua” y cuando el periodo de actividad se inicie, se reactivará la contrata y deberá activarse el procedimiento de llamamiento y de ejecución de la obra o el servicio según lo previsto en el convenio de la empresa contratista y de la empresa principal. En consecuencia, en estos casos, por una parte, la inactividad no se entenderá vinculada a la ejecución de la contrata como tal sino a la propia ejecución de la actividad fija discontinua. Por otra parte, no se entenderá aplicable la obligación de recolocación, puesto que el régimen jurídico del contrato fijo discontinuo será el ordinario o general y no el especial de contratas. Y, finalmente, la finalización de la contrata implicará la extinción por causas objetivas del contrato fijo discontinuo.

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

El último de los supuestos novedosos del art. 16.1 ET que tenemos que analizar es el que permite a las ETT la utilización del contrato fijo discontinuo para la cober-

tura de las cesiones de mano de obra que constituyen su actividad ordinaria y permanente. Y debe utilizarse en este caso el verbo “permitir” porque literalmente, hasta ahora, no era posible para las ETT el recurso al contrato fijo discontinuo.

En efecto, como es sabido, el TS, en su sentencia de 30 de julio de 2020⁵⁰, unificó doctrina precisamente en este sentido, es decir, concluyó de modo tajante, en relación con la regulación del contrato indefinido del art. 10 LETT, que: “No hay, por el contrario, previsión alguna respecto a la posibilidad de que la ETT celebre un contrato indefinido fijo discontinuo. Tal ausencia de regulación obedece a que no cabe este tipo de contratación por parte de una ETT” por dos motivos esencialmente:

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

Por otra parte, porque tampoco sería posible calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por la ETT, ya que esta actividad consistente en la puesta a disposición de trabajadores a la empresa usuaria para la realización de tareas de carácter temporal no está dotada de la homogeneidad exigida en el trabajo fijo discontinuo, ya que dependerá del tipo de actividad que demande en cada caso cada empresa usuaria⁵¹.

50 Rec. 3898/2017.

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

Pues bien, el nuevo art. 16.1 ET ha venido a admitir la contratación fija discontinua de los trabajadores en misión de la ETT y lo ha hecho a través de la modificación del régimen jurídico de la contratación previsto en el art. 10.3 LETT⁵². La reforma consiste esencialmente en la inclusión de un segundo párrafo en este precepto con la siguiente dicción literal: "Igualmente, las empresas de trabajo temporal podrán celebrar contratos de carácter fijo discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, en los términos previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos. En este supuesto, las referencias efectuadas en el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva se entenderán efectuadas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal. Estos convenios colectivos podrán, asimismo, fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad".

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

En definitiva, con la nueva regulación se puede apuntar que la ETT podrá contratar a sus trabajadores para ser cedidos⁵³: como temporales en función de la duración

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

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

53 En este sentido, BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021...*, *op. cit.*, p. 91, señala que el fijo discontinuo es una posibilidad más para la ETT. Para GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El nuevo régimen

del contrato de puesta a disposición —o de los diferentes contratos determinados y sucesivos—; como fijos discontinuos; y, como indefinidos ordinarios.

Con la figura del fijo discontinuo se permite a la ETT conformar una bolsa de trabajadores que no tendrán derecho a la indemnización de fin de contrato del art. 49.1.c) ET⁵⁴. Hay que reparar en que el vínculo fijo discontinuo implica para los trabajadores un derecho al llamamiento de acuerdo con la previsión convencional aplicable. Por lo tanto, dado su carácter de trabajadores no temporales, su contrato no se extinguirá con cada finalización de la puesta a disposición y, en consecuencia, no tendrán derecho a la indemnización legal regulada en el precepto estatutario y que reitera el art. 11.2 LETT.

Sí que debe señalarse que en estos casos el período de inactividad se va a identificar con el plazo de espera entre las diferentes cesiones. Sin embargo, no se impone legalmente en el caso de las ETT un límite total a la duración de esos periodos de inactividad, tal y como sí se ha hecho con las contratas. Esta diferencia de regulación entre las contratas y las ETT puede tener justificación quizá porque en el caso de estas últimas lo cierto es que resulta mucho más intensa la rotación de personal y el número de misiones diferentes y más cortas a cubrir. En todo caso, es evidente que, aunque no se diga expresamente en el nuevo art. 16 ET, también la ETT podrá recurrir a los mecanismos coyunturales o definitivos de ajuste de empleo cuando se den las circunstancias legalmente previstas para ello y pueda acreditar la concurrencia de las causas empresariales en uno u otro supuesto⁵⁵.

Lo que sí ha venido a especificar el nuevo art. 10.3 LETT es que las referencias que en el art. 16.5 ET se hacen al convenio colectivo sectorial o de empresa deben entenderse hechas al sector de las ETT o, en su caso, al convenio de empresa de la ETT de que se trate. Así, como veremos seguidamente al analizar el llamamiento y los derechos de los trabajadores fijos discontinuos, el marco convencional de las ETT va a ser determinante para la regulación de este nuevo contrato fijo discontinuo para la cesión de mano de obra⁵⁶.

jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 230, parecería extraño que para la cobertura de necesidades puramente temporales se acuda al contrato fijo discontinuo, pero se trata de necesidades de la empresa usuaria, no de la ETT que se dedica a la cesión de manera permanente.

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

55 En este mismo sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 244.

56 Por ejemplo, podemos ver en el CC de Randstad Empleo ETT, SAU —Resolución de 17 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 1 de julio de 2022— que se regula ya específicamente en contrato fijo discontinuo del personal en misión —art. 8—, incorporándose de manera específica la regulación de los criterios objetivos y formales del llamamiento, relacionándose y coordinándose las respectivas órdenes de llamamiento y órdenes de servicio en el marco de las ETT.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la nueva regulación no ha abierto la vía del recurso a las ETT por parte de las empresas usuarias para cubrir puestos de trabajo no temporales. En efecto, como consecuencia de lo señalado —antes, hay que concluir que las necesidades de la usuaria de tipo fijo discontinuo —estacionales, de temporada o intermitentes determinadas o indeterminadas— no podrán cubrirse a través de puestas a disposición. En este punto, la reforma mantiene la limitación que la sentencia del TS —y el Voto Particular— consideraba incuestionable.

A mi modo de ver, la reforma podría haber abierto esta puerta porque lo cierto es que, en realidad, el modelo fijo discontinuo responde a una necesidad que siendo permanente no es estable y, aunque es previsible, también es ocasional, esto es, una necesidad que está en realidad más cerca del paradigma de la temporalidad que del trabajo indefinido fijo ordinario. Quiero decir con ello que, desde un punto de vista práctico, permitir el recurso de las empresas usuarias a las ETT en supuestos fijos discontinuos no hubiera quebrado el modelo legal de cesión de mano de obra y, en mi opinión, hubiera reforzado los derechos de los trabajadores fijos discontinuos en misión que podrán, en su caso, conformar las plantillas de las empresas contratistas para la ejecución de servicios intensivos —cuando no exclusivos— en mano de obra, pero no podrán ser contratados por una ETT con la garantía que supone la aplicación de la LETT.

Además, desde la perspectiva del Derecho de la UE, no hay que olvidar que el TJUE ha sido claro a la hora de interpretar la Directiva 2008/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en el sentido de reconocer que la expresión “de manera temporal” que recoge el art. 1.1 de la misma “no se opone a la cesión de un trabajador que tenga un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria para cubrir un puesto que tenga carácter permanente y que no sea ocupado para realizar una sustitución”⁵⁷.

En todo caso, el legislador no ha contemplado esta opción. Y, por lo tanto, debe quedar claro que, con la nueva regulación, si una empresa tiene que atender esas actividades fijas discontinuas podrá contratar directamente al personal mediante la modalidad de contrato fijo discontinuo o externalizar la ejecución de la actividad de que se trate —sea una obra o un servicio— a través de una contrata, pero no podrá recurrir a la externalización de mano de obra exclusivamente, esto es, a la cesión a través de ETT⁵⁸. Si lo hiciese,

57 STJUE de 17 de marzo de 2022, C-232/20.

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

de acuerdo con la jurisprudencia consolidada⁵⁹, estaríamos ante un supuesto de cesión ilegal en los términos que contempla el art. 43 ET y que sanciona como infracción muy grave el art. 8.2.c LISOS.

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

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

Por lo tanto, podemos concluir que el RDL 32/2021, abre la puerta a una verdadera opción de la ETT para escoger el modelo de vínculo con sus trabajadores contratados para ser cedidos. La única limitación legal aplicable es la que ya venía prevista en la LETT en relación con la vinculación en temporalidad y causalidad entre el contrato de puesta a

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

disposición y el contrato de trabajo por duración determinada. Respecto del vínculo fijo, la decisión entre su carácter continuo o discontinuo queda en manos de la ETT. Y, como puede suponerse, es probable que no sea la primera la opción inicial, ya que la ETT, con el modelo fijo discontinuo tiene la importante ventaja de que los periodos entre misiones sean considerados de inactividad y, por tanto, no tendrá la obligación de garantizar los derechos retributivos de los trabajadores durante los mismos. En consecuencia, lo que parece que ocurrirá es que la ETT, en su caso, asumirá a los trabajadores indefinidos cuando la conversión sea consecuencia del incumplimiento de la normativa.

3. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

3.1. Forma y contenido del contrato

En relación con la forma del contrato, el art. 16.2 ET, en los mismos términos que el art. 8.2 ET, impone la forma escrita del contrato fijo discontinuo, exigiendo que el mismo refleje los elementos esenciales de la actividad laboral. Y, especifica que, entre otros, deberán consignarse, aunque sea con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento: la duración del periodo de actividad, la jornada y la distribución horaria⁶⁰.

Lo cierto es que en relación con estas materias se mantienen las exigencias de contenido que ya establecía la norma antes de la aprobación del RDL 32/2021. No obstante, llama la atención y sorprende que la nueva regulación haya eliminado la anterior referencia a la obligatoria inclusión en el contrato de los requisitos de llamamiento que establezca el convenio colectivo⁶¹.

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

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

61 En este mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...", *op. cit.*, pp. 234-235.

3.2. El llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos y su regulación en la negociación colectiva

Que la regulación convencional ha sido siempre clave en la práctica para la utilización en las empresas del contrato fijo discontinuo no es nada nuevo. En este sentido, el vacío legal respecto de la regulación de determinados elementos esenciales del contrato ha llevado a la jurisprudencia a considerar que la presencia de la negociación colectiva en el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos es esencial para que la norma legal obtenga efecto inmediato, “ya que esta no fija criterio alguno ni forma para el llamamiento, abandonando su entera regulación a lo que, al efecto, dispongan los convenios colectivos”.

Pues bien, en el nuevo art. 16 ET, esta característica de la función del convenio colectivo en el trabajo fijo discontinuo no es diferente. Y, de hecho, encontramos en el mismo dos apartados que delimitan el papel que la negociación colectiva va a tener en la configuración jurídica del mismo. Esto a mi juicio resulta muy criticable, teniendo en cuenta que la ampliación de supuestos que hemos analizado ya y las cifras que acreditan que el modelo fijo discontinuo se está consolidando en nuestras relaciones laborales, requerían de un mínimo tratamiento legal, siquiera supletorio, de la institución más importante del contrato fijo discontinuo. Por ello, el llamamiento debería haberse regulado en la norma legal dotando de seguridad jurídica a los operadores que en el mercado van a utilizar este modelo contractual, dado que, a falta de convenio será imposible, más allá de aceptar que la libre decisión empresarial sea una opción, delimitar los criterios a seguir.

En efecto, en su apartado tercero, el art. 16 ET establece, en el marco de una norma con naturaleza jurídica desreguladora o sin contenido regulador, que “mediante convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento de las personas fijas discontinuas. En todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada”.

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

- Admite que los criterios para el llamamiento se puedan negociar, a falta de convenio —sea sectorial o de empresa—, en acuerdo de empresa⁶².

62 En este sentido, por ejemplo, el V CC general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (Resolución de 19 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 17 de octubre de 2022) específicamente establece una regla de estructura convencional que da preferencia al convenio de empresa para delimitar estos criterios.

- Alude a los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento, abandonando la referencia al orden y forma.
- Incluye la obligación de que el llamamiento se haga por escrito y a través de un medio que permita acreditar su notificación y establece que se haga con antelación adecuada y con indicación de las condiciones de incorporación.

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

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

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

En fin, como decíamos antes, la pregunta que debemos formular en este punto es clara: ¿qué ocurre si no hay referencia alguna en el convenio aplicable al llamamiento? Es más, tal y como hemos visto, los primeros datos de empleo del año 2022 acreditan que el recurso al fijo discontinuo es una realidad que se está extendiendo de manera muy importante en nuestro mercado laboral. Con ello, es evidente que se está utilizando este modelo de contrato en actividades, empresas y sectores que, hasta ahora, no recurrían al mismo.

En este punto, la pregunta planteada nos llevaría, con la nueva norma en la mano, a un “callejón sin salida reguladora”, dado que no parece que la decisión unilateral del

empresario pueda ser una solución legalmente aceptable⁶³. En todo caso, hay que apuntar que la revisión de los convenios publicados en el año 2022 parece arrojar un resultado bastante amplio en relación con el tratamiento del régimen de llamamiento en el contrato fijo discontinuo⁶⁴.

3.3. Forma escrita y notificación del llamamiento

La tercera de las modificaciones que incluye el art. 16.3 ET en relación con el llamamiento se refiere a su forma escrita y a su notificación acreditable. Respecto de esta, considero que, aunque la norma alude a la forma “escrita o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación”, no está admitiendo con ello que quepa la forma verbal en ningún caso. Debe interpretarse la expresión “o por otro medio” en el sentido de que, debiendo realizarse siempre por escrito, deberá notificarse por un medio que permita acreditar su recepción por parte de la persona trabajadora fija discontinua. Así, por ejemplo, en los convenios negociados se está precisando que esa notificación pueda hacerse por correo certificado con acuse de recibo, por burofax, por correo electrónico con confirmación de recepción; e, incluso, planteando a mi juicio más dudas desde la perspectiva de la acreditación de la recepción, por WhatsApp⁶⁵.

63 Para GOERLICH PESET, J.M.: “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos...”, *op. cit.*, p. 68, habrá que pensar en la aplicación de la costumbre —que estará muy presente en algunos ámbitos más tradicionales de trabajo fijo discontinuo—. Y, 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 (ex art. 3.4 ET). Para SALA FRANCO, T.: *Los contratos indefinidos fijos...*, *op. cit.*, p. 25, la cuestión en este caso quedará en manos de los tribunales, lo que implica una gran dosis de inseguridad jurídica.

64 De hecho, por poner algún ejemplo, podemos centrarnos en el ámbito estatal para reseñar que la regulación de los criterios del llamamiento no solo se está incluyendo el tradicional del estricto orden de categoría y antigüedad —art. 11— (XXIII CC de contratos ferroviarias, BOE de 28 de junio de 2022) —art. 12.4— (XI CC nacional para las industrias de pastas alimenticias, BOE de 21 de marzo de 2023) —art. 9— (CC de empresas de elaboración de productos del mar con procesos de congelación y refrigeración, BOE de 19 de abril de 2023); sino que también se alude al centro de trabajo de adscripción, al nivel que sea necesario cubrir, y, después, a la antigüedad del trabajador (CC de Europcar IB, SA, BOE de 12 de septiembre de 2022). De manera más imprecisa, se incluye como criterio de selección para el llamamiento a “la adecuación del perfil al puesto de trabajo”, señalando que este vendrá determinado por “las habilidades, las competencias, la experiencia, la categoría profesional que mejor se adapte a la descripción del puesto de trabajo; priorizando a las personas trabajadoras que hayan prestado servicios previamente para el centro de trabajo que requiere el llamamiento” y utilizando la antigüedad como criterio para resolver los casos de igualdad de condiciones —art. 22— (VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU, BOE de 28 de julio de 2022); o, incluso, a criterios vinculados a la etnia a modo de acción positiva —art. 18— (IV CC de la Fundación Secretariado Gitano, BOE de 11 de agosto de 2022). En fin, también se incluyen criterios relacionados con la pertenencia al servicio que se reanuda estableciendo un orden de mayor a menor periodo de inactividad y, después al de mayor antigüedad en la entidad —art. 16— (CC de acción e intervención social 2022-2024, BOE de 28 de octubre de 2022).

65 . Por ejemplo: WhatsApp, mensaje de texto, comunicación por escrito entregada en mano, o por email (VIII CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, cit.); según las costumbres, que podrían ser un mensaje de WhatsApp, un correo electrónico o una llamada telefónica, y se deberá de hacer con al

En todo caso, precisamente respecto de esta última forma de comunicación la SAN 5513/2022 a la que ya hemos hecho alusión ha venido a considerar que no cabe apreciar ilicitud alguna en que los llamamientos puedan realizarse empleando “WhatsApp, las aplicaciones de mensajería habituales en los teléfonos móviles, o empleando la aplicación de correo electrónico con que cuentan los ordenadores”, dado que se realizan por escrito y de ellas queda constancia suficiente para advenir su existencia y contenido, lo que también ocurre cuando se utilizan “los buzones de voz como medio de comunicación no escrito”.

Por otra parte, sí puede apuntarse que la referencia legal a que el escrito en el que se notifique el llamamiento deberá contener indicaciones precisas de las condiciones de incorporación y realizarse con una antelación adecuada, debe ponerse en relación con la alusión anterior que el precepto hace a las condiciones esenciales de trabajo incluidas en el contrato a modo de estimación⁶⁶. Por ello, hay que señalar que el escrito de llamamiento deberá concretar, por una parte, las condiciones de lugar y tiempo de trabajo; y, en todo caso, duración del período de actividad, jornada y distribución horaria⁶⁷. Por otra parte, también el convenio deberá concretar esa insegura referencia legal a la antelación adecuada con la que se deberá proceder al llamamiento, fijando un plazo de preaviso mínimo para la incorporación de la persona trabajadora. En este punto, debemos reseñar que, del análisis de negociación colectiva realizado, se desprende, no solo que se está negociando la concreción del plazo de preaviso, sino que, como era de esperar, no se está haciendo de manera homogénea, regulándose plazos muy breves y condicionados que, a mi modo de ver, difícilmente pueden entenderse “adecuados” en los términos referidos legalmente⁶⁸.

menos dos días naturales de antelación a la fecha de incorporación al trabajo —art. 6— (CC de la empresa Viveros Nurfruits, S.L, BO Región de Murcia 11 marzo 2022); carta certificada con acuse de recibo o mediante correo electrónico en las direcciones previamente acordadas entre la entidad o empresa y la persona trabajadora (CC de acción e intervención social 2022-2024, cit.); por burofax, correo certificado con acuse de recibo, o por cualquier otro medio que garantice que la notificación se ha realizado con suficientes garantías, y se enviará al domicilio que la persona trabajadora haya comunicado a la empresa, siendo aquélla la única responsable de informar a la empresa de cualquier cambio de domicilio para el envío de la citada comunicación. (Acuerdo de modificación y la actualización de las tablas salariales del IX CC nacional de enseñanza y formación no reglada, cit.).

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

67 En este sentido para BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021...*, *op. cit.*, pp. 97-99, el apartado segundo del art. 16 ET es el más importante de todos porque establece las reglas de previsibilidad del contrato, blindado el contrato frente al trabajo a llamada, dado que implica: tiempo de trabajo garantizado, jornada de trabajo que conste en el contrato y distribución horaria que conste en el contrato; en idéntico sentido, SALA FRANCO, T.: *Los contratos indefinidos fijos...*, *op. cit.*, p.17.

68 En relación con este plazo indica GOERLICH PESET, J.M.: “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos...”, *op. cit.*, p. 69 que no es fácil integrar el concepto por analogía, aunque se podría pensar en la extensión de la regla del art. 12.5.d) ET. Cabe reseñar que en los convenios analizados a los que nos estamos refiriendo en el trabajo, sí se concreta esa antelación de manera precisa pero no de manera homogénea, esto es, encontramos desde preavisos de quince días (CC nacional de perfumería y

No obstante, esa diversa configuración de plazos de preaviso ha llegado ya a la AN que en la sentencia que comentamos ha interpretado que, con base en la dicción literal del precepto estatutario y en la del propio art. 10 de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, la llamada a la negociación colectiva para regular la “antelación adecuada” o el “preaviso razonable”, que deben considerarse términos equivalentes, debe considerarse de carácter dispositivo absoluto, esto es, según dice la sentencia, “ni el legislador comunitario ni el nacional fijan con mayor precisión y lo derivan a la decisión de los negociadores del convenio colectivo”. Y, siendo ello así, concluye que la determinación de ese plazo corresponde a los agentes sociales a través de la negociación colectiva, por lo que un plazo de 48 horas no puede considerarse contrario a la legalidad.

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

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

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

afines, BOE de 26 de enero de 2023); ocho días (CC de contratas ferroviarias, cit.); o, siete días (CC de oficinas de farmacia, BOE de 28 de diciembre de 2022), admitiéndose menos si el trabajador lo considera “válido” —art. 17bis— (VII CC de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, BOE 10 de junio de 2022); pasando por setenta y dos horas (CC de acción e intervención social 2022-2024, cit.); cuarenta y ocho horas (CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, cit.; XVIII CC de Europcar IB, cit.); o, incluso, planteando serias dudas a mi entender respecto del cumplimiento de la previsión legal de tratarse de una antelación adecuada, en unas pocas horas en “supuestos sorpresivos” (CC de Grupo Constant Servicios Empresariales, cit.; concretamente, se establece una escala de llamamientos que condiciona el tiempo de reacción del trabajador: 24-48 horas: 3 horas; 12-24 horas: 2 horas; 3-12 horas: 1 hora; 1-3 horas: respuesta inmediata (llamada telefónica). Y, no solo esto, sino que también regula el posible rechazo en los términos siguientes: la persona trabajadora podrá rechazar los llamamientos de manera justificada y motivada. Para que así sea considerada la negativa, la respuesta será de conformidad al siguiente escalado: Llamamientos realizados entre 3 y 48 horas: 2 rechazos anuales (en año natural). Llamamientos realizados entre 1 y 3 horas: ilimitados).

En esa segunda fase, deberá la empresa poner en conocimiento de la representación los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan. Y, por ello, será esta información la que sirva para comprobar que las previsiones se cumplen o, en su caso, para comprobar por qué no se cumplen en función de las circunstancias objetivas que, como decíamos antes, se puedan negociar para configurar el llamamiento.

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

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

3.5. Incumplimiento de las reglas de llamamiento

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

Es importante reseñar que se ha eliminado la referencia a la reclamación en procedimiento de despido para admitir la interposición de “las acciones que correspondan”. Por lo tanto, debemos deducir que no todo incumplimiento del llamamiento deberá considerarse despido, sino que podremos estar, por ejemplo, ante un incumplimiento del orden, ante un incumplimiento de la garantía mínima de llamamiento; o, en fin, ante un incumplimiento del llamamiento justificado por causas objetivas. En consecuencia, estas situaciones podrán llevar al trabajador a plantear reclamaciones de reconocimiento de derecho o de cantidad, pero no serán constitutivas de despido⁶⁹.

Creo que, con el cambio en la dicción literal del precepto, parece el legislador haber asumido la interpretación que nuestros Tribunales venían haciendo en el sentido

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

de considerar que no constituye despido del trabajador fijo discontinuo, la decisión empresarial de limitar el llamamiento por causas objetivas, siempre que estas queden acreditadas y se articule el procedimiento de suspensión correspondiente.

En este sentido, la nueva regulación acoge la doctrina jurisprudencial que ha considerado precisamente que, por la naturaleza del contrato fijo discontinuo, es posible que el llamamiento pueda no producirse por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (no, desde luego por la voluntad unilateral de la empresa). De este modo, se ha considerado que no constituye despido la falta de llamamiento justificada por caída del consumo⁷⁰, por la falta de producción⁷¹, etc., concluyéndose que, de la comunicación empresarial que acredite estas circunstancias, no cabe apreciar en ningún caso voluntad resolutoria del contrato⁷².

Es más, la doctrina ha apuntado incluso, aunque creo que plantea bastantes dudas, que con la reforma del art. 16 ET existe algún dato que “abona la idea de que, cuando la falta de llamamiento —o circunstancias similares como la anticipación del cese de actividad— responda al normal desenvolvimiento del contrato fijo discontinuo, no se precisa formalidad alguna”, entendiéndose que podría entenderse así —a partir de la regulación del período de actividad en la modalidad relacionada con la atención de contratadas o subcontratadas— que los fijos discontinuos pasan a situación de inactividad, sin más trámite, y solo si pasa el plazo establecido, es preciso formalizar la situación⁷³.

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

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

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

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

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

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

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

plantilla de trabajadores fijos discontinuos que serán adscritos a contratas o puestas a disposición de acuerdo con las necesidades de empresas principales y usuarias, respectivamente.

Con ello, en la práctica, la posibilidad de que las necesidades de mano de obra de los fijos discontinuos se concreten en trabajos que no se ajustan a la jornada completa será ciertamente amplia. Por lo tanto, quizás el legislador debería haber permitido legalmente el recurso a esta modalidad de contratación en el marco del trabajo fijo discontinuo (o, al menos haber abierto también la opción convencional de empresa), o mejor, de todos los trabajos fijos discontinuos que van a proliferar en nuestro mercado laboral, dado que con esta restricción “puede haberse creado un factor de rigidez poco práctico”⁷⁴. De hecho, algunos interpretes han considerado que, más allá de la referencia del art. 16.5 ET, podría entenderse que no queda restringida la opción del tiempo parcial al reconocimiento convencional en la nueva regulación, dado que, por una parte, no existe “una expresa referencia prohibitiva alguna en la norma estatutaria”; y, por otra, hay una concreta alusión en el apartado segundo del precepto a la necesidad de concreción de la jornada, lo que debe entenderse como delimitación del tiempo completo o parcial según las necesidades de los trabajos fijos discontinuos que no siempre requerirán el tiempo completo⁷⁵.

A mi modo de ver, es quizás algo forzado interpretar de esta última manera la previsión legal. Creo que la opción del legislador supone que la única posibilidad del tiempo parcial en el fijo discontinuo se active vía convencional.

Así pues, a mi juicio, será determinante el marco de la negociación sectorial para abrir esta vía de contratación a tiempo parcial que podrá justificarse en las peculiaridades de los diferentes sectores en los que va a operar el modelo de contrato de trabajo fijo discontinuo⁷⁶. Y, de hecho, en la revisión convencional que hemos realizado, observamos que la previsión de que pueda concertarse el contrato fijo discontinuo a tiempo parcial se está incluyendo en la mayor parte de los convenios sectoriales publicados este año, aunque sin precisar, en general, la concurrencia de esa necesidad de parcialidad derivada de las peculiaridades de la actividad del sector en los términos legalmente previstos⁷⁷.

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

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

76 Precisamente para BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021...*, *op. cit.*, pp. 98-99, la clave de la nueva regulación del fijo discontinuo frente al tiempo parcial en cómputo anual pasa por el diferente alcance de la flexibilidad en estas dos modalidades contractuales. En el mismo sentido, SALA FRANCO, T.: *Los contratos indefinidos fijos...*, *op. cit.*, p.15.

77 Por ejemplo: CC de contratas ferroviarias, cit.; VII CC sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (Resolución de 14 de febrero 2022, BOE 25 febrero 2022); Convenio Colectivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía de Ocio Educativo y Animación Sociocultural BO Junta de Andalucía

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

En el apartado quinto del art. 16 ET, se incluyen una serie de condiciones del trabajo fijo discontinuo que “podrán” negociarse en convenio colectivo de ámbito sectorial. En concreto, se admite que por la vía convencional sectorial pueda:

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

Comenzando por la elaboración de una la bolsa sectorial de empleo el precepto específica que en la misma se podrán integrar las personas fijas discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua durante estos, todo ello sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas. Es evidente que la limitación al ámbito sectorial de este tipo de cláusulas está totalmente justificada por el alcance de estas⁷⁸.

En segundo término, la obligación de prever que las empresas elaboren un censo anual del personal fijo discontinuo, de establecer un periodo mínimo de llamamiento

de 18 mayo de 2022); XI CC de trabajo de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos de Cataluña (DO Generalitat de Catalunya 1 junio 2022); CC del sector del metal de las Illes Balears (BO Illes Balears de 14 de junio 2022); Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de Industrias de Hostelería de la provincia de Castellón (BO Castellón de 16 de junio 2022); Convenio Colectivo relativo al sector Alimentación, Detallistas, Ultramarinos, Supermercados y Autoservicios de la provincia de Cádiz (BO. Cádiz 19 de septiembre de 2022); Acuerdo parcial del Convenio Colectivo del Sector de Comercio en General para Málaga y provincia (BO Málaga de 6 de octubre 2022); CC sectorial del Comercio del Calzado de la provincia de Valencia 2022-2024 (BO. Valencia de 5 de octubre 2022); CC de acción e intervención social 2022-2024 (BOE de 28 de octubre de 2022); CC nacional de perfumería y afines (BOE de 26 de enero de 2023); CC estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE de 18 de febrero de 2023).

78 El primer ejemplo lo podemos encontrar en El Acuerdo de modificación del VI CC general del sector de la construcción (BOE de 5 de agosto 2022) que ha regulado la creación de una bolsa sectorial de empleo, que gestionará la Fundación Laboral de la Construcción directamente, o a través de sus organizaciones territoriales, en los siguientes términos: En la bolsa sectorial de empleo, que tendrá carácter provincial, podrán integrarse voluntariamente aquellas personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo que formen parte del ámbito personal del presente convenio. La Fundación Laboral de la Construcción elaborará el procedimiento, y articulará el funcionamiento, de la citada bolsa sectorial de empleo, a fin de que las personas trabajadoras que estén interesadas puedan enviar sus currículas. Las empresas del sector podrán solicitar a la Fundación Laboral de la Construcción currículas de personas trabajadoras, que formen parte de la bolsa de empleo, que cumplan con los perfiles que necesiten cubrir. La bolsa sectorial de empleo se organizará por medio de delegaciones provinciales. La coordinación de todas ellas corresponderá a la Fundación Laboral de la Construcción, que podrá dictar directrices organizativas. En el ámbito provincial, los convenios colectivos provinciales podrán desarrollar las normas de funcionamiento de la bolsa y establecer los instrumentos, en todo caso paritarios, de gestión de la misma —art. 25—.

anual y de fijar una cuantía por fin de llamamiento también se deja en manos de la negociación sectorial en el art. 16.5 ET. A mi juicio, tal y como se ha puesto de manifiesto⁷⁹, puede pensarse que esta limitación del ámbito convencional, aunque sea en clave de posibilidades de negociación, no tiene mucho sentido en estas materias —es más, como ya he dicho, tampoco parece que lo tenga en relación con la posibilidad de concertar el contrato a tiempo parcial—. Por ejemplo, respecto del censo, el apartado tercero del propio art. 16 ET viene a imponer a la empresa, como ya hemos visto, la obligación de comunicar a los representantes las previsiones de llamamiento y las altas efectivas. Por lo tanto, en el ámbito de la empresa será de hecho preceptivo legalmente contar con algo muy parecido a ese censo anual.

Por otro lado, en relación con la posibilidad de establecer un período mínimo de llamamiento, tampoco se entiende que la posibilidad se circunscriba al ámbito sectorial. Lo cierto es que, hasta ahora, tanto los convenios de empresa como incluso vía individual en los contratos de trabajo fijo discontinuo, se han incluido cláusulas de garantía mínima de llamamiento. Cláusulas que han supuesto para las empresas la obligación de llamar o, en su caso, la obligación de abonar el salario ante la falta de llamamiento justificada pero no articulada por la vía de la suspensión contractual legalmente aplicable⁸⁰. De hecho, en los nuevos convenios colectivos sectoriales encontramos la regulación directa de la garantía mínima de empleo⁸¹, pero también la llamada al ámbito empresarial para la negociación de la misma⁸².

79 GOERLICH PESET, J.M.: "Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos...", *op. cit.*, p. 61; y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...", *op. cit.*, p. 245.

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

81 Por ejemplo, V CC general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, cit.: A partir de la entrada en vigor del convenio, el personal fijo discontinuo que sea llamado para prestar servicios tendrá una garantía de prestación mínima de tres meses consecutivos, en un periodo de referencia de doce meses, si bien esta garantía no tendrá necesariamente que ser cumplida en el primer periodo de trabajo del año, siempre que se lleve a cabo en cualquiera de los sucesivos. Excepcionalmente, cuando en el ámbito de una empresa o centro de trabajo determinado se acredite objetivamente la concurrencia de causas que impidan coyunturalmente respetar el límite de jornada mínima y/o el periodo de llamamiento mínimo establecido en cada caso para el personal fijo discontinuo, se podrá acordar, en el seno de la misma, y con posterior sanción de la Comisión Paritaria del convenio sectorial, que no rija temporalmente el límite establecido en la regulación convencional aplicable en dicha empresa —art. 21—; Acuerdo de la Comisión Negociadora de modificación de determinados artículos del CC del sector del comercio de las Islas Baleares (BO. Illes Balears 14 junio 2022): Las personas trabajadoras fijas de carácter discontinuo tendrán una garantía de tiempo mínimo de ocupación anual, de acuerdo con las siguientes normas: Para las personas trabajadoras que hayan alcanzado o alcancen, dos periodos anuales consecutivos prestando servicios a la misma empresa por tiempo igual o superior a los seis meses al año, con la condición contractual de fijas o fijos de trabajos discontinuos, la garantía de ocupación será de seis meses al año. Las personas trabajadoras fijas de carácter discontinuo que no tengan garantizado el tiempo mínimo de llamamiento regulado en el párrafo anterior por no haber alcanzado la media de ocupación que se exige, se les garantizará a partir del día siguiente a la entrada en vigor del vigente Convenio Colectivo la media de ocupación que hayan realizado durante los llamamientos de los dos primeros años. En este supuesto, la empresa convocará a la persona trabajadora para restablecer la prestación de sus servicios a partir del tercer año de prestación de servicios como fijo-discontinuo por un periodo de ocupación no inferior a la media resultante —art. 15—.

82 CC de contratas ferroviarias, cit.: Se establecerá un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a las personas trabajadoras, cuando este coincida con la terminación de

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

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

Es más, podemos entender que será así porque se trata de cláusulas que, en línea con el objetivo fundamental del RDL 32/2021, persiguen garantizar la estabilidad del empleo y su carácter indefinido, aunque lo sea con carácter discontinuo. En este sentido, sí es importante recordar en este punto que la jurisprudencia ha sido bastante precisa a la hora de interpretar la viabilidad legal de este tipo de cláusulas, exigiendo que las mismas se negocien para favorecer la estabilidad en el empleo de quienes han venido prestando servicios temporales lícitos en la empresa o de quienes han trabajado en campañas previas, “pero lo que no pueden hacer es establecer condicionamientos no previstos en la ley para la adquisición de la condición de fijos discontinuos, ni exigencias de permanencia previa en la empresa para adquirir tal condición en supuestos en los que la actividad contratada es, desde su principio, una actividad claramente estacional cíclica y permanente”⁸³.

4. DERECHOS DE LAS PERSONAS FIJAS DISCONTINUAS

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

la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento, a negociar con la RLPT en cada empresa —art. 11—.

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

- Derecho a no sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos.
- Derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.
- Derecho a la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad.

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

En relación con este derecho lo primero que llama la atención es su propio reconocimiento. Es decir, es evidente que los trabajadores fijos discontinuos, como el resto de las personas trabajadoras, no podrán sufrir perjuicio alguno derivado del ejercicio de ninguno de sus derechos de conciliación legalmente reconocidos. No obstante, con ser ello cierto, no lo es menos que en la práctica se constatan, a través sobre todo de la revisión de la doctrina de los Tribunales, situaciones en las que puede apreciarse la vulneración del derecho de adaptación de jornada por conciliación (art. 34.8 ET); del derecho reducción de jornada por cuidado de hijos/as o familiares (art. 37.6 ET), etc. cuando estos son ejercidos por parte de las personas trabajadoras fijas discontinuas. Por tanto, no debe considerarse baladí la referencia legal que refuerza —y recuerda— que se trata de trabajadores que no presentan peculiaridad alguna en materia de ejercicio de derechos de conciliación y que, dentro del marco de la legalidad vigente, podrán acogerse a los mismos en idénticas condiciones que los trabajadores fijos-continuos.

En el mismo sentido, su igual posición jurídica respecto de las ausencias con derecho a reserva del puesto de trabajo ha sido avalada por el Tribunal Supremo que, en casos de baja por enfermedad del trabajador fijo discontinuo, ha concluido que, como ocurre con el resto de los trabajadores, la empresa, tras el llamamiento de los fijos discontinuos y el inicio del período de actividad, debe cumplir con sus ordinarias obligaciones contractuales y de Seguridad Social. De hecho, es sumamente explícita la argumentación de la Sala Cuarta cuando, con base en la particular esencia de los contratos fijos discontinuos, señala que no hay que olvidar que “existe un solo contrato y sucesivos llamamientos, de suerte que la ejecución del contrato se interrumpe a la conclusión de cada período de actividad, no trabajando y no cobrando salario alguno”⁸⁴.

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

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

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

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

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

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

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

El segundo de los derechos que se reconoce a las personas fijas discontinuas que contempla el art. 16.6 ET se expresa literalmente en los siguientes términos: “derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”

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

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

El Auto del TJUE de 15 de octubre de 2010⁸⁵ con base en el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, sostuvo que la aplicación del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial debía llevar a la conclusión de que, si los contratos de ambos tienen una duración equivalente, el trabajador a tiempo parcial debe adquirir la antigüedad que da derecho al complemento salarial correspondiente al mismo ritmo que un trabajador a tiempo completo. Así, entiende el TJUE que el principio de no discriminación entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo se aplica a las condiciones de empleo, entre las que figura la retribución, que incluye los complementos por antigüedad, por lo que la retribución de los trabajadores a tiempo parcial debe ser la misma que la de los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio *pro rata temporis*.

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

A partir de esta interpretación, la STS de 19 de noviembre de 2019⁸⁶, concluyó que, a efectos del cómputo del complemento de la antigüedad, debía tenerse en cuenta para los trabajadores fijos discontinuos todo el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral y no solo los períodos de actividad. Por lo tanto, el legislador no ha hecho sino po-

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

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

sitivar esta doctrina jurisprudencial que ponía fin a una interpretación que implicaba la discriminación de los trabajadores fijos discontinuos porque suponía la imposición a los mismos de una doble penalización a la hora de reconocer su derecho al complemento salarial de antigüedad —tiempo de servicios y cuantía del complemento—.

No obstante, el art. 16.6 ET añade una salvedad que específicamente admite una posible diferencia justificada objetivamente. Más concretamente, se exige que la diferencia en la condición vinculada al tiempo de prestación de servicios de que se trate venga justificada con base en criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

A mi modo de ver⁸⁷, el legislador también ha querido con esta excepción acoger la doctrina jurisprudencial que admite que, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, se tenga en cuenta respecto de los trabajadores fijos discontinuos no el tiempo de duración de la relación laboral sino el tiempo efectivo de prestación de servicios, o lo que es lo mismo, los períodos de actividad en la empresa.

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

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

Desde la perspectiva de la proporcionalidad, la resolución que comentamos pone el acento en el diferente impacto del cálculo del tiempo en el caso de la antigüedad y el caso de la indemnización por despido. Así, a la luz del Auto del TJUE, el TS señala que, si para la antigüedad es cierto que se repercute en el importe anual del complemento una reducción proporcionada de los derechos de los trabajadores a un componente de la retribu-

87 En el mismo sentido, GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021...”, *op. cit.*, que considera que la norma “no innova nada” sino que recoge la jurisprudencia que distingue los dos supuestos de antigüedad; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *op. cit.*, p. 249; y, SALA FRANCO, T.: *Los contratos indefinidos fijos...*, *op. cit.*, p.29. Planteando que esta es la conclusión “salvo pronunciamiento del TJUE”, véase BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021...*, *op. cit.*, p. 105.

ción, conforme al principio de prorrata temporis —que refleja los períodos efectivamente trabajados y la fidelidad del trabajador que aquellos recompensan—, no ocurre lo mismo en el caso de la indemnización. Al contrario, esta se calcula sobre la base del salario del último mes trabajado. Por ello, si dicho salario diario se multiplicase por el número total de meses transcurridos desde que comenzó a prestar servicios en la empresa hasta que se extinguió la relación laboral, incluyendo tanto los periodos de actividad como de inactividad, “la indemnización por despido no se basaría en el tiempo de servicio sino en el lapso total transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta su finalización y no guardaría proporción con la efectiva prestación de servicios en la empresa”.

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

En definitiva, creo que la salvedad del art. 16.6 ET responde a la misma razón de ser que su regla general, que no es otra que la incorporación a la norma del derecho a la igualdad y no discriminación de los trabajadores fijos discontinuos. Y este derecho adquiere un perfil completamente distinto en materia de cálculo de tiempo de prestación de servicios a efectos de antigüedad y a efectos de indemnización. En el primer caso, sería discriminatoria la doble penalización que resultaría de la limitación del cómputo al período de actividad. Pero, en el segundo, no lo es en modo alguno la vinculación del cómputo a los períodos de actividad, porque se deduce de la particularidad esencial del trabajo fijo discontinuo, sin que exista un trato peyorativo de los trabajadores que no prestan servicios de manera continuada sino intermitente en el tiempo. No obstante, en contra de lo que aquí se sostiene, la doctrina judicial ha considerado que la doctrina jurisprudencial expuesta “en su eficacia está periclitada” tras la reforma del art. 16.6 ET, que la ha modificado y dejado sin efecto a partir de la vigencia de este precepto⁸⁸. Parece pues que la cuestión no será pacífica y habrá que esperar a un pronunciamiento unificador del TS en esta materia.

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

El último de los derechos que se reconoce en el art. 16.8 ET a los trabajadores fijos discontinuos se concreta en una prioridad para el acceso a las iniciativas de

88 STSJ de Castilla y León de 19 de julio de 2022, rec. 1422/2022.

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

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

De acuerdo con el análisis realizado creo que se puede concluir que el actual régimen jurídico del contrato fijo discontinuo plantea más dudas que certezas en cuestiones esenciales como el ámbito de aplicación del contrato o la regulación del llamamiento. Sería necesario —y recomendable— por ello que se revisara el texto legal o, al menos, que vía reglamentaria pudiese desarrollarse el alcance de las diferentes materias que, tal y como hemos visto, requieren de un tratamiento normativo preciso que evite la inseguridad y conflictividad que parece inevitable con la regulación actual. Entre las materias que requieren de revisión sería necesario, a mi juicio, que se concretase el alcance del carácter intermitente no estacional de la actividad que puede servir para concertar el contrato fijo discontinuo, incorporando a la letra de la ley la exigencia de que esa intermitencia sea cierta y connatural a la actividad aunque pueda venir concretándose a lo largo del año. En segundo lugar, que se desarrollase de manera exhaustiva el modelo del fijo discontinuo en las contrataciones, delimitando el alcance del deber de recolocación, del tiempo de inactividad y del ejercicio del poder de dirección de la contratista durante este período. En tercer lugar, que se revisase el recurso al modelo fijo discontinuo en el marco de las ETT, permitiéndose a las empresas usuarias concertar el contrato de puesta a disposición para desempeñar tareas que presenten este mismo carácter. En cuarto lugar, que se concretasen, al menos de modo supletorio, en una norma de naturaleza dispositiva absoluta, los criterios objetivos y formales de llamamiento, incluido el preaviso. Y, en quinto lugar, que se fijase de manera clara en la norma el doble sistema de cómputo de la antigüedad acorde con la jurisprudencia.

Por otra parte, respecto del análisis realizado en materia de negociación colectiva, los primeros datos nos indican, por una parte, que la tendencia en el ámbito sectorial es clara en torno a la habilitación del trabajo a tiempo parcial fijo discontinuo, aunque, en general, no se justifica la necesidad del mismo derivada de la actividad del sector. Por otra parte, se comprueba que el régimen del llamamiento se regula convencionalmente, tanto en el ámbito sectorial como en el de empresa, pero, dada la falta de un marco normativo mínimo, se observan algunos excesos en relación con la regulación de los preavisos o incluso de la propia configuración de los criterios de llamamiento.

En fin, en línea con lo que decía al inicio del trabajo, creo que es necesario revisar la regulación actual para conferir a los operadores jurídicos un marco estable y seguro de actuación. Este resulta tanto más necesario cuanto mayor es el espacio que está ocupando en la práctica el modelo fijo discontinuo. Y las cifras que hemos apuntado acreditan que la expansión del mismo es ya una realidad. Es deseable por tanto la acción del legislador para que no acaben siendo los Tribunales los que, asumiendo una función cuasi normativa, resuelvan las dudas que la nueva norma plantea.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BALLESTER PASTOR, M.A. (2022): *La reforma laboral de 2021 más allá de la crónica*, Madrid, MTEC.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “ETTs, reducción de la temporalidad y fijos discontinuos. Cuando se cierra una puerta, siempre se abre una ventana.... ¿O no?” <https://www.elforodelabos.es/2022/06/etts-reduccion-de-la-temporalidad-y-fijos-discontinuos-cuando-se-cierra-una-puerta-siempre-se-abre-una-ventana-o-no/> (consultado 14/06/22)
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratadas y subcontratadas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y Derecho* 88/2022.
- GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2> (consultado 18/05/22)
- GARCÍA ORTEGA, J. (1990): *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Barcelona, Bosch.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: primer avance”, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Brief-datos-reforma.pdf> (consultado 21/09/22)
- GOERLICH PESET, J.M.: “Contrato fijo discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, 2022, Vol.3, Monográfico sobre la reforma laboral 2021.
- GOERLICH PESET, J.M. (2022): “Externalización y contratación laboral: nuevos perfiles del contrato fijo discontinuo” (en prensa) —del original multicopiado—.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021”, *Labos*, 2022, Vol.3, Monográfico sobre la reforma laboral 2021.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021”, *Temas Laborales*, núm. 161/2022.
- LAHERA FORTEZA, J.: “Las cinco modalidades del nuevo contrato fijo discontinuo”: <https://www.aedtss.com/las-cinco-modalidades-del-nuevo-contrato-de-trabajo-fijo-discontinuo/> (consultado 18/09/22)

- LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F. (2022): *La contratación laboral en la reforma del RDL 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, 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, en <https://almacenederecho.org/en-busqueda-de-la-estabilidad-perdida-la-reforma-de-los-fijos-discontinuos-y-del-contrato-fijo-de-obra-en-el-sector-de-la-construccion>
- PÉREZ DEL PRADO, D. (2022): "La reforma laboral 2021: primeros datos". Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. nº 3.
- ROQUETA BUJ., R.: "La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos y fijos periódicos", RTSS (CEF), núm. 398, 2016
- SALA FRANCO, T. (2022): *Los contratos indefinidos fijos discontinuos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SIERRA VILLAÉCIJA, A., "¿Se puede celebrar un contrato fijo discontinuo a tiempo a tiempo parcial tras la entrada en vigor del RD-Ley 32/02, SP/DOCT/119269, Encuesta Jurídica mayo 2022, <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/>
- TÁRRAGA POVEDA, J. (1991): *Los fijos discontinuos y el derecho del trabajo*, Barcelona, PPU.
- VALVERDE ASECIO, A.J. (2002): *La determinación del periodo de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- VICENTE PALACIO, A. (2022): "La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo discontinuo en el ámbito de las contrata", *Revista Crítica de Relaciones Laborales, Laborum*, nº 2.
- YANINI BAEZA, J. (1998): *La contratación para trabajos fijos discontinuos*, Madrid, McGraw Hill.

