

# EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO TRAS LA REFORMA DE 2021

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Huelva

## EXTRACTO

**Palabras clave:** contratación indefinida, contrato fijo discontinuo, contrato a tiempo parcial, reforma laboral de 2021

Trabajo que analiza la nueva regulación del contrato fijo discontinuo, consecuencia de la reforma de finales del 2021 (RD-Ley 32/2021). Pretendemos centrarnos en el estudio de las principales novedades que aporta esta regulación: la nueva configuración, que supone la unificación del fijo discontinuo y el fijo periódico; los nuevos ámbitos donde puede acudir a este contrato (consecuencia de la reducción del espacio de la contratación temporal), específicamente en el caso de empresas contratistas o subcontratistas, o empresas de trabajo temporal. Se analizan también las posibilidades de un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial. Por otra parte, también hay novedades en el régimen jurídico de este contrato, ya sea en las exigencias formales, en la obligación de llamamiento, el incumplimiento de la misma (las acciones procesales a las que puede acudir el trabajador) y sobre el periodo de inactividad. Por último, también señalamos la previsión de futuras novedades en materia de subsidios por desempleo.

## ABSTRACT

**Keywords:** indefinite contract, discontinuous fixed contract, part-time contract, labour reform of 2021

Work that analyzes the new regulation of the discontinuous fixed contract, consequence of the reform of the end of 2021 (RD-Ley 32/2021). We intend to focus on the study of the main novelties provided by this regulation: the new configuration, which involves the unification of the discontinuous fixed and the fixed periodic contracts; the new areas where this contract can be used (consequence of the reduction in the space of temporary hiring), specifically in the case of contractors or subcontractors, or temporary work companies. The possibilities of a discontinuous permanent part-time contract are also analyzed. On the other hand, there are also novelties in the legal regime of this contract, whether in the requirements, in the obligation to call, non-compliance with it (the procedural actions to which the worker can resort) and on the period of inactivity. Finally, we also point out the forecast of future developments in terms of unemployment benefits.

## ÍNDICE

1. UNA REFORMA AMPLIA DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO
2. LA TORTUOSA EVOLUCIÓN DE UN CONTRATO INDEFINIDO, PERO CARENTE DE DEFINICIÓN
3. DELIMITACIÓN DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO
  - 3.1. Unificación de los contratos fijos discontinuos y periódicos
  - 3.2. El contrato fijo discontinuo por empresas contratistas y subcontratistas o en caso de concesiones administrativas
  - 3.3. El contrato fijo discontinuo con ETT
  - 3.4. Fijo discontinuo a tiempo parcial
4. REQUISITOS FORMALES
5. LA OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO
  - 5.1. Significado y ámbito de aplicación
  - 5.2. Contenido de la obligación
  - 5.3. Incumplimiento empresarial de la obligación de llamamiento: no todo es despido
  - 5.4. Otras vías de extinción del contrato fijo discontinuo. El incumplimiento del trabajador de la obligación de reincorporación
6. EL PERÍODO DE INACTIVIDAD: REGLAS PARA REDUCIRLO O PROMOVER LA ACTIVIDAD Y FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS
7. DERECHOS ESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS
  - 7.1. Fijo discontinuo y conciliación
  - 7.2. Fijo discontinuo y antigüedad
  - 7.3. Derecho a ser informado de las vacantes fijas ordinarias y de conversión del contrato
8. MEJORA FUTURA DE LA PROTECCIÓN POR SUBSIDIOS DE DESEMPLEO

### 1. UNA REFORMA AMPLIA DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Una de las modificaciones que introduce el RD-Ley 32/2021 es una nueva regulación del contrato fijo discontinuo. No se trata simplemente de una alteración de lo dispuesto por el art. 16 ET, precepto que contenía (y contiene) la normativa básica sobre este contrato, sino que estamos ante una alteración sustancial de diversos aspectos de la regulación, lo que afecta a diversas normas y no sólo a lo dispuesto por el citado precepto. Estamos, por tanto, ante una reforma cuyo alcance no se limita a modificar ciertos aspectos de la regulación preexistente, sino que pretende introducir una nueva etapa normativa en el régimen jurídico de estos contratos; un antes y un después en esta regulación.

Es por ello conveniente señalar cuál es el conjunto de preceptos afectados por esta nueva regulación:

- En primer lugar, el art. 12.3 ET, norma que ha sido derogada por el RD-Ley 32/2021. Este precepto regulaba la consideración de contrato indefinido del concertado para realizar trabajos fijos-periódicos. Esto no supone que los contratos fijos discontinuos que se reiteran en fechas ciertas desaparezcan de nuestro ordenamiento, sino que se incorporan a la regulación del art. 16 ET.

- En segundo lugar, se ha procedido a una profunda modificación de lo establecido por el art. 16 ET, precepto que desde la aprobación del Real Decreto Legislativo 2/2015 establecía la regulación básica de este contrato. En líneas muy generales, podemos decir que la modificación del art. 12.3 ET, más la nueva regulación del art. 16 ET supone eliminar la distinción entre el fijo periódico y el fijo discontinuo, quedando unificados bajo esta última denominación las relaciones de trabajo estables en las que la prestación de trabajo depende de circunstancias estacionales.
- Un buen ejemplo de la unificación de las dos figuras contractuales preexistentes introducida por el RD-Ley 32/2021 es la que afecta al art. 267.1 d) LGSS, donde al regular la situación legal de desempleo durante los períodos de inactividad, ya sólo se hace referencia a tales períodos de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos.
- El art. 3.cinco del RD-Ley 32/2021 añade una nueva Disp. Adic. 39ª a la LGSS, donde se regulan los beneficios de cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al mecanismo RED. Se trata de una regulación complementaria a la contenida en la nueva redacción del art. 47 y del nuevo art. 47 bis ET (ambas modificaciones obra del RD-Ley 32/2021). En dicha nueva Disp. Adic. se establecen una serie de exenciones en la cotización, que resultan condicionadas “al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del período de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo” (DA 39ª.10), de manera que, en caso de incumplimiento, las empresas deben reintegrar el importe de las cotizaciones exoneradas, más recargos e intereses de demora.

No obstante, no se considera incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo en caso de trabajadores fijos-discontinuos, por el hecho de finalización del llamamiento, si es que dicha finalización no supone despido, sino mera interrupción del mismo. Es decir, no hay incumplimiento empresarial si la finalización del llamamiento no supone el despido del trabajador fijo discontinuo.

- Por su parte, el art. 5.Uno del RD-Ley 32/2021 modifica la redacción del art. 6.5 LISOS, que considera infracción leve el incumplimiento empresarial del deber de información a los trabajadores a tiempo parcial, a distancia y temporales de las vacantes existentes en la empresa. Esta regulación no contenía referencia alguna a los trabajadores fijos discontinuos, consistiendo la modificación, justamente, en incluir también como comportamiento infractor del empresario la falta de información a los fijos discontinuos de la existencia de puestos vacantes de carácter fijo ordinario. En realidad no era un olvido de la regulación

sobre infracciones y sanciones, sino que el legislador sustantivo no había incluido en el art. 16 ET un derecho del trabajador fijo discontinuo a ser informado de tales vacantes. Sin embargo, la nueva regulación del art. 16 ET incorpora, justamente, la obligación del empresario de informar al trabajador de las vacantes en puestos fijos ordinarios; de ahí que se haya alterado también la regulación sobre infracciones y sanciones por incumplimiento del deber empresarial.

- La Disposición Adicional 4ª del RD-Ley 32/2021 admite de manera expresa la posibilidad de que las Administraciones Públicas acudan al contrato de trabajo fijo discontinuo. Probablemente en el ámbito público sea más difícil percibir situaciones en las que la necesidad de una prestación tenga carácter estacional, pues las necesidades públicas que cubren las Administraciones son de carácter permanente. No obstante, es evidente que tales necesidades o servicios pueden sufrir alteraciones cíclicas que impliquen una mayor intensidad de las mismas; lo que, a su vez requiere de una mayor cantidad de empleo público para hacer frente a las mismas. Pensemos simplemente en Ayuntamientos que durante las vacaciones han de hacer frente a un sustancial incremento de los servicios públicos (recogida de basura, limpieza viaria, mantenimiento de zonas públicas, policía, servicios de asistencia sanitaria, vigilancia en zonas de playa, etc.); o Administraciones autonómicas que han de hacer frente a campañas de lucha contra los incendios forestales en ciertas épocas del año<sup>1</sup>. Tal incremento debe ser cubierto a través de la contratación fija-discontinua, obviando la contratación temporal. En todo caso, con independencia de lo señalado por esta DA 4ª, lo cierto es que la Administración ha sido un usuario habitual del fijo discontinuo<sup>2</sup> y con frecuencia se han planteado importantes conflictos para la delimitación entre esta modalidad contractual y la utilización por parte de la administración de diversas modalidades de contratos temporales (eventual y obra y servicios) para actividades financiadas con fondos públicos que se referían a trabajos intermitentes o cíclico, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de homogeneidad, que debían reconducirse al fijo discontinuo y no a la contratación temporal. De otro lado, ha de advertirse la interferencia que supone en estos casos de utilización injustificada de la contratación temporal por la Administración, el indefinido no fijo; pues la jurisprudencia está defendiendo que en estos casos estamos ante “indefinidos no fijos-fijos discontinuos”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> SSTS de 26 de mayo de 2015, RJ2015\3772; 21 de enero de 2014, RJ2014\783.

<sup>2</sup> Vid., por ejemplo, Benavente Torres, I.: “Tareas fijas discontinuas y contrato temporal en la administración pública”, *Relaciones Laborales* nº 1 de 2007, páginas 171 y ss.

<sup>3</sup> Vid. las SSTS de 2 julio de 2021, RJ2021\3311; de 2 julio de 2021, RJ2021\3534; de 30 junio de 2021, RJ2021\3722.

- La Disposición Final 1ª del RD-Ley 32/2021 se refiere a uno de los supuestos contemplados por la nueva redacción del art. 16.1 ET al regular el objeto del contrato fijo discontinuo: la posibilidad de que las ETTs puedan acudir a esta modalidad contractual. Concretamente el art. 16.1 ET señala que podrán celebrarse estos contratos por las ETTs “en los términos previstos en el artículo 10.3 de la Ley 14/1994”. Este último precepto resulta también modificado por la Disposición Final 1ª. Hasta este momento el art. 10.3 LETT se limitaba a regular la posibilidad de contratación de un trabajador temporal para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición. Con la nueva redacción, a dicho supuesto se añade otra posibilidad: que la ETT utilice el contrato de trabajo fijo discontinuo para ser cedido a diversas empresas que tengan sólo necesidades de carácter temporal reguladas por el art. 15 ET (es decir, necesidades que tengan encaje en las causas de contratación temporal reguladas por dicho precepto). Se trata de facilitar a las ETTs la posibilidad de acudir a la contratación indefinida y no sólo meramente temporal, de manera que cuenten con plantillas de trabajadores objeto de cesión, pero con carácter fijo, que en los períodos entre una y otra cesión se encuentren en situación de inactividad. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.
- Por último, la Disposición final 6ª del RD-Ley introduce una norma dirigida a la acción futura del Gobierno, señalando que en el marco de la futura reforma del nivel asistencial de desempleo, se mejore la protección de los trabajadores fijos-discontinuos, facilitando el acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y con los mismos derechos del resto de trabajadores del Régimen General protegidos por desempleo.

## **2. LA TORTUOSA EVOLUCIÓN DE UN CONTRATO INDEFINIDO, PERO CARENTE DE DEFINICIÓN**

Dado que la reforma pretende introducir un cambio de modelo, parece conveniente hacer referencia a cuáles han sido las principales características del devenir de la regulación de esta modalidad contractual. En principio el trabajo fijo discontinuo es una modalidad de trabajo caracterizado por ser un trabajo normal (en el sentido de que forma parte de la actividad normal de la empresa) pero, con el que se hace frente a una actividad que no es continua dentro del proceso productivo; de manera que hay lapsos de tiempo en los que no es necesario desarrollar trabajo; en definitiva, un contrato con el que hacer frente a necesidades permanentes, pero intermitentes<sup>4</sup>. Sin embargo, pese a que esta sea una cuestión clara y perfectamente

<sup>4</sup> Álvarez De La Rosa, M.: “El trabajo fijo discontinuo, modalidad del contrato a tiempo parcial”, en AA.VV., coordinados por M.E. Casas Baamonde y F. Valdés Dal-Re, *Los contratos*

asumida, cabe señalar que durante largo tiempo el legislador no ha tenido nada claro cómo configurar estos contratos<sup>5</sup>, dando lugar a una evolución normativa “tormentosa”<sup>6</sup>. Ello se hizo evidente en la propia denominación de esta modalidad, pues tanto en la redacción original de la Ley 8/1980 como en la primera de las reformas de esta regulación (Ley 32/1984), la regulación se refería a “trabajos fijos y periódicos en la empresa, pero de carácter discontinuo”, para referirse a relaciones de trabajo en las que no se realizaba prestación de trabajo todos los días laborables, sino a intervalos, siendo trabajos, eso sí que cubren necesidades de carácter permanente. Debemos aclarar que el trabajo periódico es aquel en que la prestación se repite a intervalos determinados que se reiteran con regularidad. Por su parte, el trabajo discontinuo es aquél que no es continuo; es decir, que no es permanente, sino que se interrumpe. Por lo tanto, todo trabajo periódico es discontinuo, pero no todo trabajo discontinuo es periódico<sup>7</sup>. De esta manera, inicialmente el legislador consideraba que estábamos ante una modalidad unitaria tal como se deduce de la literalidad (trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo), cuando en realidad bajo dicha denominación podían incluirse realidades que no eran idénticas. Sólo con la Ley 32/1984 es cuando el segundo párrafo del art. 15.6 ET introduce la efectiva diferenciación, al aplicar sólo a los “trabajadores fijos de trabajos discontinuos”, el régimen del llamamiento. A partir de este momento es evidente la existencia de dos submodalidades diferentes de contrato de trabajo fijo en las que se desarrolla prestación de servicios “per saltum”: el trabajo fijo periódico (aquél que no se trabaja todo el período laboral, sino sólo en ciertos intervalos regulares, de manera que la actividad se repite en fechas ciertas); y el fijo discontinuo (el trabajo se presta

*de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid 2000, páginas 164 y 165; también Moradillos Larios, C.: “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial, los trabajos fijos discontinuos, el contrato de relevo y la jubilación parcial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 44 (2003), página 115. Vid. en la jurisprudencia más reciente las SSTs de 25 noviembre de 2020, RJ\2020\5390; 13 de febrero de 2018, RJ\2018\1055; 26 octubre de 2016, RJ\2016\5606; 21 de diciembre de 2006, RJ\2007\315.

<sup>5</sup> Tal como señalaba Valverde Asencio, A., estos contratos presentan “elementos importantes de indefinición en su régimen jurídico que puede afectar, incluso, a su propia tipicidad”. *La determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, página 13.

<sup>6</sup> Término utilizado por Goerlich Peset, J.M.: “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: el final de una larga discusión”, *Temas Laborales* nº 61 (2001), página 126. Por su parte, García Ortega, J., la tildaba de “compleja”, vid. “El contrato fijo-discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica”, *Documentación Laboral* nº 110 (2017), página 94.

<sup>7</sup> Yanini Baeza, J., señala que el género es el trabajo discontinuo, mientras que la especie es el trabajo periódico. *La contratación para trabajadores fijos discontinuos*, McGraw-Hill, Madrid 1997, página 25.

pero no a intervalos regulares, sin que se repitan en fechas ciertas)<sup>8</sup>. Teniendo en cuenta el significado de trabajo periódico y trabajo discontinuo, lo cierto es que la terminología utilizada para diferenciar nominativamente ambas submodalidades no era la más adecuada<sup>9</sup>, pues en realidad ambas suponen trabajo discontinuo, de manera que la contraposición terminológica de una y otra modalidad carece de sentido<sup>10</sup>.

En segundo lugar, cabe señalar cómo hay una segunda manifestación de cómo inicialmente el legislador tampoco tuvo excesivo acierto al regular estos contratos, pues teniendo la denominación de “fijos” (indefinidos, por tanto), los reguló dentro del art. 15 ET; es decir, en sede de contratos temporales<sup>11</sup>. Así ocurre en la redacción original del ET, regulándose los contratos fijos y periódicos, pero de carácter discontinuo como una de las cinco modalidades de contrato temporal (art. 15.1 letra e ET en la redacción original de la Ley 8/1980). El legislador ha reiterado este equívoco durante largo tiempo, pues sólo hasta el RD-Legislativo 2/2015 no se establece un precepto separado y distinto, el art. 16 para regular el contrato fijo discontinuo (los fijos periódicos fueron acogidos desde el RD-Legislativo 1/1995 en el precepto dedicado a la contratación a tiempo parcial<sup>12</sup>). Al menos, desde la Ley 32/1984, la inclusión de los contratos fijos periódicos y discontinuos dentro del art. 15 ET se hizo de una manera más “disimulada”, no considerándolos como una modalidad temporal, sino considerándolo expresamente contrato a tiempo indefinido, pero incrustando su regulación en un apartado específico dentro del art. 15<sup>13</sup>. Evidentemente, la solución era técnicamente criticable.

En tercer lugar, debemos destacar la vinculación de los contratos fijos periódicos y discontinuos con el contrato a tiempo parcial a partir del art. 4.2 Ley

<sup>8</sup> Vid. Ballester Pastor, I.: “Acerca de la percepción del desempleo por el trabajador fijo discontinuo: una muestra más de confusa interdependencia entre normativa laboral y de seguridad social”, *Tribuna Social* nº 150 (2003), página 29; García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., páginas 97 y 98; Gorelli Hernández, A.: “El contrato de trabajo fijo discontinuo”, en AA.VV., coordinados por Antonio Ojeda Avilés, *Modalidades de contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid 2003, página 283; Moradillos Larios, C.: Op. cit., página 114; Yanini Baeza, J.: Op. cit., página 2.

<sup>9</sup> Vid. en este mismo sentido las críticas a la terminología usada por el legislador de García Murcia, J.: “La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2003, página 433.

<sup>10</sup> En este sentido Goerlich Peset, J.M.: Op. cit., página 130.

<sup>11</sup> Pedrajas Moreno, A., señala lo que considera “deficiente técnica legislativa”, vid. “Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 1994, página 407.

<sup>12</sup> En realidad, la reforma de 1994-1995 (Ley 10/1994 y RD-Ley 1/1995) supuso incluir las dos submodalidades bajo el amparo del contrato a tiempo parcial, más concretamente en el art. 12.2 ET.

<sup>13</sup> Concretamente el art. 15.6 ET en la redacción dada por la Ley 32/1984 y 15.8 ET en la redacción del RD-Legislativo 1/1995 (en este caso, referido sólo al fijo discontinuo, pues el

10/1994 y del RD-Ley 1/1995, que separa estos contratos de la regulación de la contratación temporal y la ubica en el art. 12.2 ET. Pasan así a considerarse que ambos tienen una naturaleza de contrato a tiempo parcial, regulándose como dos de los supuestos en que el contrato a tiempo parcial tiene consideración de contrato indefinido. Como destacó la doctrina en su momento, con ello se perdía su autonomía como modalidades contractuales<sup>14</sup>. No obstante, la posterior reforma de 2001 (RD-Ley 5/2001 y Ley 12/2001), rectifica la cuestión, pero ahonda en la separación de las dos submodalidades, pues modifica nuevamente el ET, dejando al fijo periódico como modalidad del contrato a tiempo parcial en el art. 12 ET. Por el contrario, el fijo discontinuo se desgaja y, sorpresivamente, regresa a la sede propia de la contratación temporal<sup>15</sup>, si bien evidenciando de manera expresa que estamos ante un contrato indefinido. Se cuestionaba así la naturaleza de contrato a tiempo parcial del fijo discontinuo; es decir, que por definición deba tener en todo caso y circunstancia consideración de contrato a tiempo parcial. No obstante, ello no suponía rechazar que estos contratos pudieran concertarse a tiempo parcial; pero no por su propia naturaleza y con carácter exclusivo. Así, el propio art. 15.8 ET en la redacción otorgada por estas normas reconoce la posibilidad de que pueda utilizarse el fijo discontinuo en la modalidad de tiempo parcial (lo cual se ha reiterado tanto en el RD Legislativo 2/2015 como en la nueva redacción del art. 16 ET que analizamos en este trabajo). En definitiva, siendo criticable la ubicación, es evidente que esta nueva regulación supuso la recuperación de la autonomía de esta modalidad contractual respecto del contrato a tiempo parcial<sup>16</sup>.

La evolución, hasta el momento previo de la reforma, se redondea con un nuevo cambio introducido por el RD Legislativo 2/2015 que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores actualmente vigente (y modificado por el RD-Ley 32/2021). En este caso el legislador decide mantener el contrato fijo periódico como modalidad de contrato a tiempo parcial y dedicar un precepto específico al fijo discontinuo (art. 16 ET). Se mantiene así una bifurcación de las dos submodalidades de este tipo de trabajo indefinido, pero corrigiéndose la anomalía técnica de regular en sede de contratos temporales un contrato que tiene naturaleza indefinida.

Es sobre esta situación sobre la que actúa la reforma del RD-Ley 32/2020, que introduce otra nueva alteración sustancial en el complejo esquema que hemos intentado describir. De entrada, se deroga el art. 12.3 ET; es decir, desaparece la

periódico, tal como hemos señalado se incorporó a la regulación de contratos a tiempo parcial (art. 12 ET).

<sup>14</sup> Ballester Pastor, I.: Op. cit., página 29; García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., página 95.

<sup>15</sup> Art. 15.8 ET.

<sup>16</sup> En este sentido Valverde Asencio, A.: Op. cit., página 14.

submodalidad de contrato fijo periódico, que se integra en el art. 16; de manera que se termina con la disociación en dos submodalidades diferentes. Se da autonomía a la modalidad contractual, pues no se hace depender ni de los contratos a tiempo parcial, ni se regula dentro de la contratación temporal estructural. De otro lado, esa autonomía se refuerza con un intento de dotarle de una regulación específica, pasando a tener el art. 16 ET el doble del tamaño de su versión anterior, incluyéndose situaciones que con anterioridad no se contemplaban como supuestos objeto de esta modalidad contractual.

En definitiva, podemos decir que la evolución de esta modalidad contractual ha sido, cuanto menos tortuosa; caracterizada fundamentalmente por tres elementos. En primer lugar, por una permanente indefinición del legislador que ha ocasionado una inseguridad en cuanto a la naturaleza de la modalidad contractual, confundida entre la contratación temporal y la contratación a tiempo parcial. La especificidad de esta modalidad no reside ni en la temporalidad de la prestación, pues es absolutamente evidente que estamos ante un contrato indefinido, ni en la distribución del tiempo de trabajo, pues no es una prestación en la que, por su naturaleza, se requiere menos tiempo de trabajo. La base de esta modalidad consiste en el hecho de que existiendo una necesidad productiva indefinida y ordinaria, ha de desarrollarse de manera discontinua en el tiempo.

Esa inseguridad del legislador ha generado deficiencias técnicas importantes, tal como ha ocurrido con la propia denominación de la modalidad, que en las primeras versiones de su regulación figuraba como “trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo”; es decir, sin advertir que toda prestación de trabajo que no es continuada (es decir, discontinua, por interrumpirse a lo largo del tiempo) no tiene que ser necesariamente periódica. Otra deficiencia clamorosa ha sido la de considerar que estábamos ante contratos de carácter temporal.

Por último hay que tener en cuenta como la acción del legislador ha ido pasando de un planteamiento centrífugo o disgregador de la modalidad, que pasó a convertirse en dos submodalidades diferentes, autónomas entre sí, reguladas en preceptos distintos (el fijo periódico y el fijo discontinuo); para volver a un planteamiento unificador con la última reforma, por considerar que la distinción es artificial<sup>17</sup>. En conclusión, una constante indefinición del modelo normativo que ha generado bastante confusión en esta modalidad contractual.

<sup>17</sup> Tal como expresamente señala la propia exposición de motivos del RD-Ley 32/2021.

### 3. DELIMITACIÓN DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO

#### 3.1. Unificación de los contratos fijos discontinuos y periódicos

Tal como hemos señalado anteriormente, uno de los objetivos de la reforma ha sido el de unificar la subdivisión entre fijos periódicos y discontinuos. Es por eso que se ha derogado el art. 12.3 ET y el art. 16 ET contempla hoy de manera general estos contratos en una única modalidad contractual, la de los contratos fijos discontinuos<sup>18</sup>.

Desde mi punto de vista, la unificación bajo la denominación de fijo discontinuo es totalmente acertada, pues si lo que se busca es la unificación regulatoria, el uso del término discontinuo (contratos que no se desarrollan de manera continua), es el adecuado, pues incluye ambas submodalidades, eliminando el término periódico que son aquellos discontinuos de carácter totalmente cíclico. Por lo tanto, bajo la denominación de fijo discontinuo se agrupan hoy las diferentes situaciones de prestaciones de trabajo indefinido, que tienen carácter intermitente, ya sea por tener un carácter estacional o vinculado a actividades de temporada (ya sea por motivos de clima como en la agricultura o el turismo; en función de la existencia de demanda estacional como en caso de los dulces navideños o rebajas comerciales; o la existencia de materias primas sólo en ciertas épocas del año, tal como ocurre con las conservas vegetales); o bien aquellas que no teniendo ese carácter estacional, son intermitentes, ya tengan períodos de ejecución ciertos y determinados, o se desarrollen en períodos inicialmente indeterminados.

Por lo tanto, aunque se haya producido la unificación normativa no supone la desaparición del mundo del derecho de la posibilidad de contratar trabajadores para actividades no continuas que se realizan en fechas totalmente ciertas: nada lo impide, pues tal como señala el art. 16.1 ET en su primer apartado, el fijo discontinuo incluye también actividades sometidas a períodos de ejecución intermitentes y que tengan períodos de ejecución ciertos y determinados. Hay, por tanto, espacio para las relaciones que hasta hoy tenían la consideración de fija periódica.

Aclaremos también que si se acude al contrato fijo discontinuo para atender necesidades estacionales o de temporada que tienen períodos de ejecución ciertos y determinados (es decir, lo que hasta la reforma era el contrato fijo periódico), este contrato no tiene necesariamente condición de contrato a tiempo parcial: con la nueva regulación la condición de trabajo a tiempo parcial requiere que se contemple expresamente por la negociación colectiva, tal como veremos posteriormente.

<sup>18</sup> Establece al respecto la exposición de motivos, que “no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico, incluyéndolos en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral (...)”.

En conclusión, hay una unificación normativa o reguladora, pero ello no supone la supresión de la submodalidad. Entendemos que este es un planteamiento correcto, si bien genera, ciertamente alguna duda interpretativa respecto del régimen jurídico aplicable y si este se extiende completamente a ambos supuestos, por ejemplo, en materia de llamamiento, como veremos posteriormente.

### **3.2. El contrato fijo discontinuo por empresas contratistas y subcontratistas o en caso de concesiones administrativas**

Otra de las intenciones del legislador ha sido la de potenciar la contratación indefinida, facilitando una mayor estabilidad en el empleo. Entre otras vías, lo pretende desviando al contrato fijo discontinuo situaciones que anteriormente asumía la contratación temporal. Ello conduce a un crecimiento de los supuestos de hecho que pueden dar lugar al contrato fijo discontinuo. Así, se incorporan expresamente a esta modalidad dos importantes realidades que van a suponer un relanzamiento de una modalidad contractual que había tenido un uso limitado hasta ahora<sup>19</sup>.

En primer lugar, se señala que podrá utilizarse el contrato fijo discontinuo “para el desarrollo de 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”. Dicho de otro modo, se pretende desviar supuestos de contratación temporal del art. 15 ET (bajo la regulación anterior, fundamentalmente contratos de obra o servicios determinados o eventuales) al fijo discontinuo.

Cabe preguntarse si esta nueva situación supone que la actividad a desarrollar por empresas contratistas o subcontratistas debe derivarse necesariamente al fijo discontinuo. Para responder a esta cuestión hay que confrontar el art. 16.1 ET con la nueva redacción del art. 15.2 ET.

El art. 16.1 ET se refiere a contratos mercantiles o administrativas que cumplan dos exigencias: ser previsibles y que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Por su parte, el art. 15.2 ET, admite el uso del contrato por circunstancias de la producción (creo que podemos seguir denominándolo contrato eventual) cuando hay un “incremento ocasional e imprevisible” de la actividad de la empresa, lo que genera un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que necesario, aun cuando se trata de la actividad normal de la empresa. Por lo tanto, en ambos casos estamos ante una necesidad no permanente de mano de obra; pero el contrato temporal podrá celebrarse en situaciones en que hay una necesidad

<sup>19</sup> Vid., por ejemplo, <https://www.elindependiente.com/economia/2021/11/03/solo-uno-de-cada-100-contratos-firmados-en-octubre-fueron-fijos-discontinuos/> donde se señala que sólo el 3% del total de los casi 20 millones de contratos celebrados, eran fijos discontinuos.

ocasional e imprevisible; mientras el fijo discontinuo supone la cobertura de una necesidad productiva ordinaria y previsible.

Teniendo en cuenta la situación de una empresa contratista, cuya actividad es prestar a terceros un determinado servicio, parece conveniente considerar que esa actividad normal consistente en prestar un servicio, como regla general siempre es previsible y no meramente ocasional, sino permanente, pues la necesidad de mano de obra se reitera en el tiempo, si bien no necesariamente de manera cíclica. Por tanto, en estos casos debe acudir al empleo indefinido, fijo discontinuo. No obstante, por supuesto, habrá que estar a la interpretación jurisprudencial de qué haya de entenderse por “imprevisible” y por “ocasional”. No olvidemos que la jurisprudencia, en ocasiones, ha facilitado una interpretación flexible del contrato de obra o del contrato eventual. Por mi parte, estimo que si una empresa se dedica a prestar un determinado servicio a terceras empresas, no puede entenderse que el hecho de ser contratado por tales empresas sea una situación ni ocasional ni imprevisible; por lo que ha de acudir al contrato fijo discontinuo. En todo caso, juega a favor de una interpretación estabilizadora, el hecho de que la reforma tiene entre sus objetivos esenciales, justamente, el de dotar a la contratación laboral de mayores dosis de estabilidad. Más aún la reforma se ha referido a esta cuestión de manera expresa, lo que deja bien claro la prioridad que se da a la contratación fija discontinua en caso de empresas contratista o subcontratistas: de un lado, mediante una norma en positivo, al incluir hoy el art. 16 expresamente la situación de las contrata como supuesto de hecho propio del contrato fijo discontinuo; de otro lado, desde una perspectiva negativa, cuando al regular el contrato eventual o por circunstancias de la producción, el art. 15.2 ET *in fine*, señala que “No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata 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”. Existe, por tanto, una clara preferencia por el fijo discontinuo.

Pero digo bien, preferencia o prioridad; lo que no supone que toda relación laboral de una empresa contratista respecto de la plantilla que realiza la actividad normal, haya de reconducirse al fijo discontinuo. Ello es así pues el art. 15. ET deja abierta alguna posibilidad a la contratación temporal. De entrada, es perfectamente posible un contrato de sustitución (interinidad) de un fijo discontinuo. Sobre esta cuestión no hay polémica. Además, el art. 15.2 ET delimita el contrato eventual o por circunstancias de la producción señalando que es el que hace frente al incremento “ocasional e imprevisible” de las necesidades productivas: puede ocurrir que en el marco de un contrato o subcontrata se produzca una situación puramente ocasional y que además sea imprevisible que requiera de mano de obra meramente temporal. Por ejemplo, una empresa contratista de limpieza, que presta sus servicios para una determinada empresa principal (un hospital público) y que con ocasión de una pandemia, ve como la Administración modifica el contrato para

incrementar durante la pandemia los servicios de limpieza. En este caso, entiendo que podría acudirse a la contratación temporal. De otro lado, el propio art. 15.2 ET establece la posibilidad de acudir al contrato eventual en situaciones “ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos de este párrafo”; es decir, de los dos elementos característicos de esta modalidad de contrato temporal, se suprime que sean necesidades imprevisibles. Se trata de trabajos marginales, pues su duración es muy reducida (máxima de 90 días) y que no pueden ser utilizados de manera continuada. Desde mi punto de vista, lo que se pretende es mantener como contratos temporales relaciones de trabajo de cortísima duración. En todo caso, es evidente que aquí va a existir un punto de choque entre ambas modalidades contractuales. Desde mi punto de vista, si se evidencia que no estamos ante necesidades ocasionales, sino que se reiteran en el tiempo, más aún que se reiteran cíclicamente en fechas similares, estaremos en el ámbito del art. 16.1 ET y no en el del art. 15.2 ET<sup>20</sup>.

En caso de acudirse al trabajo fijo discontinuo en contrata o subcontratas, se especifica (art. 16.4 ET) que los períodos de inactividad sólo pueden producirse como plazo de espera entre una contrata y otra. Desde mi punto de vista con ello se está haciendo referencia a 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” (término usado por este precepto) una vez que haya una nueva contrata o subcontrata. Parece lógico afirmar que tal obligación existirá siempre y cuando la actividad a desarrollar sea compatible con las aptitudes profesionales comprometidas en el contrato de trabajo. En todo caso, ante la existencia de varios trabajadores fijos discontinuos aptos y disponibles para desarrollar actividad en la nueva contrata, es evidente que será de aplicación las reglas sobre llamamiento. En este punto surge la duda de qué reglas deben ser tenidas en cuenta, ¿las del convenio aplicable a la empresa contratista, o las aplicables a la empresa principal? Entiendo que, evidentemente, son las propias de la empresa contratista.

### 3.3. El contrato fijo discontinuo con ETT

La segunda ampliación de expresa hace referencia a la actuación a través de empresas de trabajo temporal: el art. 16.1 ET señala ahora en su último apartado que podrán celebrarse contratos fijos discontinuos entre ETT y un trabajador para ser cedido, en los términos del art. 10.3 de la Ley 10/1994 de empresas de

<sup>20</sup> Debe resaltarse que se ha eliminado en la regulación del contrato eventual que realiza el nuevo art. 15 ET, la referencia a incrementar la duración máxima del contrato “en atención al carácter estacional de la actividad”, lo que refuerza una nueva línea fronteriza más favorable al contrato fijo discontinuo. En todo caso, si se mantiene esa referencia al carácter estacional en la todavía vigente regulación reglamentaria del contrato eventual (art. 3 RD 2710/1998), si bien en clara contradicción con la regulación legal.

trabajo temporal. Este precepto, también modificado por el RD-Ley 32/2021. Este precepto regula en su párrafo primero la posibilidad de que las ETTs puedan celebrar contratos con un trabajador, para que éste cubra varios contratos de puesta a disposición sucesivos con varias empresas usuarias diferentes. A esta regulación preexistente, se añade ahora un segundo párrafo a tenor del cual que las ETTs puedan acudir al contrato fijo discontinuo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de las empresas usuarias; es decir, en situaciones propias del art. 15 ET. Obsérvese que parecería extraño que para la cobertura de necesidades puramente temporales se acuda al contrato fijo discontinuo; pero debemos resaltar que se trata de necesidades de la empresa usuaria, no de la ETT que se dedica a la cesión de manera permanente. Este planteamiento es contrario al que había defendido el TS que había rechazado la posibilidad de que las ETTs utilizaran el contrato fijo discontinuo para cesiones a empresas usuarias<sup>21</sup>.

Debe tenerse en cuenta que si bien el art. 10.3 LETT plantea una situación de encadenamiento de contratos de puesta a disposición, que puede ser atendida tanto a través de lo previsto en el primero de los párrafos como en el segundo, lo cierto es que ambas situaciones no son idénticas. Así, el primer párrafo del art. 10.3 LETT señala que los sucesivos contratos de puesta a disposición deben estar plenamente identificados en el momento de la firma del contrato de trabajo. Al estar plenamente identificados, dichos contratos, la consecuencia es que ese encadenamiento es evidentemente temporal, pues es imposible una identificación de contratos de manera indefinida. En el caso del segundo párrafo, al tener el contrato fijo discontinuo una naturaleza indefinida, no parece necesario (ni posible) que esté plenamente identificada toda la sucesión de puestas a disposición, justamente por no ser posible una previsión de todas hasta la extinción del contrato. De hecho el párrafo segundo no exige de manera expresa esa identificación.

Dado que en el caso de acudir al fijo discontinuo no es necesario que haya una continuidad entre las sucesivas puestas a disposición, entre una y otra el trabajador estará en situación de inactividad; lo cual es propio de los contratos fijos discontinuos. En este sentido el propio párrafo segundo del art. 10.3 LETT señala que coincidirán “en este caso los períodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos”. Por el contrario, en caso de acudir al primero de los párrafos del art. 10.3 LETT, no habrá períodos de inactividad, pues tales períodos son propios del fijo discontinuo. En todo caso, al señalarse expresamente que el fijo discontinuo está en situación de inactividad, se plantea que tal situación no puede ser mantenida artificialmente por la ETT cuando hay contratos de puesta a disposición en los que, por su cualificación, podría ser cedido: si se producen contratos de puesta a disposición y el fijo discontinuo no es llamado para cubrir

<sup>21</sup> Vid. STS de 30 julio de 2020, RJ\2020\3885, si bien esta sentencia cuenta con un sólido voto particular.

la vacante según lo acordado en convenio, debemos estimar que se trata de una extinción del contrato de trabajo.

También señala el art. 10.3 LETT *in fine* que los convenios sectoriales o de empresa de las ETTs podrán fijar una garantía de empleo para los fijos discontinuos de ETTs; es decir, que a través de negociación colectiva se establezca el compromiso de una utilización mínima por parte de la ETT.

Desde el punto de vista de la negociación colectiva, este precepto señala respecto de los fijos discontinuos, que todas las referencias del art. 16 ET a la negociación colectiva habrán de entenderse realizadas a los convenios sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal. Estas referencias del art. 16 ET son las siguientes: la regulación del llamamiento, la creación de una bolsa sectorial de empleo, la posibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial, o la fijación de un período mínimo de llamamiento anual, la regulación de cuantía económica por fin de llamamiento y los procedimientos de conversión del contrato. Por lo tanto, sobre estas cuestiones hay que estar a la negociación propia de las empresas de trabajo temporal aplicable al concreto supuesto. No obstante, para las condiciones de trabajo cuando se está en situación de actividad, serán las correspondientes a la empresa usuaria (art. 11 LETT). Cabe hacer una advertencia sobre el llamamiento: el art. 16.3 ET prevé que el llamamiento se regule por convenio, o en su defecto acuerdo de empresa; mientras que el art. 10.3 LETT señala que las referencias a la “negociación colectiva” del art. 16 ET se entienden hechas al convenio de sector o de empresa de las empresas de trabajo temporal; es decir, deja fuera a los acuerdos de empresa. Consecuentemente, ¿es posible acudir al acuerdo de empresa para regular el llamamiento de fijos discontinuos contratados por ETTs? Entendemos que esta falta de alusión al acuerdo de empresa es un defecto técnico de la reforma; por lo que ha de responderse afirmativamente la pregunta. De hecho, si es posible regular esta cuestión por convenio de empresa y no hay limitación en cuanto al nivel concreto de negociación, ¿qué razón habría para que no se regule por acuerdo de empresa? No obstante, dada la literalidad de la regulación, siempre podría defenderse la posición contraria.

### 3.4. Fijo discontinuo a tiempo parcial

A tenor del art. 16.5 ET, los convenios colectivos sectoriales pueden establecer, si las peculiaridades de la actividad del sector lo justifica, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos discontinuos. Por lo tanto, es evidente que cabe la posibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial en esta modalidad. Esta posibilidad se condiciona a la negociación colectiva, por tanto, no cabe contratar libremente a tiempo parcial en esta modalidad contractual, siendo esencial el papel de la negociación colectiva<sup>22</sup>. El

<sup>22</sup> En este sentido ya advertía, respecto de regulaciones anteriores, Casas Baamonde, M.E., que con esta regulación se otorga un papel esencial a la negociación colectiva, pues el legislador fía

legislador prevé que sólo sean los convenios sectoriales los que regulen esta cuestión (art. 16.5 ET en su párrafo segundo, en relación con el primero), lo que evidencia la intención restrictiva del legislador, que excluye a los convenios de empresa<sup>23</sup>. De otro lado, ni tan siquiera el convenio puede actuar libremente, sino que sólo es admisible la contratación a tiempo parcial si hay peculiaridades de la actividad en el sector (no en la empresa) que justifiquen el fijo discontinuo a tiempo parcial<sup>24</sup>. Desde este punto de vista puede afirmarse que existe un cierto carácter restrictivo en esta regulación que, por otra parte, no es sino una reiteración de lo establecido por la anterior redacción del art. 16.4 ET.

Este carácter restrictivo que emana del art. 16.5 ET se complementa con lo dispuesto por el art. 12.2 y 3 ET: de entrada se ha derogado el apartado 3º que regulaba el fijo periódico como contrato a tiempo parcial; de otro lado, el apartado segundo contempla que el contrato indefinido se pueda concertar a tiempo parcial “en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación”. Tal como acabamos de ver, la regla legal que permite contratar a tiempo parcial trabajadores fijos discontinuos es el art. 16.5 ET en su segundo párrafo, cuya regulación limita esta posibilidad en los términos antes señalados. Se admite, por tanto la contratación a tiempo parcial, pero de manera restrictiva. Desde mi punto de vista ello se explica como una expresión más del interés del legislador de evitar relaciones laborales precarias y de escasa calidad.

En todo caso, una vez que se admite la posibilidad del trabajo fijo discontinuo a tiempo parcial, también resultan de aplicación las normas propias del régimen jurídico de este último, como la prohibición de realizar horas extraordinarias o la realización de horas complementarias<sup>25</sup>.

Respecto de la posibilidad de la contratación a tiempo parcial surgen algunas dudas. La primera se refiere a los fijos discontinuos cuya actividad se reitera cíclicamente con períodos de ejecución ciertos; es decir, los fijos periódicos que antes se regulaban como contrato a tiempo parcial en el art. 12.3 ET (en su anterior redacción). Según la anterior regulación tales contratos tenían la consideración

en ella la posibilidad de que tenga efectos la contratación a tiempo parcial. “La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo)”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2002, página 551.

<sup>23</sup> Casas Baamonde, M.E. estimaba que circunscribir esta cuestión a los convenios sectoriales no es sino una manifestación de la pretensión del legislador de aplicar la contratación a tiempo parcial a toda la actividad regulada por el convenio de sector; si bien admite que también es perfectamente posible que el convenio de sector regule situaciones singulares dentro de un sector, por las que se demande la realización de actividad a tiempo parcial. Op. cit., página 552.

<sup>24</sup> Probablemente estas peculiaridades deben vincularse a una necesidad de distribución irregular de la jornada de trabajo, tal como señalaba Álvarez De La Rosa, M.: Op. cit., página 165.

<sup>25</sup> Vid. Casas Baamonde, M.E.: Op. cit., página 553.

natural de contratos a tiempo parcial. ¿Debemos mantener esta consideración en la actualidad? A mi juicio la respuesta debe ser negativa: es posible la contratación a tiempo parcial, pero estos contratos antes denominados fijos periódicos no son, hoy, un supuesto natural de contrato a tiempo parcial. La consideración de contrato a tiempo parcial depende en la actualidad de que lo admita la negociación colectiva, tal como hemos señalado anteriormente. Por lo tanto, habrá que estar a lo que allí se regule; y si nada se regula o se prohíbe, entendemos inviable un contrato a tiempo parcial.

De otro lado, hemos visto como el contrato a tiempo parcial se condiciona a la negociación sectorial. Pero si se tratan de contratos fijos discontinuos en contratas o subcontratas o a través de ETT, ¿cuál es el convenio que ha de regular esta cuestión? En el caso de fijos discontinuos en ETTs, la cuestión se resuelve expresamente por el art. 10.3 LETT: el convenio sectorial de ETTs. En el caso de empresas contratistas o subcontratistas la duda no está resuelta expresamente, pudiendo defenderse que sea el convenio de sector de las empresas contratistas o el de la empresa principal. Creo que, por analogía con las ETTs, debe entenderse que se trata del convenio de sector propio de las contratistas.

Para terminar, ¿y si no hay convenio de sector? Entiendo que en este caso no hay posibilidad de contratar a tiempo parcial. Idéntica respuesta ha de darse si el convenio no regula esa cuestión.

#### **4. REQUISITOS FORMALES**

El apartado 2º del art. 16 regula las exigencias formales propias de esta modalidad contractual. En líneas generales podemos señalar que no existen realmente grandes diferencias respecto de la regulación anterior. De entrada, se exige la forma escrita, lo cual ha sido un requisito esencial en este tipo de contratos, derivada de la necesidad de transparencia en cuanto a la identificación de una modalidad contractual con importantes especialidades respecto del contrato fijo ordinario. Esta exigencia coincide con lo dispuesto por el art. 8.2 ET (que no ha sido modificado por el RD-Ley 32/2021<sup>26</sup>), pues éste también señala la necesidad de que consten por escrito los contratos fijos discontinuos.

Sin embargo, nada se regula sobre cuál es la consecuencia de no dotar de forma escrita a esta modalidad contractual, cuestión que no se contempla ni por el art. 16 ET (ya sea en su versión actual o la anterior), ni en el art. 8.2 ET. Parece lógico que en estos casos se considere que estamos ante un contrato indefinido

<sup>26</sup> Lo cual debe resaltarse, pues este precepto sigue refiriéndose a la necesidad de dotar de forma escrita al desaparecido contrato de obra o servicio determinado.

ordinario, salvo prueba en contra de su carácter discontinuo<sup>27</sup>. De otro lado, la redacción anterior del art. 16 ET hacía referencia no sólo a la forma escrita, sino a la necesidad de formalización en el modelo específico de estos contratos, cuestión que ahora no se recoge en el nuevo art. 16.2 ET.

El contrato deberá reflejar “los elementos esenciales de la actividad laboral”. Se trata de una referencia un tanto críptica, que se aclara por el propio precepto al señalar a continuación que, entre otros, debe figurar la duración del período de actividad, la jornada y su distribución horaria. Se trata de tres cuestiones que ya se señalaban en la regulación anterior, por lo que, aparentemente no existe novedad al respecto. Sin embargo, hay alguna diferencia que debemos resaltar. En primer lugar, respecto de la duración del período de actividad, se plantea esta exigencia sin ningún condicionamiento, mientras que en la redacción anterior se hacía referencia a la “duración estimada” de la actividad. Parece más adecuada esta última expresión, pues tal como señala el art. 16.1 ET, esta modalidad agrupa prestaciones de trabajo discontinuas o intermitentes, ya tengan períodos de ejecución ciertos determinados (en los que es posible conocer con certeza la duración del período de actividad), o indeterminados (situación en la que no parece pueda conocerse más que la duración estimada de la actividad). De otro lado, en cuanto a las otras dos cuestiones, jornada y distribución horaria, se señala que deberán constar, pero con carácter estimado. Esta redacción es similar a la anterior; ahora bien, el carácter estimado se refería sólo a la jornada, no así respecto de la distribución horaria, por lo que la nueva regulación resulta más flexible en este punto. Por otra parte, en la redacción actual se prevé que tal carácter estimado se hará constar en el contrato, “sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”. Entendemos que esta puntualización es del todo adecuada, pues al tratarse de un contrato fijo, es evidente que con el paso del tiempo las estimaciones iniciales fijadas en el contrato pueden tener muy poco que ver con la realidad de cada momento posterior; de ahí que sea necesaria una mayor precisión, que sólo puede darse en el momento del llamamiento.

Para terminar, debe tenerse en cuenta que si bien los principales elementos esenciales de la actividad laboral pueden ser tanto duración de la actividad, jornada y distribución horaria, la actual redacción no sólo se refiere a estas tres cuestiones, sino a los elementos esenciales de la actividad laboral, haciendo referencia, “entre otros”, a los tres señalados. Es decir, deberían incluirse otros elementos o condiciones esenciales y no sólo las expresamente señaladas (salario, convenio aplicable, etc.). En todo caso, recordemos que el art. 8.5 ET contiene la obligación empresarial de informar al trabajador de los “elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral”, cuestión desarrollada por el RD 1659/1998.

<sup>27</sup> Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 296.

Cabe reseñar cómo en la nueva redacción del art. 16 ET no se requiere, tal como si hacía su redacción anterior, que en el contrato se recoja la forma y orden del llamamiento que ha de estar regulada en el convenio colectivo. Considero que ello se debe al hecho de que es posible que el convenio altere la forma de realizar el llamamiento, en cuyo caso la descripción en el contrato de un procedimiento de llamamiento ya inexistente, carece totalmente de utilidad. No obstante, también es cierto que la negociación colectiva suele ser muy estable, no sólo en este punto, sino con carácter general. Es por ello que parece criticable haber suprimido esta alusión a la forma y orden del llamamiento.

## 5. LA OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO

### 5.1. Significado y ámbito de aplicación

Una de las peculiaridades más relevantes del régimen jurídico de los contratos fijos discontinuos es la obligación empresarial del llamamiento; es decir, la operación a través de la cual el empresario, una vez que es necesario reiniciar la actividad, procede a convocar a cada trabajador fijo discontinuo para que se incorpore al trabajo. Ello supone una doble manifestación, de un lado el reinicio de la actividad y de otro que corresponde, según los criterios establecidos, la reincorporación de un determinado trabajador<sup>28</sup>. Esta obligación es relevante, pues con ella los trabajadores toman conocimiento de la interrupción del período de inactividad y que deben volver a cumplir con su obligación laboral. Además, supone un cierto orden en la reincorporación, pues las necesidades productivas no tienen que ser idénticas en cada período de actividad, o no tienen la misma intensidad a lo largo del período de actividad, de manera que no sean necesarios todos los trabajadores fijos discontinuos. Se trata, por tanto, de un elemento esencial, lo que supone imponer una obligación al empresario y un derecho (no una mera expectativa) del trabajador<sup>29</sup>.

De entrada es necesario aclarar cuál es el ámbito de la obligación empresarial de llamamiento en relación a los diferentes supuestos de contratos fijos discontinuos. La cuestión es interesante, pues las regulaciones anteriores establecían esta obligación sólo respecto del fijo discontinuo, pero no se requería llamamiento en caso de fijos periódicos. Aparentemente el motivo de esta distinción era que en estos últimos contratos, al tratarse de necesidades totalmente cíclicas, en las que hay certeza en cuanto al momento de inicio del período de actividad, no era

<sup>28</sup> Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 292.

<sup>29</sup> Vid. Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: “Trabajo fijo periódico y fijo discontinuo. Consideraciones actuales”, *Relaciones Laborales* nº 5 de 2010, página 357; García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., página 99.

necesario el llamamiento de los trabajadores<sup>30</sup> (al margen, claro está, de que a través de la negociación colectiva pudiera establecerse esta obligación también para el fijo periódico<sup>31</sup>). Sin embargo, con la supresión de la distinción formal entre una y otra submodalidad, el legislador ha establecido una obligación de llamamiento con carácter general, de manera que afecta también a los supuestos de fijos discontinuos que desarrollan actividades con períodos de ejecución ciertos. Dado este carácter general de la obligación de llamamiento, también resulta de aplicación a los supuestos de contratos fijos discontinuos efectuados para la prestación de servicios en el marco de contrata o subcontratas y cuando las ETTs acuden a esta modalidad contractual.

## 5.2. Contenido de la obligación

El legislador ha cedido la regulación de tan relevante cuestión a la negociación colectiva (convenio colectivo –no se requiere que sea de un nivel determinado, por lo que puede ser sectorial o de empresa– o acuerdo de empresa<sup>32</sup>), limitándose a dar unas pocas especificaciones; básicamente que han de establecerse criterios objetivos y formales. En cuanto a estos últimos, la forma del llamamiento, dado que el llamamiento consiste en la manifestación, por parte del empresario, de la necesidad de reincorporación al trabajo de quienes lo prestan de manera discontinua, va a requerir el cumplimiento de una serie de exigencias formales, que son necesarias tanto para demostrar que el empresario ha cumplido con su obligación (lo cual es relevante, pues ante la falta de llamamiento el trabajador puede estimar que el contrato se ha extinguido e interponer la correspondiente demanda<sup>33</sup>), como para que el trabajador tenga perfecto conocimiento de cómo y cuándo ha de retomar su actividad y cumplir con sus obligaciones laborales. No en vano, el propio art. 16.3 ET señala que el llamamiento debe realizarse por un procedimiento del que quede constancia.

<sup>30</sup> En este sentido Alarcón Caracuel, M.R.: “Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo”, en AA.VV., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Marcial Pons, Madrid 1995, página 162; también Baylos Grau, A.: “Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo”, en AA.VV., *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid 1994, páginas 154 y 155.

<sup>31</sup> Así lo planteaba Yanini Baeza, J.: Op. cit., páginas 80 y 81.

<sup>32</sup> En este último caso debe tenerse en cuenta que el art. 10.3 LETT señala que las referencias a la negociación colectiva del art. 16 ET han de entenderse realizadas a los convenios sectoriales o de empresa propios de ETTs, sin mencionar los acuerdos de empresa, por lo que en estos casos puede surgir la duda de si el acuerdo de empresa puede regular el llamamiento en estos casos. Desde mi punto de vista habría que responder a esta duda afirmativamente.

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión, vid Goerlich Peset, J.M.: “Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿el final de una larga discusión?”, *Temas Laborales* nº 61, página 142; también Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 292.

Convenio o acuerdo de empresa tienen una amplia libertad para configurar los requisitos formales. No obstante, el art. 16.3 ET establece unas reglas mínimas. En primer lugar, ha de realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación al trabajador. La exigencia escrita no constaba en la regulación anterior, por lo que supone una importante novedad<sup>34</sup>; además la reforma ha incorporado la posibilidad de que se utilice otro medio (por ejemplo, electrónico), lo que permite que se realice por correo electrónico o incluso a través de mensaje telefónico. En todo caso, el medio de comunicación elegido debe permitir constatar la realización del llamamiento al trabajador.

De otro lado, 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. No son aceptables, por tanto, llamamientos genéricos, sino personales, aun cuando el contenido de cada uno sea idéntico a los otros o con pequeñas modificaciones (en cuanto a la fecha de incorporación).

Por último, dicho llamamiento debe incorporar “las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada”. Como es lógico, tales condiciones deben ser coherentes con lo pactado sobre el llamamiento en el convenio, pues de lo contrario estaríamos ante un llamamiento contrario al convenio, lo que deja la puerta abierta a la reclamación judicial del trabajador afectado. En cuanto a tales indicaciones, resultan imprescindibles el plazo de reincorporación y la concreción del puesto de trabajo a desarrollar (que debe corresponderse con la clasificación profesional con la que fue contratado el trabajador) y el lugar de prestación de servicios. Además, tal como se señala en el art. 16.2 ET, el llamamiento debe concretar la jornada y distribución horaria (recordemos que esta cuestión debe reflejarse en el contrato, pero con carácter estimado, debiendo concretarse en el momento del llamamiento). Por otra parte, se especifica que el preaviso ha de producirse con un plazo de antelación adecuado, que ha de fijarse también por el convenio colectivo. Se trata de un plazo que permite la incorporación del trabajador sin que deban producirse llamamientos sorpresivos que limiten la capacidad del trabajador para volver a trabajar<sup>35</sup>. De otro lado, no es extraño que el trabajador resida en lugar diferente al de su puesto de trabajo, lo que puede requerir su desplazamiento con cierta antelación o incluso un cambio temporal de residencia.

Por otra parte, el convenio no sólo ha de regular la forma de llamamiento, sino también los criterios objetivos para proceder al llamamiento; es decir, aquellos

<sup>34</sup> En todo caso, dadas las necesidades de que el empresario pudiera demostrar la realización del llamamiento, lo cierto es que la negociación colectiva ha venido exigiendo la necesidad de hacerlo por escrito.

<sup>35</sup> Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: Op. cit., página 363.

elementos que van a determinar el orden en el llamamiento. Con esta cuestión se hace referencia a una cuestión habitual del contrato fijo discontinuo y es el hecho de que no todas las actividades productivas cubiertas por fijos discontinuos requieren siempre de un uso de mano de obra de la misma intensidad; es decir, que en ocasiones necesitarán a la totalidad de los fijos discontinuos y en otras ocasiones requerirán (por ser menores las necesidades productivas) de una menor cantidad de mano de obra o de que esta se incorpore de manera paulatina, de manera que no exige la incorporación simultánea de todos ellos, pudiendo secuenciarse para ajustarse a las necesidades organizativas<sup>36</sup>; o incluso no producirse el llamamiento debido a la caída del consumo<sup>37</sup>. Por otra parte, la actividad de la empresa no siempre se reinicia a un mismo ritmo, sino que es perfectamente posible que la intensidad se incremente paulatinamente hasta alcanzar su nivel máximo. En consecuencia, será necesario fijar un orden para la incorporación de los fijos discontinuos al trabajo. No obstante, en ocasiones no es necesario fijar tales criterios, tal como puede ocurrir en algunas actividades fijas periódicas, de manera que todos los trabajadores se reincorporan y en una misma fecha (de hecho, bajo las anteriores regulaciones el llamamiento no formaba parte del régimen jurídico del fijo discontinuo).

La nueva regulación no contiene ninguna indicación sobre cuáles deben ser los criterios, sino que se remite al convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa. En esto sigue la línea marcada por la regulación precedente que también se remitía al convenio. Posiblemente el criterio de la antigüedad (que se utilizaba por regulaciones anteriores del fijo discontinuo, como la establecida por la Ley 32/1984) siga siendo utilizada ampliamente, pero es evidente que esta puede jugar junto a otros criterios, o también prescindir de la antigüedad y utilizar esos otros criterios. De otro lado, es lógico que tales criterios diferencien también en función de la concreta actividad que deben desarrollar los trabajadores fijos discontinuos, de manera que deban aplicarse, no con carácter general, sino por grupos o categorías profesionales, o en función de la especialización profesional del trabajador; cuestión que puede ser muy relevante en caso de uso por contratistas o ETTs de trabajo fijo discontinuo, dado que tales empresas pueden hacer frente a actividades productivas muy diferentes con sus trabajadores. También es posible establecer como criterio de llamamiento la zona geográfica donde va a desarrollarse la prestación de trabajo (en función del lugar de residencia del trabajador), o incluso sistemas de llamamiento rotatorio que permiten distribuir el trabajo de una manera más solidaria entre los trabajadores<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> En este sentido la STS de 13 diciembre de 2017, RJ\2017\6013.

<sup>37</sup> STS de 24 de abril 2012, RJ\2012\8954.

<sup>38</sup> Vid. sobre los posibles criterios de llamamiento Valverde Asencio, A.: Op. cit., páginas 165 y ss.; también Yanini Baeza, J.: Op. cit., páginas 86 y 87.

En definitiva, convenio o acuerdo de empresa tienen una amplia libertad para determinar el orden de incorporación, siempre y cuando respeten el carácter objetivo de los criterios empleados. Esta última exigencia supone la inadmisibilidad no sólo de criterios discriminatorios, sino también de la libérrima decisión unilateral del empresario para determinar el orden del llamamiento. Tal como ha destacado la doctrina, dejar al albur del empresario la decisión, podría suponer negar el derecho al trabajo de quien ha sido contratado y mantiene una relación laboral<sup>39</sup>.

El principal problema que plantea esta remisión plena al convenio colectivo es qué ocurre cuando no existe convenio o este no regula la cuestión. De entrada, parece criticable que se haya producido una total deslegalización de la cuestión, que no establece, ni tan siquiera, un mecanismo supletorio sobre una cuestión de especial relevancia en el régimen jurídico de estos contratos<sup>40</sup>. En estos casos hay opiniones doctrinales favorables a aplicar el viejo criterio de la antigüedad<sup>41</sup>; aunque también sería posible acudir a la costumbre local y profesional o a los usos de empresa<sup>42</sup>.

Sean cuales sean los criterios que se utilizan para determinar el orden en el llamamiento, lo cierto es que aplicados los mismos el resultado es una lista ordenada de trabajadores que serán llamados para su incorporación en un orden concreto. El art. 16 ET se refiere a esta última cuestión en un lugar inesperado, pues tras regular el llamamiento en el apartado 3º del art. 16 ET; señala en su apartado 5º *in fine*, que los convenios sectoriales podrán acordar la obligación de las empresas “de elaborar un censo anual del personal fijo discontinuo”. En realidad el censo no sería más que el resultado de aplicar tales criterios objetivos de llamamiento al conjunto de trabajadores fijos discontinuos<sup>43</sup>.

A tenor de la nueva regulación, el legislador, junto a la exigencia de que los criterios sean objetivos, añade otro mecanismo de seguridad en forma de exigencia de transparencia, pues se exige que la empresa informe a la representación legal de los trabajadores, con la suficiente antelación (no se fija plazo alguno, por lo que debería regularse por la negociación colectiva), al inicio del año natural, del calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral (dependerá del ciclo de la actividad), así como de los datos de altas efectivas de los fijos discontinuos, una vez que estas se produzcan. Por lo tanto, una información

<sup>39</sup> García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., página 100.

<sup>40</sup> Así, García Ortega, J.: “El contrato (...)”, op. cit., página 100.

<sup>41</sup> En este sentido García Ortega, J., “Algunas consideraciones sobre la actual regulación del contrato fijo-discontinuo y propuestas para su reforma”, *Revista de Derecho Social* nº 6 (1999), páginas 242 y 243; también Goerlich Peset, J.M.: Op. cit., página 142.

<sup>42</sup> Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: Op. cit., página 357; Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 292.

<sup>43</sup> Sobre la elaboración del censo puede verse a Yanini Baeza, J.: Op. cit., página 87.

previa, de la previsión de uso del personal fijo discontinuo y, de otro lado, un control del cumplimiento por el empresario de los criterios de llamamiento.

No se refiere el nuevo art. 16 ET al cese en la actividad, que determina el paso al período de inactividad. Ciertamente ello no sería necesario en aquellos casos en los que el cese en el trabajo afecte a todos los trabajadores al mismo tiempo. Sin embargo, también es posible que el cese se efectúe de manera paulatina, de modo que haya trabajadores discontinuos que cesan en el trabajo mientras otros siguen con su prestación. En este caso parecería necesario especificar también cuáles son los criterios que determinen el cese de cada trabajador. Tampoco se especifica si dicho cese ha de tener una forma determinada, no obstante, recordemos que a los efectos de acceder a la situación legal de desempleo, el art. 1.5 del RD 625/1985, de protección por desempleo, se establece que la acreditación de la situación legal de desempleo se realiza por el trabajador a través de “la presentación de la copia del contrato o de cualquier otro documento que acredite el carácter de la relación laboral y comunicación escrita del empresario acreditando las causas justificativas de la citada finalización o interrupción”<sup>44</sup>. De otro lado, debemos recordar que el art. 29.1 ET en su párrafo cuarto establece que, a la conclusión del período de actividad, el empresario deberá proceder a la entrega del finiquito, con sujeción a los trámites y garantías del art. 49.2 ET.

### **5.3. Incumplimiento empresarial de la obligación de llamamiento: no todo es despido**

Ha sido tradicional en la regulación del fijo discontinuo que la regulación legal señale expresamente que, en caso de incumplimiento por el empresario de su obligación de llamamiento, se pueda reclamar a través del procedimiento de despido. Ello supone considerar que la falta de llamamiento, el incumplimiento de los requisitos formales o del orden derivado de los criterios de llamamiento, o el rechazo del empresario a la incorporación del trabajador, generan el despido del fijo discontinuo. La regulación hoy vigente no se refiere exclusivamente a la acción de despido, sino que desde una visión más amplia, se manifiesta que en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, es posible que el trabajador ejerza “las acciones que procedan”. Creo que esta literalidad es preferible a la anterior, pues no todo incumplimiento del empresario de sus obligaciones en materia de llamamiento deben considerarse como un despido ni conducen a la extinción<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> El apartado 6º de este precepto señala que “En los supuestos en los que la situación legal de desempleo se acredite por comunicación, notificación escrita o certificación del empresario, de la Administración empleadora o de la cooperativa, la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberá figurar en el certificado de empresa considerándose documento válido para su acreditación”.

<sup>45</sup> Álvarez De La Rosa, M.: Op. cit., página 169.

En consecuencia, con esta mayor amplitud de acciones, puede seguir acudiéndose a la demanda por despido si se fija una fecha cierta de reinicio y los trabajadores acuden al trabajo y encuentran las instalaciones cerradas; también si se posterga a un trabajador y no se le llama para incorporarse, existiendo necesidades productivas. Por el contrario, si se llama primero a un trabajador que ocupa una posición posterior y, posteriormente, se llama a quien ocupaba una posición anterior, no tiene sentido acudir a la acción de despido, pues la relación se mantiene y el trabajador ha sido llamado<sup>46</sup>. En estos casos se reclamará la reposición en el derecho, así como el cobro de cantidades perdidas por el trabajador debido a que ha sido retrasado en el orden de llamamiento. Tampoco tiene sentido acudir a la acción de despido si se está discutiendo la aplicación de los criterios que determinan el orden del llamamiento; lo que ha de reclamarse en este caso es la aplicación de una correcta interpretación de los mismos. En definitiva, no es lo mismo la falta de llamamiento que el llamamiento irregular y las consecuencias de ambos no tienen que ser idénticas<sup>47</sup>.

Una cuestión esencial en el ejercicio de las acciones procesales oportunas es el *dies a quo* de los plazos de ejercicio de tales acciones. Al respecto cabe señalar que al regular el despido como solución al incumplimiento empresarial de su obligación de llamamiento, las diferentes regulaciones del trabajo fijo discontinuo han venido adaptando las reglas generales sobre esta cuestión, pues en el caso de los fijos discontinuos existe la dificultad de conocer cuándo se ha podido cometer un incumplimiento de la obligación de llamamiento<sup>48</sup>.

La regulación anterior señala que el plazo comenzaba para el trabajador “desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria”. La literalidad actual establece que el trabajador podrá ejercer las acciones por incumplimiento del llamamiento, iniciándose el plazo “desde el momento de la falta de este” o “desde el momento en que la conociese”. A tenor de esta literalidad se mantiene el criterio anterior de iniciar el cómputo de los plazos desde el conocimiento por el trabajador de la falta de llamamiento, pues es evidente que el otro supuesto (ejercicio de la acción desde el momento de la falta de llamamiento) también requiere que el trabajador lo conozca. En todo caso, destaquemos que esta forma de regular el inicio del plazo de las acciones procesales se establece en beneficio directo de la posición del trabajador, que al estar desconectado de la actividad, podría sufrir graves consecuencias de aplicarse las reglas ordinarias<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Puede verse el supuesto de la STS de 21 de enero de 2014, RJ\2014\783, en el que se acude a la reclamación de cantidad, por haber durado el período de actividad menos de lo acordado (se trataba de un caso en el que los trabajadores que no se habían adherido al convenio extraestatutario, tenía un período de actividad de duración inferior a quienes si se adherieron).

<sup>47</sup> Así Valverde Asencio, A.: Op. cit., página 157.

<sup>48</sup> En este sentido Yanini Baeza, J.: Op. cit., página 97.

<sup>49</sup> Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 295.

#### **5.4. Otras vías de extinción del contrato fijo discontinuo. El incumplimiento del trabajador de la obligación de reincorporación**

Debe tenerse en cuenta que el hecho de que tradicionalmente el legislador haya hecho alusión expresa al despido por incumplimiento de la obligación empresarial de llamamiento, no debe hacernos pensar que es ésta la vía de extinción de estos contratos. Al contrario, la extinción puede realizarse por cualquiera de las vías reguladas por los arts. 49 y ss. ET. No obstante, la especialidad del fijo discontinuo hace que puedan plantearse algunas cuestiones dudosas. Por ejemplo, es posible demandar por despido ante la falta de llamamiento; ahora bien, dicha actuación es un incumplimiento empresarial, por lo que cabe plantearse si es posible acudir en estos casos a la extinción a través del art. 50 ET. Al respecto la jurisprudencia ha entendido que al referirse expresamente las regulaciones anteriores a que la vía extintiva es la del despido, se ha estimado que la extinción a través del art. 50 ET no es posible<sup>50</sup>; si bien es factible acudir a esta vía extintiva en otro tipo de situaciones e incumplimientos empresariales (falta de pago del salario, acoso, etc.). Con la nueva regulación, podría entenderse que ha sido abierta la puerta del art. 50 ET como mecanismo de extinción, probablemente como alternativa al despido y no como única vía de extinción ante el incumplimiento empresarial del llamamiento.

De otro lado, es evidente que cabe la extinción por despido colectivo u objetivo en caso de no reanudación de la actividad, pues si no se va a continuar con la misma, es evidente que los contratos han de extinguirse<sup>51</sup>; o cuando sin estar en esta situación se procede a la amortización de puestos de trabajo por causas del art. 51 ET<sup>52</sup> (todo ello con independencia del tipo de modalidad contractual de los afectados por la extinción).

En directa relación con esta cuestión se plantea el problema de los contratos fijos discontinuos vinculados a una actividad cuya intensidad no es idéntica en cada campaña, de manera que es posible que se requiera una menor cantidad de mano de obra fija discontinua que en campañas anteriores. En principio, la jurisprudencia ha sido favorable a interpretar que en estos casos en que es necesaria menos mano de obra, basta con adaptar el empleo requerido a través del llamamiento, de manera que se llamen a tantos trabajadores como se requiera, según el orden establecido, de manera que aquellos a los que no alcance el llamamiento, seguirán en situación de inactividad. Ello supone evitar la aplicación del art. 47 ET, lo cual ha sido criticado por parte de la doctrina laboral<sup>53</sup>. No obstante, con la nueva redacción del art. 16.4 ET encontramos una referencia a esta cuestión: al regularse la contratación fija

<sup>50</sup> Vid. STS de 28 junio de 2018, RJ\2018\3632.

<sup>51</sup> Alarcón Caracuel, M.R.: Op. cit., página 163.

<sup>52</sup> Vid. SSTS de 12 diciembre de 2019; RJ\2019\5376; de 25 abril de 2019, RJ\2019\2129; de 11 abril de 2019, RJ\2019\2062.

<sup>53</sup> Vid. García Ortega, J.: Op. cit., página 99.

discontinua vinculada a contrata o subcontrata, se establece que los convenios sectoriales podrán establecer un período máximo de inactividad, transcurrido el cual la empresa debe adoptar las medidas coyunturales o definitivas. Es evidente que las medidas coyunturales nos conducen al art. 47 ET. Ciertamente la norma se refiere a un concreto supuesto de contrato fijo discontinuo (el vinculado a contrata o subcontrata), si bien entendemos que ello da un nuevo argumento para defender, en contra de la jurisprudencia mayoritaria, que no basta con entender que es suficiente con utilizar el llamamiento para adaptarse al empleo requerido. Con esta regulación la situación del empleo excedente debería resolverse a través del art. 47 ET<sup>54</sup>.

Debe tenerse en cuenta que a efectos de despido, el cálculo de las indemnizaciones se realiza, no en función de la antigüedad del trabajador, sino, tal como señalan los diferentes preceptos que regulan tales indemnizaciones, por año de servicios. Por lo tanto, debe computarse los períodos de tiempo de servicio o actividad (incluyendo sábados, domingos y festivos o vacaciones)<sup>55</sup>, tal como viene señalando la jurisprudencia<sup>56</sup>. De otro lado, en los casos en que hayan de abonarse salarios de tramitación, estos sólo alcanzan hasta el fin del período en que debía haberse desarrollado la actividad<sup>57</sup>.

No se regula por el art. 16 ET la situación contraria: producido el llamamiento, el trabajador no se reincorpora. Ello puede deberse a una situación incapacitante del trabajador o por motivos justificables que evidencian la falta de culpabilidad del trabajador (téngase en cuenta que en caso de incapacidad temporal del trabajador, pese a no poder desarrollar prestación, la empresa ha de darlo de alta ante la Seguridad Social, asumiendo la obligación de cotización y pago delegado<sup>58</sup>). En estos casos no puede sancionarse o despedirse al trabajador<sup>59</sup>. El problema surge cuando no existe justificación alguna para la no reincorporación, en cuyo caso, podría acudir a la sanción y/o al despido. No obstante, los convenios pueden regular márgenes temporales para la reincorporación del trabajador, de manera que sólo pueda sancionarse tras dicho plazo. Por otra parte, ha de diferenciarse la no reincorporación de la reincorporación tardía y no suficientemente grave, a los efectos de despido o sólo sanción. También es posible que los convenios regulen el rechazo al llamamiento como dimisión del trabajador; no obstante, en

<sup>54</sup> Así lo habían venido reclamando autores como Baylos Grau, A.: Op. cit., páginas 155 y 156; o García Ortega, J.: Op. cit., página 99. Puede verse la STS de 27 octubre de 2021, JUR\2021\348199 sobre un ERTE por COVID.

<sup>55</sup> Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 295.

<sup>56</sup> STS de 30 julio de 2020, RJ\2020\3992.

<sup>57</sup> SSTS de 24 de septiembre 2012, RJ\2012\10285; 4 de abril de 2011, RJ\2011\3695.

<sup>58</sup> Vid. STS de 14 julio de 2016, RJ\2016\4827.

<sup>59</sup> Alarcón Bravo De Rueda, P.O.: Op. cit., página 366.

estos casos ha de quedar claro que el comportamiento del trabajador evidencie su intención extintiva, por lo que parece conveniente estimar la dimisión sólo cuando se evidencie que el trabajador ha recibido el llamamiento, desatendiéndolo sin incorporarse tras el plazo especificado y sin que exista una causa adecuada que justifique la falta de incorporación al trabajo.

## **6. EL PERÍODO DE INACTIVIDAD: REGLAS PARA REDUCIRLO O PROMOVER LA ACTIVIDAD Y FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS**

El art. 16 ET en su nueva redacción contiene una serie de referencias al período de inactividad; es decir, aquél durante el cual, no se desarrolla actividad alguna, pese a la vigencia del contrato. Debe tenerse en cuenta que estos períodos, pese a las similitudes existentes, no tienen la consideración de situación de suspensión del contrato de trabajo<sup>60</sup>. La nueva regulación tampoco se ha planteado regular qué naturaleza jurídica tiene esta situación; ahora bien ha establecido ciertas reglas referidas al período de inactividad que deben ser tenidas en cuenta. A través de las mismas podemos evidenciar cómo se pretende por el legislador paliar los efectos negativos del período de inactividad, pues durante el mismo no se realiza prestación de trabajo y, consecuentemente, no se lucra un salario, limitando de esta manera la capacidad del trabajador para subsistir a tal situación de inactividad.

En este sentido se establece, para el caso de fijos discontinuos contratados para la ejecución de contratos, que los convenios colectivos sectoriales puedan determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratos que, en defecto de previsión convencional será de tres meses. Dado que nos referimos al período de inactividad, entiendo que el legislador se refiere al convenio de sector al que pertenece la empresa contratista. Transcurrido ese plazo máximo, la empresa debe adoptar las medidas coyunturales o definitivas; es decir, acudir a un ERTE o ERE respecto a dichos trabajadores. En realidad con ello se pretende evitar que los trabajadores permanezcan “sine die” a la espera de ser llamados nuevamente para reiniciar la actividad, configurándose, de esta manera un mecanismo de seguridad de los trabajadores que pretende evitar esta situación de espera eterna. En todo caso, debemos advertir que la posibilidad de acudir a mecanismos coyunturales o definitivos no es, ni mucho menos, exclusivo de los fijos discontinuos que trabajan en empresas contratistas, sino que tales medidas están a disposición en cualquier caso de contrato fijo discontinuo.

Ha de resaltarse el problema que se introduce al señalar que podrá fijarse el plazo máximo de inactividad, “que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses”, y que transcurrido el mismo, la empresa deba proceder a

<sup>60</sup> Gorelli Hernández, J.: Op. cit., página 297.

adoptar medidas coyunturales o definitivas. ¿Significa esto que si el convenio nada regula sobre los plazos máximos de inactividad, se aplica el plazo de tres meses, transcurrido el cual las empresas están obligadas a proceder a las medidas coyunturales o definitivas? De entrada, el establecimiento de un plazo máximo de inactividad no es obligatorio para la negociación de sector, que podrá establecerlo o no. En segundo lugar, si se establece, será el convenio el que determine cuál es la duración del plazo o plazos de inactividad. De otro lado, el señalamiento de un plazo en defecto de convenio tiene carácter meramente supletorio; es decir, sólo actúa, si se prevé en convenio que no debe haber una situación inactividad sin límite, pero no se fija dicho límite máximo<sup>61</sup>. Por lo tanto, el plazo no actúa en aquellos casos en que el convenio decida no regular el plazo máximo de inactividad, pues como hemos señalado anteriormente, no es obligatorio para el convenio regular esta cuestión. Ahora bien, si transcurre el plazo pactado en convenio (o el supletorio), ¿la empresa está obligada a adoptar medidas coyunturales o definitivas? Así se deduce de la literalidad del precepto; ahora bien, creo que debe estarse a lo que establezca el propio convenio, que puede determinar cuál será la consecuencia derivada de la supresión del plazo.

Desde la perspectiva contraria al establecimiento de un mínimo de actividad, pero con idéntica finalidad, el art. 16. 5 ET plantea, la posibilidad de negociar en convenio un período mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento. Se trata de una norma dirigida a facilitar a los trabajadores un mínimo de actividad, de manera que puedan realizar alguna prestación de servicios y lucrar el salario. De entrada, señalar que lo hace con carácter general, aplicable por tanto a los diferentes supuestos en que se produce la contratación fija discontinua (no sólo, por tanto, en caso de empresas contratistas). De otro lado, esta posibilidad se reserva expresamente a la negociación colectiva de sector<sup>62</sup>, por lo que podría entenderse que no está al alcance de la negociación de nivel de empresa. No es este nuestro parecer, pues al tratarse de una norma de protección del trabajador, entendemos que nada impide que ante la falta de regulación en convenio de sector, el convenio de empresa no pueda regular esta cuestión. Lo que sí parece admisible es que, existiendo regulación en el convenio de sector, esta no pueda verse alterada peyorativamente por el convenio de empresa.

<sup>61</sup> Por cierto, obsérvese lo anómalo que resulta establecer que no se admite una espera “sine die”, pero no se fija el límite a esa espera.

<sup>62</sup> El art. 16.5 ET en su tercer párrafo no señala expresamente a la negociación de sector, pero es evidente que si lo hace indirectamente, pues el primer párrafo de este precepto se refiere a que la negociación de sector puede establecer una bolsa sectorial de empleo; señalando el párrafo 2º que “estos mismos convenios” (los sectoriales, por tanto) pueden regular la celebración del contrato a tiempo parcial. Finaliza el párrafo tercero que “Asimismo” se puede establecer un período mínimo de llamamiento. Es evidente que al utilizar dicho término que hemos entrecomillado, se refiere a la negociación colectiva de sector.

Debe subrayarse que, a nuestro juicio, más que regularse un período mínimo de llamamiento anual, en realidad lo que pretende es establecer un período mínimo de actividad anual, lo cual ya venía siendo acogido por la negociación colectiva<sup>63</sup>. No se regula cuál es la consecuencia del incumplimiento empresarial de esta obligación. Entiendo que ante la falta de cumplimiento el trabajador puede demandar una compensación económica<sup>64</sup>: no estamos ante un problema de llamamiento, sino de una obligación diferente del empresario; por tanto, no resulta aplicable la lógica del incumplimiento del llamamiento (el despido); además, ha sido la dirección en la que se ha movido la jurisprudencia más reciente, que admite que el incumplimiento empresarial de facilitar al trabajador un mínimo garantizado de prestación de servicios, determina la reclamación de cantidad<sup>65</sup>.

De otro lado también se prevé la posibilidad de regular una cuantía (entendemos que económica) por fin de llamamiento, que indemnice al trabajador cuando tras el fin de la actividad no se proceda, sin solución de continuidad, a un nuevo llamamiento. Nuevamente aquí el legislador mezcla, creo que inadecuadamente, llamamiento con período de actividad y, en este caso, dicha mezcla juega en contra de los trabajadores: el precepto señala que puede establecerse una cuantía “por fin de llamamiento” que se satisface cuando el fin del llamamiento coincida con la terminación de la actividad y no se produce un nuevo llamamiento. Por tanto, si el fin de la actividad del trabajador no coincide con el período de llamamiento (por continuar la actividad con otros fijos discontinuos), no se genera derecho a dicha cuantía.

También se regula por el art. 16.5 ET, concretamente en su primer párrafo, la posibilidad de que los convenios sectoriales establezcan una bolsa sectorial de empleo a la que se incorporen los fijos discontinuos durante los períodos de inactividad. Se persigue con ello que estos trabajadores puedan acceder a nuevas contrataciones durante la situación de inactividad; es decir, que sean contratados por otras empresas durante dicho período y mantener así una retribución. En todo caso, ello no obsta al mantenimiento de las obligaciones de su empresa original para proceder al llamamiento. En este caso, el trabajador deberá optar entre permanecer en el puesto de trabajo para el que ha sido contratado por la nueva empresa, o incorporarse a su empresa original. No aclara el precepto, pero entendemos que es una cuestión que puede ser objeto de negociación perfectamente, si optar por mantenerse en el nuevo puesto de trabajo, si ello se entiende como justificación para no perder el empleo original una vez se produzca el llamamiento; es decir, que desatender el llamamiento con la empresa original por estar realizando otra

<sup>63</sup> Vid. Valverde Asencio, A.: Op. cit., página 136; también Yanini Baeza, J.: Op. cit., páginas 118 y 119.

<sup>64</sup> En este mismo sentido Valverde Asencio, A.: Op. cit., página 137.

<sup>65</sup> Vid. STS de 15 enero de 2019, RJ\2019\534.

prestación de trabajo no se estime como dimisión, ni como causa de despido. De igual manera, si no se entiende como extinción o despido, también pueden regularse los efectos sobre la posición del trabajador en el censo de fijos discontinuos y si pierde o no el lugar que ocupaba en el mismo.

La bolsa puede utilizarse también como sistema para la formación continua del trabajador durante los períodos de inactividad, tal como señala expresamente el art. 16.5 en su primer párrafo, lo cual debe conectarse también con lo dispuesto por el art. 16.8 ET. Este último precepto señala que los trabajadores fijos discontinuos tienen 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 períodos de inactividad. Es evidente que este precepto evidencia la preocupación del legislador en mejorar la ocupabilidad de este personal, pues el trabajo discontinuo es una forma de empleo precario al no permitir una actividad retribuida durante todo el año; de ahí que se impulse, a través de la formación, que se incrementen las posibilidades del trabajador para acceder a un empleo indefinido ordinario.

En realidad la norma está dirigida a los poderes públicos que gestionen los sistemas de formación profesional para el empleo, pues estamos ante el período de inactividad del contrato fijo discontinuo.

Por otra parte, lo que no aclara el precepto es el alcance de esa consideración de colectivo prioritario; es decir, si supone una preferencia frente a cualquier otro sujeto y, si ante la existencia de otros colectivos prioritarios, existe algún tipo de ordenación de prioridades. Tampoco se establece procedimiento alguno a través del cual pueda hacerse valer dicho carácter prioritario. Por todo ello nos tememos que estamos ante una norma de escaso o nulo carácter obligatorio, de manera que salvo que los poderes públicos decidan implementar de manera efectiva esta prioridad, difícilmente va a tener consecuencias favorables para los fijos discontinuos.

Para terminar, una duda: ¿puede la empresa contratar durante el período de inactividad a un trabajador fijo discontinuo a través de un contrato temporal? Desde mi punto de vista no hay problema en ello, siempre y cuando estemos dentro del marco de la legalidad del art. 15 ET<sup>66</sup>. Por ejemplo, se podría contratar al fijo discontinuo en situación de inactividad para cubrir la baja médica de un trabajador fijo ordinario, mediante un contrato de interinidad.

<sup>66</sup> También a favor se mostraba Yanini Baeza, J.: Op. cit., página 103.

## **7. DERECHOS ESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES FIJOS DISCONTINUOS**

Los últimos apartados del actual art. 16 ET reconocen un conjunto de derechos de los trabajadores fijos discontinuos, que no tenían reconocimiento bajo regulaciones anteriores. En ciertos casos tales derechos son reconocidos con carácter general por el ordenamiento laboral, por lo que no sería necesario su regulación específica, si bien es de agradecer la incorporación expresa al ordenamiento (tal es el caso de los derechos en materia de conciliación). En otros supuestos se trata de puntualizaciones que ya habían sido planteadas en la jurisprudencia (así ocurre con la referencia a la antigüedad del trabajador). Por último, hay auténticas incorporaciones al ordenamiento jurídico, pues no hay referencias previas a tales cuestiones (supuestos del derecho de información sobre los puestos de trabajo fijos ordinarios vacantes, o los derechos en materia formativa en los períodos de inactividad a los que ya nos hemos referido).

### **7.1. Fijo discontinuo y conciliación**

El art. 16.6 ET señala en su nueva redacción que los fijos discontinuos “no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo (suspensiones, licencias, excedencias) y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos.

Por lo tanto, estamos ante un reconocimiento expreso de los derechos en materia de conciliación familiar y los derechos a ausencias por suspensiones, licencias, permisos o excedencias reconocidos por el ordenamiento (ya sea por motivos de la existencia de responsabilidades familiares u otros motivos del todo diferente pero protegidos por el ordenamiento). Es evidente que los fijos discontinuos tienen los mismos derechos en materia de conciliación o ausencias que el resto de los trabajadores. La puntualización obedece a la necesidad de resaltar que ello también es así, aun cuando la relación laboral sea discontinua, de manera que producido el llamamiento, el hecho de que la prestación sea discontinua no puede justificar la negativa empresarial a la concesión de los mismos derechos que en este ámbito tienen reconocidos los trabajadores. Cuestión diferente es que la eficacia de tales derechos se limite, como es lógico a lo que pueda durar el período de actividad que se inicia tras el llamamiento.

Todo ello es consecuencia, no sólo del reconocimiento de tales derechos con carácter general, sino también del derecho a la igualdad y no discriminación; de ahí que el legislador puntualice que los fijos discontinuos no pueden sufrir perjuicios por el ejercicio de tales derechos. Es decir, su llamamiento futuro no podrá verse alterado en manera alguna por el lícito ejercicio de derechos de conciliación o de ausencias consagrados legalmente. De esta manera, el disfrute de tales derechos no

puede generar una preterición del trabajador o su retraso en el orden de llamada en futuros llamamientos, siendo conveniente que las reglas sobre llamamiento reflejen esta cuestión.

## 7.2. Fijo discontinuo y antigüedad

Otra de las cuestiones tratadas expresamente por la nueva redacción del art. 16 ET es la relativa a la antigüedad del trabajador fijo discontinuo (art. 16.6 ET en su segundo párrafo). Concretamente se señala que la antigüedad del trabajador se calcula teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no sólo el tiempo de servicios efectivamente prestados; es decir, que incluye tanto el tiempo de trabajo efectivo como el tiempo de inactividad entre temporada y temporada o entre prestación de trabajo y prestación de trabajo.

En consecuencia con lo anterior, a los efectos de cualquier condición o derecho vinculado a la antigüedad (por ejemplo, salariales), esta ha de computarse desde el inicio del contrato con independencia de qué períodos se haya trabajado y qué períodos se haya estado en situación de inactividad. La respuesta del legislador es lógica, pues la antigüedad, como concepto jurídico laboral se vincula al mantenimiento del contrato, a lo que dura su vigencia, no a la prestación efectiva de trabajo y así ha venido siendo defendido por la jurisprudencia<sup>67</sup>.

Sin embargo, esta forma de computar la antigüedad no afecta a otras cuestiones vinculadas, no ya con la antigüedad, sino con el período de tiempo de trabajo efectivo, tal como ocurre con las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, que se calculan en base al período de servicio; es decir, al período de trabajo efectivo.

Cabe resaltar al respecto que se genera confusión en la redacción del precepto (probablemente por la propia confusión del legislador), cuando tras afirmar que el cómputo de la antigüedad incluye todo el período de vigencia del contrato (períodos de prestación de servicio y de inactividad), señala que se exceptúan aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que respondan a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia. Desde mi punto de vista, la antigüedad del trabajador se computa siempre de la manera señalada, no existiendo excepciones. Lo que ocurre es que puede haber ciertos derechos que se perciban, no en función de la antigüedad, sino basados en el período de prestación efectiva de servicios. Por ejemplo, una cuantía retributiva que se percibe sólo cuando el trabajador presta servicios; por

<sup>67</sup> Vid. las SSTs de 13 de octubre de 2021, RJ\2021\4867; de 4 mayo de 2021, RJ\2021\2423; 16 febrero de 2021, RJ\2021\766; 1 febrero de 2021, RJ\2021\795 a tenor de las cuales a efectos del cálculo de la antigüedad, se ha de tener en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado.

ejemplo, un complemento por desplazamiento que retribuye el gasto económico del trabajador para trasladarse de su domicilio al lugar de trabajo. Otro ejemplo sería el de la duración del período de vacaciones, que también se establece en función del tiempo trabajado<sup>68</sup>.

### **7.3. Derecho a ser informado de las vacantes fijas ordinarias y de conversión del contrato**

Una novedad que se incorpora es el derecho de los trabajadores fijos discontinuos, y de la representación de los trabajadores, a ser informados por el empresario de la existencia de puestos de trabajo de carácter fijo ordinario (art. 16.7 ET). El objetivo es, tal como señala este precepto, permitir que los trabajadores fijos discontinuos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de sus contratos.

El art. 16.7 ET no sólo recoge este derecho de información, sino que señala que el mismo se desarrolla “de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa”. Desde mi punto de vista la literalidad del precepto debe ser entendida tanto en el sentido de que la negociación colectiva puede reglar cómo ha de realizarse la información y cómo se realizarán las solicitudes; pero, además, el convenio colectivo podrá regular el procedimiento de conversión del contrato fijo discontinuo en fijo ordinario. Ello supone: en primer lugar, que facilitar la información es obligatorio para el empresario, por establecerlo directamente la regulación legal. En segundo lugar, que esta ha de facilitarse tal como señale el convenio o acuerdo de empresa (y si nada regula el convenio o acuerdo, ello no elude la obligatoriedad para el empresario de facilitar la información a cada trabajador fijo discontinuo). En tercer lugar, que el convenio o acuerdo pueden establecer diferentes grados de exigencia sobre el empresario, a la hora de proceder a cubrir la vacante de fijo ordinario, de manera que resulte obligatorio para el empresario cubrir la vacante con un trabajador fijo discontinuo, siempre que haya solicitudes de conversión y quienes lo soliciten cumplan con las exigencias propias del puesto de trabajo; pero también es posible que se regule una simple preferencia por los fijos discontinuos o que el empresario tenga plena libertad para determinar quién cubre la vacante, un fijo discontinuo o un nuevo trabajador. En todo caso, si se establece algún tipo de preferencia o prioridad por los fijos discontinuos, también parece lógico que también se regulen criterios de selección, que pueden coincidir, o no, con los del llamamiento y que deben ser objetivos y no discriminatorios<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Vid. STS de 22 octubre de 2020, RJ\2020\4562.

<sup>69</sup> Téngase en cuenta que la regulación de preferencias por fijos discontinuos a los efectos de modificación de su contrato en fijo ordinario ha sido una cuestión conocida por la negociación

Recordemos, por último, que el RD-Ley 32/2021 también ha modificado la redacción del art. 6.5 LISOS, considerando infracción leve el incumplimiento empresarial del deber de información a los trabajadores fijos discontinuos (además, de los contratados a tiempo parcial, a distancia y temporales) de las vacantes existentes en la empresa.

## 8. MEJORA FUTURA DE LA PROTECCIÓN POR SUBSIDIOS DE DESEMPLEO

Para terminar, hemos de hacer alusión a lo dispuesto por la Disposición final 6ª del RD-Ley 32/2021, a tenor de la cual el Gobierno, en el marco de la reforma del nivel asistencial por desempleo, regulará la mejora de la protección de los trabajadores fijos discontinuos para permitirles el acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y derechos que el resto de trabajadores del Régimen General protegidos por desempleo. Debemos, en todo caso, recordar que durante los períodos de inactividad (vigente, por tanto, el contrato de trabajo), los fijos discontinuos se encuentran en situación legal de desempleo (art. 267.1 letra d de la LGSS)<sup>70</sup>.

La DF 6ª del RD Ley 32/2021 hace referencia al subsidio de desempleo y a la necesidad de regular una mejora de la protección. Ello se debe al hecho de que la protección que se otorga a los fijos discontinuos es más reducida que para el resto de los trabajadores. Debemos acudir a lo dispuesto por el art. 277.4 LGSS, que excluye a los fijos discontinuos del subsidio para mayores de cincuenta y dos años regulado en el art. 274.4 LGSS<sup>71</sup>. Es decir, la protección por subsidios por desempleo es más reducida para los fijos discontinuos, si bien esta diferencia fue considerada constitucional por la STC 53/2004, pues en puridad el fijo discontinuo no es en realidad un desempleado cuando interrumpe su actividad<sup>72</sup>.

Por otra parte, el mismo art. 277.4 LGSS al regular la duración de los subsidios por desempleo del personal fijo discontinuo establece una regla especial

colectiva y que afecta a empresas en las que, si bien hay una parte de actividad cíclica, también existe actividad permanente. Vid. Álvarez De La Rosa, M.: Op. cit., página 174.

<sup>70</sup> Vid. sobre esta cuestión a Lousada Arochena, J.F.: “La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos”, *Actualidad Laboral* nº 6 de 2009, páginas 639 y 640.

<sup>71</sup> Aparentemente esta exclusión se justifica por el hecho de que tal subsidio está destinado para trabajadores con nulas posibilidades de acceder a un empleo en función de la edad. Sin embargo, el fijo discontinuo es un trabajador que cíclicamente realiza prestación de trabajo, tras la cual entra en situación de desempleo. En este sentido Roqueta Buj, R.: “Trabajo fijo discontinuo y protección asistencial por desempleo”, *Relaciones Laborales* nº 7 de 2005, página 362; también Ballester Pastor, I.: Op. cit., página 34.

<sup>72</sup> Vid. Lousada Arochena, J.F.: Op. cit., página 643.

de duración, para los subsidios destinados a trabajadores que han agotado la prestación por desempleo y tienen responsabilidades familiares (art. 274.1 a); por el subsidio de trabajadores que habiendo agotado la prestación por desempleo, carecen de responsabilidades familiares, pero tienen una edad superior a cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento de la prestación de desempleo (art. 274.1 b); y para los desempleados que reúnan todos los requisitos del art. 274.1 LGSS, menos el período de espera, que no tengan derecho a prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización (art. 274.3 LGSS). En estos casos no se aplica la duración normal del subsidio regulada en el art. 277.1 y 2 LGSS, sino que el apartado 4º de este último precepto establece que la duración del subsidio en caso de trabajadores fijos discontinuos en los supuestos antes señalados, “será equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud”. Ello supone una menor duración de los subsidios en caso de trabajadores fijos discontinuos<sup>73</sup>.

En definitiva, desde el punto de vista de los subsidios por desempleo, encontramos cómo los fijos discontinuos tienen un nivel de protección inferior al resto de trabajadores del Régimen General con derecho a subsidios por desempleo, pues no tienen derecho a acceder a todos los subsidios regulados y la duración es inferior.

Con el objetivo de paliar esta situación, el legislador ha dispuesto que, para el futuro, deberá mejorarse la protección del nivel asistencia por desempleo, de manera que los fijos discontinuos accedan a estas prestaciones en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores con derecho a las mismas. Como vemos no estamos ante una reforma de esta regulación, sino ante la manifestación de que en un futuro se procederá a la reforma y cuál será el sentido de la misma. Otra cuestión es que dicha reforma se produzca en el futuro y cuál sea su contenido real caso de llevarse a cabo.

Dado que la Disp. Final 6ª se refiere a la necesidad de mejorar la protección de los fijos discontinuos, permitiéndoles el acceso a los subsidios por desempleo, entiendo que no es objeto de esta futura reforma lo dispuesto por el art. 280.2 a) LGSS en materia de cotización durante la percepción del subsidio por desempleo, pues esta regulación supone una mejora para los fijos discontinuos, al establecer la posibilidad de que la entidad gestora cotice por jubilación cuando el beneficiario sea menor de cincuenta y dos años (la regla general del art. 280 LGSS es que se cotizará por la contingencia de jubilación cuando se disfrute del subsidio de mayores de cincuenta y dos años).

<sup>73</sup> Roqueta Buj, R.: Op. cit., página 365; Lousada Arochena, J.F.: Op. cit., página 642.