

El contrato fijo discontinuo ha venido para quedarse

E&J economistjurist.es/premium/la-firma/el-contrato-fijo-discontinuo-ha-venido-para-quedarse/

Óscar Mancebo



Tras varios anuncios del Ministerio de Trabajo de Yolanda Díaz, parece que en el 2023 se automatizarán las sanciones en la lucha contra el fraude (Foto: Moncloa)

Desplegados íntegramente los efectos de la **reforma laboral introducida en nuestro ordenamiento** mediante el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, así como su régimen transitorio, se ha iniciado una tendencia a afianzar la contratación fija discontinua como la forma de contratación sustitutiva de la -ahora extinta- contratación temporal por obra o servicio determinado.

El contrato fijo discontinuo ha venido para quedarse

El artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores define el **contrato fijo discontinuo** como aquel que “*se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados*”. Adicionalmente, podrán concertarse “*para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa*”.

La reforma consignó la **obligación de que en el contrato que se suscriba consten los elementos esenciales de la actividad**, la duración concreta del contrato, la jornada y su distribución horaria. Igualmente, se consagra la garantía de todos los derechos de conciliación y a excedencias con reserva de puesto de trabajo para las personas contratadas en este régimen.



El presidente del Gobierno junto a Nadia Calviño y Yolanda Díaz (Foto: Google)

Los criterios para el llamamiento de los trabajadores contratados en este régimen debe venir debidamente recogido en los **Convenios Colectivos**, y, en defecto de éstos, en acuerdos de empresa. El llamamiento debe realizarse siempre por escrito -o de manera que pueda comprobarse su notificación-, y debe realizarse con una antelación **«adecuada»**.

La antigüedad de los trabajadores será la del inicio efectivo de la relación laboral, y no la del tiempo de servicios efectivamente prestados. El Tribunal Supremo ha venido reiterando que a efectos del cálculo de la antigüedad de trabajadores fijos discontinuos -

por ejemplo, para el caso del pago de complementos salariales- debe tenerse en cuenta el periodo total de la relación laboral y no únicamente el tiempo de prestación efectiva de servicios. En este sentido se ha venido posicionando el Tribunal Supremo reiteradamente, la última mediante su Sentencia de 27 de abril de 2022, pero anteriormente mediante las de 1 de febrero de 2021 -RCUD. 4073/2018-, de 4 de mayo de 2021 -RCUD 3156/2018- o de 13 de octubre de 2021 -RCUD 3650/2018-. Resulta, pues, una cuestión pacífica.

Objetivo: reducción de la temporalidad

Y es que **se ha iniciado una tendencia a usar la contratación fija discontinua como la sustituta de la contratación temporal por obra o servicio determinado**. En este sentido, recordemos que la causa principal de la reforma laboral del pasado mes de diciembre fue, precisamente, la limitación al mínimo de la contratación temporal, a la que la Exposición de Motivos de la reforma denomina como “*pesado lastre*”, marcándose el objetivo “*evidente e ineludible*” de reducirla.

En este sentido, **la contratación temporal durante el año 2021 alcanzó el 25,1% de las nuevas contrataciones realizadas en España**, por el 14% existente de media en la Unión Europea.

La aprobación de la reforma, obviamente, **mejoró la cifra de temporalidad**. Las cifras de las últimas Encuestas de Población Activa muestran un incremento de la contratación indefinida en detrimento de la contratación temporal:

Así, por ejemplo, en el primer trimestre del año 2021, en España había un total de 12.272.100 trabajadores asalariados con contrato indefinido, por los 3.832.100 con contrato temporal. En cambio, los datos de la última Encuesta de Población Activa muestran que en el tercer trimestre de este 2022, la población con contrato indefinido ha subido hasta los 13.890.800, mientras que la que tiene un contrato temporal -en las modalidades todavía permitidas- se ha reducido a los 3.512.400[1].

Uso fraudulento del contrato fijo discontinuo

La reforma ha dotado al contrato fijo discontinuo de la característica de ser la principal herramienta de **flexibilidad de las empresas** para ordenar su contratación laboral no indefinida.

La contratación fija discontinua **evita los límites aplicables a las formas subsistentes de contratación temporal**, garantiza la disponibilidad personas trabajadoras en los momentos de más actividad de la empresa -de manera similar a los contratos por obra determinada anteriores a la reforma-, elimina los evidentes gravámenes de mantener la actividad laboral a la que obliga un contrato indefinido en los periodos de inactividad -o menos actividad- de la empresa sin necesidad de acogerse a ERTEs, EREs o a los novedosos Mecanismos RED, etcétera.

Dadas las evidentes facilidades que aporta la contratación fija discontinua, **una gran cantidad de empresas están utilizando este modo de contratación de forma fraudulenta**. Los datos de las Encuestas de Población activa muestran el fortísimo incremento de este modo de contratación, que el pasado enero constituían el 1,7% del total de contrataciones, mientras que a finales del mes de octubre constituían un 17%, habiéndose formalizado, aproximadamente, dos millones a lo largo del año 2022.

Hay un dato que llama clamorosamente la atención: el mes de marzo, último con el régimen transitorio establecido por la reforma para los contratos temporales por obra o servicio determinado, los contratos fijos discontinuos suponían un 6,3% del total de contrataciones. En el mes de abril, **esta cifra se elevó hasta los 16,5%**.

Por este motivo, el pasado mes de mayo la Inspección de Trabajo inició una **campaña contra el uso irregular de la contratación temporal y de los contratos fijos discontinuos**, enviando comunicaciones a más de 84.00 empresas sospechosas de utilizar de manera fraudulenta este tipo de contratos.

Mediante el uso de este tipo de contratos, como hemos dicho anteriormente, **las empresas tendrían facilidades para cubrir temporalmente un puesto de trabajo**, y, una vez no fuera necesario, enviar a la persona trabajadora a un periodo de inactividad, todo ello habiendo suscrito un contrato formalmente indefinido, y sin necesidad de finiquitar ni indemnizar al trabajador si no se pretende una desvinculación definitiva -en cuyo caso, el régimen de extinción contractual sería el mismo que en un caso de despido objetivo: veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades-.

En este punto, a nuestro parecer, **se crean tres “ventanas” de potencial fraude en la contratación**: el uso de contratos fijos discontinuos como camuflaje del contrato indefinido al uso; el uso de dichos contratos en lugar de contratos temporales para evitar las normas de concatenación de contratos -endurecidas tras la reforma-; y, finalmente, el perpetuo uso de los contratos temporales existentes tras la reforma cuando debería utilizarse un contrato fijo discontinuo. La casuística en los próximos años está asegurada.

En este sentido, resulta relevante recordar que la reforma establece que el fraude en la contratación -esto es, a nuestro juicio, en cualquiera de las tres vertientes- está descrito en el artículo 7.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social como una infracción grave, punible con multas a la empresa de entre 751 y 7.500 euros por cada trabajador en situación fraudulenta.

Conclusión

La contratación fija discontinua ha sido, con diferencia, la institución más afectada -y beneficiada- por la **reforma laboral** de diciembre de 2021.

Lo que resulta ser una utilísima herramienta de organización empresarial interna, que permite adecuar la cantidad de mano de obra a los flujos ascendentes y descendentes de trabajo efectivo habituales en cualquier compañía, es susceptible de abrir no sólo una ventana, sino tres, al fraude en la contratación.

Es por eso por lo que ante los retos que plantea el nuevo paradigma laboral, **las empresas deberán mantenerse constantemente asesoradas**, con especial atención a los pronunciamientos doctrinales y judiciales que vayan produciéndose en el futuro.

[1] *Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y tipo de jornada*, Instituto Nacional de Estadística.