



ANTRÀS



MAYO 2022

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Mayo 2022



La utilización del contrato fijo discontinuo.

La Inspección de Trabajo ha anunciado el inicio de una campaña contra el uso irregular de la contratación temporal y de los contratos fijos discontinuos. En este sentido, el Ministerio ha comunicado que enviará cartas a más de 83.600 empresas sospechosas de estar haciendo un uso irregular de este tipo de contratos y, aunque se señalan como aspectos sujetos a un especial control como el no respeto de los tiempos de descanso, no abonar los salarios o hacerlo con retraso y el incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales, lo cierto es que el objetivo principal será la utilización de contratos temporales sucesivos en lugar de la fórmula fija-discontinua.

Con relación a esta cuestión conviene tener presentes algunos aspectos introducidos con la reforma laboral del RDL 32/2021:

- La reforma refuerza la presunción del carácter fijo o indefinido de los contratos, siendo indispensable, a estos efectos, que en la formalización de los contratos temporales se indique con la mayor precisión posible “la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista” (art. 15.1 TRLET).
- La reforma amplía los supuestos en los que debe celebrarse un contrato fijo discontinuo. Así, junto a la tradicional utilización para la cobertura de trabajos de naturaleza estacional o vinculados

a actividades de temporada, se añade ahora 1) aquellos que sean de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados; 2) la prestación de servicios en la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa y 3) la admisión de fijos discontinuos en las empresas de trabajo temporal, para desarrollar puestos a disposición temporales, en la misma o distintas empresas usuarias.

- Conforme indicaba el Tribunal Supremo, en una jurisprudencia que aún debe considerarse aplicable por ajustarse al nuevo texto legal, «existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando, con independencia de la continuidad de la actividad de la empresa, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad» (STS 22 sep. 2011, Rec. 12/2011). Así, por ejemplo, para el caso de los parques temáticos, se consideró que el contrato fijo-discontinuo era exigible para el personal de mantenimiento y el colectivo de artistas que cada año desempeñaba las mismas funciones por ser estas habituales en el parque (STSJ C. Valenciana 26 may 2005, rec. 356/2005, sobre un músico callejero) pero, sin embargo, se calificó de temporal la contratación de artistas



para la realización de un espectáculo de animación diferente cada año (STSJ Cataluña 8 mar. 2005, rec. 8327/2004).

- Asimismo, debe tenerse en consideración que el contrato fijo discontinuo se reconoce para atender necesidades empresariales y trabajos que son, por su propia naturaleza, discontinuos (periodos en los que se trabaja seguidos de periodos en los que no se trabaja), pero no es el contrato adecuado para los casos en los que el trabajo es continuo. En estos últimos supuestos, el contrato adecuado es el fijo continuo u ordinario y no el fijo discontinuo.

- La utilización errónea de contratos temporales para la cobertura de trabajos permanentes, sean continuos o discontinuos, supondrá su conversión en indefinidos y una sanción por cada una de

las personas implicadas. Unas sanciones por empleo irregular que pueden ir de los 1.000 € hasta los 10.000 € por cada una de las personas afectadas.

- Dada la naturaleza indefinida del vínculo que genera el contrato fijo discontinuo, la terminación de la relación laboral por decisión empresarial por causas objetivas requerirá, a diferencia de lo que ocurría con los contratos temporales, la tramitación de un despido objetivo con el abono de una indemnización de 20 días por año de servicio (frente a los 12 que corresponden por ejemplo a la terminación de un contrato temporal de obra o servicio)

- El contrato fijo discontinuo debe formalizarse por escrito en el modelo oficial.

La “gran dimisión” y el Derecho del Trabajo.

El pasado 23 de mayo el Gobierno se reunía con los agentes sociales para abordar lo que se ha dado en denominar la “gran dimisión” o la “gran renuncia”, un término con el que se hace referencia a una tendencia, iniciada en Estados Unidos en la segunda mitad de 2021, por la que los trabajadores abandonan sus puestos de trabajo de forma voluntaria y que ha supuesto que, tras la pandemia, más de cuatro millones de trabajadores de ese país hayan abandonado sus trabajos.

En España y en ello existe coincidencia, no se ha producido esta gran renuncia, pero, sí que se ha constatado, especialmente en determinados sectores y zonas geográficas, la falta de cobertura de vacantes. Y aunque el impacto es menor en España que en otros países de nuestro entorno (aquí la proporción de vacantes sin cubrir sólo es del 0,7%, frente al 2,5% de la media europea

o el 3,8% de Alemania) se produce la paradoja de contar con numerosos puestos sin cubrir a pesar de tener tres millones de desempleados registrados.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), al finalizar el cuarto trimestre de 2021 había en España 109.085 vacantes sin cubrir, de las que 95.556 pertenecen al sector servicios; 7.223, a la industria; y 6.307, a la construcción. A estos efectos, hay que señalar que para el INE el concepto de vacante se identifica con el puesto de trabajo creado recientemente o que no está ocupado o que está a punto de quedar libre y para el que el empresario está tomando medidas activas para encontrar un candidato ajeno a la empresa.

La existencia de estas vacantes es un fenómeno pluricausal que obedece a factores diversos. A



nuestro juicio, no obstante, puede situarse el origen de esta situación en dos grandes escenarios. Uno, puesto de manifiesto por el Secretario de Estado de Empleo, Joaquín Pérez Rey, y que afecta intensamente al sector de la hostelería y de manera muy focalizada en algunos territorios como Madrid, Cataluña, la Comunidad Valenciana y Andalucía, está relacionado con las condiciones de trabajo que existen (salarios bajos, jornadas laborales que dificultan la conciliación de vida personal y laboral). El otro escenario nos sitúa en el ámbito de la formación y de los servicios de intermediación y colocación. Es necesario que exista una mayor adecuación entre la oferta educativa y el mercado de trabajo, que pasa porque el sistema educativo tenga en consideración los perfiles profesionales requeridos y por una recualificación de los trabajadores para cubrir las vacantes que se están produciendo en los sectores tecnológicos o TIC (Inteligencia Artificial, ciberseguridad, blockchain...). Asimismo, resulta indispensable mejorar y modernizar los servicios de empleo e intermediación en aras a favorecer que se produzca un contacto real y efectivo entre la oferta y la demanda.

Los escenarios son diversos y por ello precisan de actuaciones diversas. Por lo que al Derecho del Trabajo se refiere y para esos sectores y territorios concretos, se requiere el desarrollo de normativas que adapten las condiciones de trabajo a las concretas necesidades de las personas trabajadoras. Si se trata de un problema general en esos concretos ámbitos, la solución habría de pasar por una negociación colectiva que afectase al conjunto de empresas y personas trabajadoras, de suerte que todos se beneficiasen y, al mismo tiempo, todos se viesan comprometidos. En cualquier caso, también se requiere una actuación del conjunto de poderes públicos cuando el problema deriva de déficits estructurales como pudieran ser los que se derivan de los elevados costes que tiene la vivienda en determinadas zonas, las carencias de transporte público o la ya aludida falta de conexión entre el mercado de trabajo y el sistema formativo.

Sustitución por vacante del representante legal de los trabajadores y aplicación de las garantías. Es indiferente el conocimiento por la empresa.

El Tribunal Supremo en una reciente sentencia ha tenido que pronunciarse sobre la forma en que se produce la sustitución de un miembro del comité de empresa por su sustituto y cómo se aplica la garantía que en materia de despido se reconoce a dichos representantes. El litigio se planteó cuando, tras producirse la renuncia de un miembro del comité de empresa, la empresa despidió disciplinariamente a la trabajadora que, en las elecciones sindicales, quedó como la primera suplente de la lista electoral en la que figuraba el representante que dimite. La sustitución fue acordada por el Comité, pero ni fue comunicada a la oficina pública de elecciones ni a la empresa. El despido es declarado improcedente y el Juzgado de lo social reconoce a la sustituta la garantía prevista en el art 56.4 del TRLET de ser ella, y no la empresa, la que opte entre el despido indemnizado o la reincorporación más los salarios de tramitación. El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya por el contrario reconoció que aquella opción correspondía a la empresa, solución de la que se va a apartar el Tribunal Supremo.

Para ello el Supremo parte de una interpretación literal del art. 67.4 TRLET, en el que se dispone que, en caso de producirse vacante por cualquier causa en los comités de empresa



o de centros de trabajo, aquella se cubrirá automáticamente por el trabajador siguiente en la lista a la que pertenezca el sustituido. La literalidad de tal precepto supone, según la Sala, que, producido el cese de un miembro del comité, inmediata y automáticamente adquiere la condición de miembro el suplente de la lista, pudiendo ejercer las funciones a partir de dicho momento; y, por otra parte, que, adquirida tal condición de representante de los trabajadores, los derechos y garantías inherentes a tal condición puedan ser ejercidas desde ese mismo momento. «No en vano, el legislador utiliza la expresión “automáticamente”, lo que excluye cualquier ulterior gestión, notificación o exigencia que condicione la referida adquisición de la condición de representante de los trabajadores». El Tribunal va a considerar que, la exigencia contenida en el mismo art 67.5 LET en virtud del cual «las sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones de mandato se comunicarán a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral y al empresario, publicándose asimismo en el tablón de anuncios», no tiene carácter constitutivo con relación a la adquisición de la condición de representante de los trabajadores por parte del suplente. Eso significa que la condición de miembro del comité de la trabajadora suplente se ha adquirido de forma automática tras dimitir el titular, produciendo efectos erga omnes con independencia del conocimiento de terceros. Ni la norma legal ni el reglamento que regula las elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa (Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, BOE, 13) condicionan la adquisición de la condición de representante de los trabajadores al conocimiento de la empresa de tal circunstancia. Repercusión directa que impide el que pueda dejar de aplicarse ninguna de las garantías legales previstas por esa falta de comunicación.

La solución final constituye, a nuestro juicio, la imposición de un deber de conocimiento a la empresa de difícil cumplimiento por cuanto, una interpretación rigurosa de la misma, le obligaría, antes de poder adoptar cualquier decisión que pudiera afectar a los trabajadores que hubiesen formado parte de las listas electorales, a que tuviese que dirigirse al órgano de representación unitaria en orden a averiguar si los mismos se han incorporado o no efectivamente al órgano de representación legal. En cualquier caso, deberá operarse con suma cautela en supuestos como el comentado.

Los efectos de la declaración como “no apto” por el servicio de prevención.

El Tribunal Supremo en una reciente sentencia ha tenido que pronunciarse sobre los efectos que tiene la declaración como no apto de una persona trabajadora por parte de los servicios de prevención. En el supuesto de hecho se trataba de un encargado de obra que tras agotar el periodo de incapacidad temporal fue dado de alta por la Seguridad Social sin reconocimiento de incapacidad permanente. La empresa somete al trabajador a un reconocimiento médico por el servicio de vigilancia de la salud que, sin identificar de ningún modo las limitaciones del demandante, lista genéricamente las funciones propias de su categoría y concluye que, éste no está en condiciones de conducir, actividad ésta que supone el 75% de su tiempo de trabajo, por lo que le califica como no apto para el desempeño de su trabajo.



A la luz de esa situación la empresa despide al trabajador en base al art. 52 a) del TRLET por ineptitud sobrevenida. En la carta de despido se listan y se explican cada una de las funciones del puesto del trabajador y, sin identificar las limitaciones del demandante, ni razonar por qué no puede acometer las funciones anteriormente descritas, concluye, con base al informe del servicio de prevención, que el demandante no puede conducir, lo que le impedirá realizar el 75% de su actividad. En la carta se afirma que no ha sido posible encontrar otro puesto de trabajo.

El Tribunal Supremo reconoce que en el despido por ineptitud cabe incardinar aquellos supuestos en los que una disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador o la ausencia o disminución de facultades, condiciones, destrezas y otros recursos personales necesarios impida el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia, entendido como imposibilidad de desempeño de todas o al menos las funciones básicas del puesto de trabajo.

Sin embargo, va a considerar que, un informe, expedido por el servicio de prevención, a solicitud unilateral del empresario, no constituye por sí solo un medio de prueba “imbatible” para acreditar la ineptitud sobrevenida para el trabajo del trabajador afectado, que justifique, sin más pruebas, la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida considerando que es necesario, a estos efectos, que el informe identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que el trabajador ha perdido su aptitud.

Cabe concluir de esta forma que, si bien la pérdida de aptitud declarada por el Servicio de prevención puede ser causa de despido por ineptitud sobrevenida, aunque la Seguridad Social no haya reconocido ningún grado de incapacidad a la persona trabajadora, ello sólo determinará la procedencia del despido cuando el informe “identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador”. Una concreción que deberá, pues, ser exigida a dichos Servicios de prevención.

Cabe reseñar y ello es sumamente importante, aunque sólo aparece marginalmente en la sentencia, que nos encontramos ante un trabajador especialmente sensible y ello determina que, la primera obligación empresarial, sea conforme el art. 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias. Unas medidas de prevención y protección que podrían pasar por una movilidad funcional cuando existiesen puestos de trabajo compatibles y vacantes. Una obligación de adaptación que se incrementa cuando se ve afectado un trabajador que, por su estado de salud, pueda ser considerado discapacitado a los efectos de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. En dicho caso, la no realización de esos ajustes razonables podría suponer la nulidad del despido y la comisión de un ilícito administrativo por discriminación.