

NEWSLETTER LABORAL NOVIEMBRE 2022



EDITORIAL

En esta Newsletter de novedades laborales y de Seguridad Social correspondiente al mes de noviembre de 2022 incluimos, como es costumbre, los siguientes apartados:

- i.** Resumen de las principales novedades legislativas producidas durante el mes de noviembre de 2022.
- ii.** Relación de las principales resoluciones judiciales dictadas y/o publicadas en el ámbito laboral el mes de noviembre de 2022.
- iii.** Reseña de Interés.

Con relación a nuestra Reseña de Interés, este mes realizaremos un análisis del uso de la contratación fija-discontinua como la modalidad contractual sustitutiva de los antiguos contratos eventuales por obra o servicio determinado.

Esperamos que todas estas novedades sean de vuestro interés.

Gracias.

Un saludo,



NORMATIVA RELEVANTE EN EL ÁMBITO LABORAL

A continuación, les señalamos la normativa relevante dictada y/o publicada durante el mes de noviembre de 2022:

- *Ley 21/2022, de 19 de octubre, de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto.*
- *Orden ISM/992/2022, de 11 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2022 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.*
- *Orden PCM/1047/2022, de 1 de noviembre, por la que se aprueba y se publica el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo previsto en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.*
- *Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, de 2 de noviembre.*



RESOLUCIONES RELEVANTES EN EL ÁMBITO LABORAL

Sentencias relevantes en el ámbito laboral

- *Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2022, Rec. 2206/2021, sobre despidos Covid.* El Tribunal Supremo emite su pronunciamiento definitivo sobre la denominada “*prohibición de despedir*” contenida en el Real Decreto 9/2020: los despidos objetivos realizados por causas derivadas de la pandemia de Covid-19 son improcedentes y no nulos.
- *Sentencia de la Audiencia Nacional, de 10 de noviembre de 2022 nº 144/2022, sobre teletrabajo.* Se declara nula toda cláusula contractual que exima a la empresa del pago de algún tipo de compensación por el teletrabajo, en los términos del artículo 6 de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia.
- *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala Sevilla, de 15 de junio de 2022, Rec. 2811/2020, sobre despidos disciplinarios.* Se declara procedente el despido de una trabajadora en situación de baja médica por embarazo por participar en una romería, por resultar esta incompatible con el reposo prescrito.
- *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 7 de julio de 2022, Rec. 543/2022, sobre despidos disciplinarios.* La Sala determina que no constituye transgresión de la buena fe contractual el hecho de visualizar quince minutos de un partido de fútbol con compañeros durante la jornada laboral.
- *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala Valladolid, de 16 de septiembre de 2022, sobre pensiones de viudedad.* En caso de separación judicial –no divorcio– no procede la concesión de una pensión de jubilación ante la mera alegación de una reconciliación de hecho.



RESEÑA DE INTERÉS

La contratación fija-discontinua: uso sustitutivo de los extintos contratos eventuales por obra o servicio determinado.

INTRODUCCIÓN

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

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 periodos 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 contratos 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.

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

Tal como hemos adelantado en la Introducción, 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 3.512.400¹.

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.

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



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.

El presente documento es una recopilación de la información recabada por ETL GLOBAL ADDIENS, S.L. y cuya finalidad es estrictamente informativa y divulgativa. En definitiva, la información y comentarios en esta Newsletter contenidos no suponen en ningún caso asesoramiento jurídico de ninguna clase y en ningún caso podrá utilizarse esta Newsletter como documento sustitutivo de dicho asesoramiento jurídico. El contenido del presente documento es estrictamente confidencial y no podrá ser divulgado a terceros sin la previa autorización de ETL GLOBAL ADDIENS, S.L.

CONTACTO ETL GLOBAL ADD

PARA MÁS INFORMACIÓN



ÓSCAR MANCEBO

Director | Laboral

omancebo@etl.es

93 202 24 39



ETL GLOBAL ADD es una firma jurídica multidisciplinar de carácter global, especializada en el asesoramiento integral personalizado a empresas y particulares con más de 20 años de experiencia.

Disponemos de oficinas en Barcelona, Tarragona y Girona.

Desde el año 2016, estamos integrados en el grupo ETL GLOBAL.

De origen alemán y con más de 120 despachos repartidos en el territorio español, ETL GLOBAL ocupa la 5ª posición en los rankings de facturación de empresas de servicios profesionales de auditoría y el 8º puesto en el ranking de firmas jurídicas en nuestro país.

ETL GLOBAL es el líder en Europa con más de 320.000 clientes Pymes situándose en la 5ª posición a nivel europeo y en el puesto décimo quinto a nivel mundial.

www.etlglobaladd.es

ETL GLOBAL ADD