

La protección social de los trabajadores fijos discontinuos, con especial atención a la prestación por desempleo

Cristina Aragón Gómez

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)*
cristina.aragon@der.uned.es | <https://orcid.org/0000-0001-6177-8287>

Extracto

El Real Decreto-Ley 32/2021 ha modificado de forma sustancial el régimen jurídico del contrato fijo discontinuo. El problema es que la reforma se ha centrado en sus aspectos sustantivos, pero ha descuidado el impacto de la fijeza discontinua en la protección social. El objeto del presente estudio es poner en evidencia las diferencias de trato que, en el ámbito de la Seguridad Social, sufren los trabajadores fijos discontinuos en comparación con los trabajadores indefinidos ordinarios o con los trabajadores a tiempo parcial.

Palabras clave: trabajo fijo discontinuo; trabajo a tiempo parcial; protección social; desempleo; reforma laboral; Real Decreto-ley 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo.

Recibido: 18-12-2024 / Aceptado: 27-12-2024 / Publicado: 14-01-2025

Cómo citar: Aragón Gómez, C. (2025). La protección social de los trabajadores fijos discontinuos, con especial atención a la prestación por desempleo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 484, 195-234. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24259>



Social protection of discontinued permanent workers, with special attention to unemployment benefits

Cristina Aragón Gómez

Senior lecturer in Labour and Social Security Law.

National University of Distance Learning (Spain)

cristina.aragon@der.uned.es | <https://orcid.org/0000-0001-6177-8287>

Abstract

RD Law 32/2021 has substantially modified the legal regime of the discontinuous fixed contract. The problem is that the reform has focused on its substantive aspects, but has neglected the impact of discontinuous fixity on social protection. The purpose of this study is to highlight the differences in treatment that, in the field of Social Security, permanent discontinuous workers suffer in comparison with ordinary permanent workers or part-time workers.

Keywords: permanent discontinuous work; part-time work; social protection; unemployment; labour reform; Royal Decree-Law 11/2024, of December 23, to improve the compatibility of the retirement pension with work.

Received: 18-12-2024 / Accepted: 27-12-2024 / Published: 14-01-2025

Citation: Aragón Gómez, C. (2025). Social protection of discontinued permanent workers, with special attention to unemployment benefits. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 484, 195-234. <https://doi.org/10.51302/rtss.2025.24259>



Sumario

1. El trabajo fijo discontinuo: una aproximación conceptual
 2. Evolución legislativa
 3. El trabajo fijo discontinuo tras la reforma del 2021
 - 3.1. El nuevo ámbito de aplicación del contrato fijo discontinuo
 - 3.2. La delimitación entre el trabajo fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial en cómputo anual
 4. Las personas trabajadoras fijas discontinuas y la Seguridad Social: una visión de conjunto
 - 4.1. El principio de partida: la asimilación general del trabajo fijo discontinuo al trabajo a tiempo parcial
 - 4.2. Los trabajadores fijos discontinuos y el requisito del alta
 - 4.3. Los trabajadores fijos discontinuos y el requisito de carencia
 - 4.4. Los trabajadores fijos discontinuos y la intensidad de la protección
 5. El derecho a la prestación por desempleo y el trabajo fijo discontinuo
 - 5.1. Los trabajadores fijos discontinuos y la situación legal de desempleo: algunos problemas aplicativos
 - 5.2. La cotización por desempleo durante la fijeza discontinua
 - 5.3. Requisitos generales de acceso a la prestación
 - 5.4. La cuantía de la prestación por desempleo
 - 5.5. Dinámica de la prestación
 - 5.6. Prestación por desempleo e IT
 - 5.7. La prestación por desempleo en el nivel asistencial
 6. Valoración final
- Referencias bibliográficas

1. El trabajo fijo discontinuo: una aproximación conceptual

El trabajo fijo discontinuo presenta una importante particularidad: mientras el trabajo ordinario se presta con un ritmo continuo (sin perjuicio, como es obvio, de los descansos a los que tiene derecho el trabajador), el trabajo fijo discontinuo cubre aquellas necesidades productivas normales, habituales y permanentes de la empresa, pero que se definen por su carácter intermitente. Y la intermitencia, como indica la Real Academia Española, es una cualidad que se define por dos características: una, que se interrumpe, que cesa; otra, que se reanuda, que sigue. Del primer elemento (la interrupción) se deriva el carácter discontinuo de la relación laboral, pues a periodos de actividad se suceden periodos de desocupación. Del segundo elemento (la reanudación), se deriva la necesidad de que el contrato de trabajo sea indefinido. En efecto, en la medida en que la actividad tiene carácter permanente, por cuanto se reitera en el tiempo de forma cíclica, la necesidad empresarial, aunque discontinua, es indefinida y ha de ser cubierta por trabajadores fijos y no temporales. Mientras que el contrato por circunstancias de la producción está justificado cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular, el contrato fijo discontinuo se produce 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 homogeneidad¹. Precisamente por ello, los sucesivos periodos de actividad no constituyen contratos propiamente dichos, sino llamamientos de un único contrato².

Pues bien, a estos efectos, ¿qué debemos entender por interrupción? En primer lugar, es necesario aclarar que la interrupción no puede equipararse con los periodos de descanso a los que el trabajador tiene derecho por ley o por convenio colectivo. Así, el trabajo fijo discontinuo es aquel en el que se alternan tiempos de trabajo inferiores a los habituales con periodos de inactividad superiores a los que son de descanso con carácter general (González del Rey Rodríguez, 1998, p. 285). De otro lado, también es conveniente precisar que el trabajo fijo discontinuo, a diferencia del trabajo fijo ordinario, es de prestación reducida y la unidad de referencia a este respecto es el número de días trabajados en cómputo anual en comparación con los días laborales del año con carácter general, siempre y cuando los periodos de actividad sean superiores al mensual. De esta forma, un trabajador correteur-

¹ Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 19 de enero de 2010 (rec. 1526/2009) y de 27 de septiembre de 2011 (rec. 3985/2010), entre otras.

² Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de febrero de 1998 (rec. 2013/1997) y Auto del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2006 (rec. 2277/2004).

nos que únicamente presta servicios los fines de semana no es un fijo discontinuo, sino un trabajador a tiempo parcial en cómputo semanal. Y un empleado que preste servicios en semanas alternas tampoco sería un trabajador fijo discontinuo, sino un trabajador a tiempo parcial en cómputo mensual. Esta interpretación encuentra su apoyo en el hecho de que, según el artículo 29.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), al término de cada periodo de actividad, deba entregarse a los trabajadores fijos discontinuos una liquidación de haberes, con sujeción a los trámites y garantías establecidos en el artículo 49.2 del ET. Resulta absurdo pretender una liquidación con la garantista presencia de la representación legal de los trabajadores al final de cada semana o al final de cada mes, cuando el trabajador va a volver a prestar sus servicios al correspondiente periodo siguiente (González del Rey Rodríguez, 1998, pp. 289-290).

2. Evolución legislativa

En la versión originaria del ET, el trabajo fijo discontinuo se contemplaba de forma unitaria, pero en el artículo 15.1 e), esto es, entre los contratos de duración determinada; contradictoriamente –como advirtiera en su día la doctrina científica (Pedrajas Moreno, 1994, p. 407; Cruz Villalón, 1998, p. 33)–, se reconocía el derecho de llamada cada vez que se reanudase la actividad. Con posterioridad, la Ley 32/1984³ extrajo el régimen jurídico del trabajo fijo discontinuo del artículo 15.1 c) del ET y lo situó en un nuevo número (el 6), configurándolo como una modalidad contractual con entidad propia, separada de las restantes modalidades de contratación y regulada tras los contratos temporales estructurales o causales, en el artículo 15 del ET; precepto que fue desarrollado por el Real Decreto (RD) 2104/1984⁴, cuyo capítulo III obedecía al título: «Trabajos fijos y periódicos de carácter discontinuo». Años más tarde, la Ley 10/1994⁵ introdujo el cómputo anual de la jornada de trabajo, lo que permitió incorporar el trabajo de temporada dentro de la regulación propia del trabajo a tiempo parcial. De esta manera, el ET de 1995 recogía en el artículo 12 («contrato a tiempo parcial y contrato de relevo») el escueto régimen jurídico de los trabajos fijos y periódicos, dentro del volumen normal de la empresa.

Si hasta entonces el legislador se había referido a los trabajadores de temporada o campaña como trabajadores fijos y periódicos de carácter discontinuo, sin diferenciar entre regulares o irregulares, de fecha cierta o incierta, el artículo 12 del ET de 1995 incluyó por

³ Ley 32/1984, de 2 de agosto, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 4 de agosto de 1984).

⁴ RD 2104/1984, de 21 de noviembre, por el que se regulan los contratos de trabajo de duración determinada y de los trabajadores fijos discontinuos (BOE de 23 de noviembre de 1984).

⁵ Ley 10/1994, de 19 de mayo, de medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE de 23 de mayo de 1994).

vez primera esta distinción, reservando la calificación de fijos periódicos para los primeros y la de fijos discontinuos para los segundos. Con la reforma operada por la Ley 12/2001⁶, la regulación jurídica se desdobra, de manera que dos manifestaciones de un mismo fenómeno se configuran como dos modalidades contractuales diferentes: el trabajo fijo y periódico se mantiene en el artículo 12, en su apartado 3.º, dentro del régimen del contrato a tiempo parcial y el trabajo fijo discontinuo de fecha incierta adquiere autonomía e independencia del anterior, gozando de una regulación individualizada contenida en el artículo 15.8 del ET, donde se mantuvo hasta el año 2015 (fecha en la que pasó a tener un precepto propio en el art. 16 ET).

3. El trabajo fijo discontinuo tras la reforma del 2021

3.1. El nuevo ámbito de aplicación del contrato fijo discontinuo

Tras este sintético repaso de la –atormentada– evolución legislativa de la fijeza discontinua, es necesario abordar el impacto de la reforma operada por el Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021, que ha incidido profundamente en la configuración de esta modalidad contractual, más bien reconfiguración de sus aspectos conceptuales y reguladores.

De inicio, la reforma ha puesto fin a la distinción entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos. En palabras del propio preámbulo, ha desaparecido

por fin la artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al existir una identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas.

De otro lado, se ha optado por ampliar de forma notable el ámbito de aplicación del contrato fijo discontinuo, pues se permite su utilización en el marco de las contratas y de las empresas de trabajo temporal (ETT). En efecto, con la reforma, cabrían cuatro modalidades distintas de fijeza discontinua:

Primero. Según el artículo 16.1 del ET, el contrato fijo discontinuo se concertará para realizar trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada. Y de esa conexión con los ciclos estacionales se desprenden las siguientes características: a) que la intermitencia obedece a un factor objetivo e independiente de la voluntad de

⁶ Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 10 de julio de 2001).

la empresa (el clima, la meteorología, etc.); b) que las distintas reiteraciones gozan de una cierta homogeneidad, en la práctica, y c) que la prestación de servicios suele ser reducida en términos anuales, en la medida en que no se trabaja todos los días laborables del año. En definitiva, estamos hablando de empresas que únicamente están abiertas determinados periodos del año o empresas en las que se intensifica la demanda y la producción en ciclos estacionales o de temporada (Lahera Forteza, 2024, pp. 3-4). Se trata de una submodalidad que ya existía con carácter previo a la reforma de 2021 y que se corresponde con el supuesto clásico, por lo que la doctrina judicial en este punto es perfectamente extrapolable⁷.

Segundo. De otro lado, el contrato fijo discontinuo se concertará también para el desarrollo de aquellos trabajos que no tengan naturaleza estacional o de temporada pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. Aunque se ha calificado como el supuesto más confuso (García Ortega, 2022), con respecto a esta segunda modalidad, comparto la opinión de quien sostiene que esta novedad es más aparente que real (Goerlich Peset, 2022, p. 62), pues con base en la redacción anterior tampoco existía una conexión cerrada entre el trabajo fijo discontinuo y las actividades estacionales y de temporada⁸. En cualquier caso, es importante aclarar que la intermitencia debe depender de factores objetivos independientes de la voluntad de las partes o de la voluntad unilateral de la empresa (López Balaguer, 2023, p. 8).

Tercero. Tras la reforma de 2021, las ETT pueden celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos (arts. 16 ET y 10.3 Ley 14/1994⁹). A este respecto, el Tribunal Supremo había advertido que una ETT no podía celebrar un contrato fijo discontinuo con un trabajador puesto a disposición en una empresa usuaria, pues las interrupciones carecían de homogeneidad¹⁰. Pero para superar la continua utilización de contratos temporales en este sector y estabilizar parte de la plantilla de las ETT, el

⁷ Sin ánimo exhaustivo, el Tribunal Supremo consideró que los siguientes trabajos encontraban encaje en la fijeza discontinua: la recogida de la aceituna (STS de 26 de mayo de 1997, rec. 4140/1996), la guardería rural durante la campaña de la aceituna (STS de 2 de junio de 2000, rec. 2645/1999), el trabajo de un socorrista en una piscina (STS de 22 de marzo de 2004, rec. 349/2003), la tarea de un peón de remotes mecánicos en una estación de esquí (STS de 18 de septiembre de 2012, rec. 3880/2011), la recolección de cítricos (STS de 26 de octubre de 2016, rec. 3826/2015), la prevención y extinción de incendios forestales (STS de 26 de marzo de 2018, rec. 2493/2016).

⁸ Así, se ha venido aceptando, como trabajo fijo discontinuo el de los encuestadores en el Instituto Nacional de Estadística (SSTS de 5 de julio de 1999, rec. 2958/1998, 30 de mayo de 2007, rec. 5315/2005 y 22 de febrero de 2011, rec. 2498/2010) o el de quienes colaboran con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en la campaña de la renta (STS de 4 de mayo de 2004, rec. 4326/2003).

⁹ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE de 2 de junio de 1994).

¹⁰ STS de 30 de julio de 2020 (rec. 3898/2020).

legislador ha permitido la utilización del contrato fijo discontinuo con llamamientos coincidentes con prestaciones laborales temporales en la misma o en distinta empresa usuaria. En este caso, la discontinuidad coincidiría con los periodos de espera entre los diferentes contratos de puesta a disposición.

Cuarto. Sabemos que la STS de 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/2018) rompió la vinculación entre la duración de la contrata y la duración del contrato de trabajo, pues, en su opinión, lo determinante no era si la contrata tenía autonomía y sustantividad propia, sino si la actividad prestada mediante contratas revestía habitualidad y permanencia. Pues bien, el RDL 32/2021 acoge la interdicción de los contratos para obra o servicio determinado y encausa esta situación de necesidad hacia el contrato fijo discontinuo. En efecto, la reforma incorpora al artículo 16 del ET la posibilidad de acudir al contrato fijo discontinuo cuando la prestación de servicios se ejecute en el marco de la ejecución de contratas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Por lo tanto, ante esta situación de necesidad, la empresa puede acudir bien a un contrato indefinido ordinario o bien a un contrato fijo discontinuo.

No se trata, en este supuesto, de una actividad productiva de carácter cíclico. La discontinuidad no se deriva de la naturaleza de la actividad, sino de la necesidad empresarial que depende del encargo de un tercero, que suele ser temporal y sometido a renovación periódica. En este caso, el periodo de inactividad que justificaría el carácter discontinuo del contrato de trabajo sería, exclusivamente, el plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones (Vicente Palacio, 2022, p. 89). O sea, una discontinuidad por ficción legal (Lousada Arochena, 2024, p. 36) y de ahí que su inclusión se haya calificado por la doctrina más solvente como forzada (Goerlich Peset, 2022, p. 64).

Como se aprecia de lo anteriormente expuesto, esta nueva regulación nos sitúa ante un trabajador fijo discontinuo que puede realizar una jornada anual completa y prestar servicios de forma continuada todos los días laborables del año y durante varios años seguidos, lo que distorsiona, sin lugar a duda, el concepto que teníamos de esta modalidad contractual. De hecho, el propio Tribunal Supremo entendía que no podían ser trabajadores fijos discontinuos quienes trabajaran de manera ininterrumpida, sin solución de continuidad durante un largo periodo temporal¹¹. Sin embargo, con la reforma de 2021, algunas de las submodalidades de contrato fijo discontinuo quedan desvinculadas de cualquier tipo de campaña, temporada o estacionalidad por lo que no cabe, con respecto a estos concretos supuestos, la exigencia de homogeneidad. En definitiva, con el objetivo de favorecer la estabilidad laboral, el legislador adopta una decisión innovadora que desnaturaliza lo que tradicionalmente era consustancial al trabajo fijo discontinuo.

¹¹ STS de 28 de octubre de 2020 (rec. 4364/2018).

3.2. La delimitación entre el trabajo fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial en cómputo anual

Ya hemos apuntado que, con la reforma de 2021, se ha eliminado la distinción entre trabajos fijos periódicos y trabajos fijos discontinuos. Lo que ocurre es que la norma ha derogado el artículo 12.3 del ET, pero ha mantenido el artículo 12.1 del ET en su anterior redacción (permitiendo, por tanto, la celebración de contratos a tiempo parcial en cómputo diario, semanal, mensual y anual). Ante ello, se suscita la duda de si cabría realizar un contrato a tiempo parcial sobre un marco de referencia anual. En contra de la posibilidad se ha pronunciado un sector de la doctrina (Gordo González, 2022, p. 44), que defiende que esta situación de necesidad debería canalizarse en todo caso por el artículo 16 del ET. Otro sector doctrinal, más amplio, defiende que sí sería posible, por cuanto el artículo 12.1 del ET no ha sido modificado y sigue haciendo alusión a una parcialidad en cómputo anual (Ballester Pastor, 2022, p. 88; Goerlich Peset, 2022, p. 63; López Balaguer, 2023, p. 6).

Pero si la doctrina científica no se pone de acuerdo, tampoco parece tenerlo claro la propia Administración pública. En efecto, según el Boletín Noticias RED núm. 1/2022, de 14 de enero de 2022, «los trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas no tendrán, a partir de la fecha indicada (30-03-2022), la consideración de contratos a tiempo parcial celebrados por tiempo indefinido, sino que tendrán la consideración de contratos fijos-discontinuos». Y precisamente por ello, advierte que «Los contratos para trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas que se formalicen a partir de la fecha indicada, no se identificarán con los códigos de contratos de trabajo 2xx sino con los códigos 3xx». Un criterio excluyente que reitera el Boletín Noticias RED núm. 7/2022, de 14 de julio de 2022¹².

Sin embargo, en los modelos oficiales de contrato con clave 200 (tiempo parcial), se sigue permitiendo la opción de fijar la jornada en cómputo anual. A mayor abundamiento, el artículo 65.3 del RD 2064/1995¹³ no ha sido derogado y el artículo 40 de la Orden de cotización para el año 2024¹⁴ sigue previendo la posibilidad de realizar un contrato a tiempo parcial con jornada concentrada en determinados periodos del año.

¹² Conforme al cual,

las empresas que tengan en situación de alta a personas trabajadoras por cuenta ajena con contratos indefinidos a tiempo parcial que se repiten en fechas ciertas, formalizados antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 32/2021, [...] deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social el cambio del código de los contratos de trabajo 200, 209, 230, 239, 250 y 289 (correspondientes a los contratos a tiempo parcial) a los códigos 300, 309, 330, 339, 350 y 389, respectivamente (correspondientes a los contratos de trabajo de trabajadores fijos discontinuos).

¹³ RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE de 25 de enero de 1996).

¹⁴ Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024 (BOE de 30 de enero de 2024).

Parece, por tanto, que sí se pueden seguir realizando contratos indefinidos a tiempo parcial con jornadas anuales concentradas¹⁵. Y, en tal caso, nos enfrentamos a un delicado problema de deslinde entre los contratos fijos discontinuos y los contratos a tiempo parcial vertical en cómputo anual o, en otros términos, las personas trabajadoras a tiempo parcial con trabajo concentrado¹⁶. En la práctica, ¿cómo los diferenciamos? ¿Es posible hacerlo? Algunos casos de la reciente experiencia judicial podrían ilustrar perfectamente estas dificultades. Por ejemplo:

¿Por qué la Audiencia Nacional no ha admitido el contrato fijo discontinuo para contratar al personal docente de un centro escolar para impartir actividades curriculares? Porque la actividad de la enseñanza es una actividad permanente y no cíclica, que goza de unas vacaciones superiores a las previstas como mínimas en el artículo 38 del ET¹⁷. Dicho en otros términos, porque los profesores de un colegio no realizan una jornada de trabajo inferior a la prevista con carácter anual en el convenio colectivo del sector, sino que trabajan a tiempo completo. Lo que ocurre es que, en ese concreto sector, la jornada máxima anual prevista en el convenio es inferior a la jornada máxima legal.

¿Y, por qué el Tribunal Supremo sí que lo ha venido admitiendo con respecto al servicio de comedor¹⁸ o al servicio de limpieza¹⁹ de un centro escolar? En definitiva, porque, en tal caso, sí se trata de trabajadores que realizan una jornada inferior, en cómputo anual, a la prevista en el convenio colectivo aplicable; teniendo en cuenta que a estos trabajadores se les aplica el convenio de la empresa contratista y no el convenio de la empresa principal.

¿Y por qué a los trabajadores fijos discontinuos se les está denegando el acceso a la pensión de jubilación parcial? Sabemos que uno de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la jubilación parcial anticipada es que la persona trabajadora se encuentre vinculada a la empresa a través de un contrato a tiempo completo (art. 215.2 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–). Pues bien, en opinión del Supremo, las personas trabajadoras fijas discontinuas no prestan servicios todos los días del año y realizan una jornada de trabajo, en cómputo anual, inferior a la contemplada como ordinaria y a tiempo completo para dicha actividad. En consecuencia, y «a pesar de que laboralmente se trate de una modalidad autónoma», a estos efectos, deben asimilarse a trabajadores a tiempo parcial en cómputo anual²⁰.

¹⁵ Así lo entiende Duque González (2023a).

¹⁶ Como con acierto advierte Goerlich Peset (2022, p. 63).

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de febrero de 2023 (rec. 359/2022).

¹⁸ STS de 23 de junio de 1998 (rec. 4765/1997).

¹⁹ STS de 1 de octubre de 2001 (rec. 3286/2000).

²⁰ SSTS de 5 de julio de 2022 (rec. 605/2020), de 12 de julio de 2022 (rec. 1881/2020), de 21 de diciembre de 2023 (rec. 3616/2022) y de 29 de abril de 2024 (rec. 3824/2022), entre otras.

Y un criterio similar es el sostenido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 15 de septiembre de 2023 (rec. 2042/2023), según la cual no cabe imponer la conversión de un contrato fijo continuo en un contrato fijo discontinuo. En opinión del tribunal, el contrato fijo discontinuo no garantiza trabajar durante la jornada anual completa. Y, precisamente por ello, desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea, un trabajador fijo discontinuo es un trabajador a tiempo parcial. Según la cláusula 3.^a de la Directiva 97/81/CE, se entiende por «trabajador a tiempo parcial»,

a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un periodo de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

En consecuencia, la conversión de un contrato indefinido ordinario a un contrato fijo discontinuo debe quedar sometida al principio de voluntariedad y no puede imponerse por acuerdo colectivo y menos aún por decisión unilateral de la empresa, ni siquiera a través de un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En definitiva, una vez que aceptamos el cómputo anual de la jornada, el trabajo fijo discontinuo (al menos en las submodalidades primera y segunda previamente analizadas) es trabajo a tiempo parcial, por lo que el deslinde entre una y otra figura resulta sumamente complejo. Sin embargo, según parte de la doctrina académica, sí sería posible la distinción conceptual y, por lo tanto, se podrían derivar consecuencias jurídicas diferenciadas. ¿En qué se basaría, según la doctrina, esta distinción? Se aprecian varias teorías al respecto:

- En la voluntad de las partes. Para una parte de la doctrina, la diferencia se basa en la voluntad de las partes²¹. En las gráficas palabras de Lousada Arochena, entre el trabajo fijo discontinuo y el trabajo a tiempo parcial del artículo 12 del ET, «no cabe ninguna distinción en base a hechos objetivos» por lo que será la voluntad de las partes la que decidirá el régimen jurídico aplicable.
- En motivos organizativos y/o productivos fijados por la propia empresa, admitiendo así una intermitencia basada en la mera discrecionalidad empresarial (Martínez Barroso, 2022).
- En el modo de determinación temporal de la prestación. Una tercera corriente basa la delimitación entre ambas figuras en el modo de determinación temporal de la prestación, incierta o imprecisa (fijeza discontinua) y más cierta o concreta (tiempo parcial)²². Pero este criterio de delimitación contrasta con la voluntad

²¹ Para Ballester Pastor (2022, p. 88), el artículo 12.3 se ha derogado para permitir que las relaciones que antes debían ser calificadas como fijas periódicas puedan ahora ser calificadas, si las partes lo deciden así al realizar el contrato, como fijas discontinuas. En el mismo sentido, Lousada Arocheha (2024, p. 27).

²² Según Núñez-Cortés Contreras (2022, pp. 81-82):

explicitada en el preámbulo del RDL 32/2021 de reconducir al artículo 16 del ET todo trabajo fijo discontinuo cuya ejecución es cierta, con independencia de si los periodos de actividad son determinados o indeterminados.

- En la concurrencia de necesidades externas de la estructura productiva. Una cuarta corriente sitúa el criterio de delimitación en la existencia de una causa que justifique la intermitencia. Así, «si hay causa que justifica la intermitencia del contrato, por tanto, habrá contrato de trabajo fijo discontinuo; si no la hay, habrá contrato a tiempo parcial» (Monreal Bringsvaerd, 2022)²³.
- En el periodo en el que se ejecutan las prestaciones. Una última corriente entiende que si el periodo de actividad es el periodo normal en que se prestan los servicios estaríamos ante un trabajo fijo discontinuo y si el periodo es inferior al habitual estaríamos ante un contrato a tiempo parcial (Arrieta Ildiákez, 2023).

Como se evidencia de lo expuesto, la delimitación entre ambas figuras contractuales es compleja y no hay unanimidad en la doctrina académica. En mi opinión, la modalidad contractual no puede depender de la voluntad de las partes, pues «las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son». Y mucho menos puede admitirse la determinación unilateral de la intermitencia por parte de la empresa, pues convertiría el contrato fijo discontinuo en un contrato a llamada (STS de 19 de febrero de 2019, rec. 971/2017) y resultaría incompatible con lo previsto en la Directiva 2019/1152, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. En todo caso, podría aludirse a la concurrencia de factores objetivos e independientes a la voluntad de las partes. Pero, ante la dificultad de encontrar una causa verdaderamente sólida, urge una modificación legislativa que introduzca un claro criterio de deslinde entre ambas modalidades de contratación.

4. Las personas trabajadoras fijas discontinuas y la Seguridad Social: una visión de conjunto

4.1. El principio de partida: la asimilación general del trabajo fijo discontinuo al trabajo a tiempo parcial

El artículo 245 de la LGSS hace una doble afirmación que, en línea de principios, no siempre guarda la coherencia debida. En efecto, de un lado, su apartado 1.º nos indica que

La diferencia entre la utilización del contrato a tiempo parcial y del fijo discontinuo podría determinarse en función de si la prestación está perfectamente delimitada temporalmente o no lo estuviera tanto, el primer escenario caería en el terreno del contrato a tiempo parcial y el segundo en el de fijos discontinuos.

²³ En términos similares, Lahera Forteza y Vicente Palacio (2023, p. 72).

el trabajo a tiempo parcial debe tener un tratamiento equivalente al trabajo a tiempo completo en el ámbito de la protección social. En su virtud,

la protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se registrará por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por lo establecido en este capítulo y en los artículos 269.2 y 270.1 con relación a la protección por desempleo.

Y, por su parte, el apartado 2.º hace otra asimilación conforme a la cual:

Las reglas contenidas en esta sección serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, de relevo a tiempo parcial y contrato fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 16 ET, comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General, incluidos los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos pertenecientes al Sistema Especial para Empleados de Hogar.

A partir de esta afirmación asimiladora, la realidad normativa es que se mantienen notables especificidades, por lo general constitutivas de un efecto de desprotección, o, cuando menos, de incertidumbre en su situación jurídica. Veámoslo de forma desagregada atendiendo a las diferentes relaciones jurídicas que integran la de seguridad social (encuadramiento, cotización y acción protectora). Aquí se hará una visión de conjunto, para dedicar el último apartado a la cuestión específica de la protección por desempleo del colectivo de personas trabajadoras fijas discontinuas.

4.2. Los trabajadores fijos discontinuos y el requisito del alta

Sabemos bien que, para causar el derecho a una prestación de la Seguridad Social, es necesario que el sujeto se encuentre afiliado y en alta o situación asimilada a la del alta al sobrevenir la contingencia o la situación protegida (art. 165.1 LGSS). Precisamente por ello, la situación de los trabajadores fijos discontinuos con respecto a este requisito puede resultar problemática. Es obvio que si el hecho causante se produjese durante un periodo de actividad no se plantearía problema alguno, pues el trabajador se encontraría en situación de alta real o, en el peor de los casos, de alta material. La cuestión se complica cuando el hecho causante sobreviene durante un periodo de inactividad laboral, en cuyo caso se genera una cierta confusión (Fernández Urrutia, 1998, p. 116). Para tratar de clarificarla, habría que distinguir las situaciones siguientes:

Personas trabajadoras a tiempo parcial con trabajo concentrado. Las disposiciones adicionales tercera y cuarta del RD 1131/2002²⁴ introdujeron un nuevo concepto perturbador (López Gandía y Toscani Giménez, 2003): el concepto de persona trabajadora parcial «con trabajo concentrado». Tal y como pone de manifiesto su preámbulo,

la regulación actual del contrato a tiempo parcial puede originar en la práctica que el trabajador acuerde con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que debe realizar anualmente por razón de su contrato a tiempo parcial, se presten de forma concentrada en determinados periodos de cada año.

Para ello es necesario que concurren dos requisitos: a) que la totalidad de la jornada anual contratada se preste en determinados periodos de cada año, y b) que, como consecuencia de la citada concentración de la actividad, se aprecien periodos de inactividad superiores al mensual. Es indiferente al respecto que la retribución anual acordada por las partes se abone en los periodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo del año. Pues bien, cuando el legislador habla de empleados a tiempo parcial «con trabajo concentrado», ¿podemos entender que se está refiriendo a los trabajadores a tiempo parcial en cómputo anual? Parece que sí, pues el RD 1131/2002 no podría crear una nueva categoría laboral, por lo que hemos de entender que se refiere a una realidad jurídica existente.

En tales casos, y de conformidad con el artículo 65.3 del RD 2064/1995, incorporado por la disposición adicional tercera del RD 1131/2002 y desarrollado por el artículo 40 de la Orden PJC/51/2024, los trabajadores deben permanecer en alta a lo largo de todo el contrato, incluso durante los periodos de inactividad laboral. Por lo expuesto, la persona trabajadora acreditaría el requisito del artículo 165.1 de la LGSS, aunque el hecho causante se produjera entre campañas.

Personas trabajadoras fijas discontinuas. La obligación de mantener en alta a los trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada no resulta de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos (art. 40.2 Orden PJC/51/2024). En consecuencia, causarán baja en la Seguridad Social durante los periodos de inactividad, decayendo la obligación empresarial de cotizar. Se aprecian de esta manera meses durante los cuales se mantiene el vínculo contractual y, sin embargo, al no haber trabajo efectivo, no habrá alta ni cotización a la Seguridad Social.

²⁴ RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE de 27 de noviembre de 2002).

¿Qué ocurre entonces si el hecho causante se produce en el periodo entre campañas? Es cierto que el artículo 36.1. 7.º del RD 84/1996²⁵ considera los periodos de inactividad entre trabajos de temporada como situaciones asimiladas al alta. ¿Es suficiente garantía jurídica de accesibilidad a la protección? No, porque se trata de una garantía parcial o fragmentaria. El verdadero alcance de esta calificación está en función de lo previsto en las normas reguladoras de cada una de las situaciones de necesidad protegidas por nuestro sistema de Seguridad Social (art. 36.2 RD 84/1996). Pues bien, solo el RD 295/2009²⁶ considera los periodos entre campañas como situaciones asimiladas al alta a efectos de las prestaciones por nacimiento y cuidado (arts. 4.9 y 24.9). Con respecto a las restantes prestaciones, los trabajadores fijos discontinuos carecerían del derecho a aquellas que requieran al sujeto encontrarse en alta o en situación asimilada, en el momento de producirse el hecho causante (incapacidad temporal –IT– e incapacidad permanente –IP– en el grado de total) o sufrirían un severo endurecimiento del requisito de carencia para causar aquellas que permiten su devengo desde una situación de inactividad laboral (IP en los grados de absoluta y gran invalidez y prestaciones por muerte y supervivencia).

Tal situación de desprotección presenta, no obstante, dos importantes excepciones:

De un lado, el artículo 267.1 d) de la LGSS considera situación legal de desempleo los periodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos discontinuos. En consecuencia, si el trabajador hubiera reunido el periodo de carencia suficiente para devengar la prestación por desempleo, durante el periodo entre campañas se encontraría, en aplicación de los artículos 165.1 de la LGSS y 36.1.1 del RD 84/1996, en situación asimilada al alta. Por lo tanto, la persona trabajadora estaría cubierta ante la actualización de cualquier contingencia, pues la situación de desempleo total y subsidiado goza de una suerte de asimilación al alta a efectos de todas las prestaciones del sistema, salvo aquellas que, en esencia, exigen la permanencia en activo (como ocurre con el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia natural y el cuidado de hijos con enfermedad grave).

De otro lado, el artículo 26 de la Orden TAS/2865/2003²⁷, por el que se regula el convenio especial con la Seguridad Social, prevé la posibilidad de que los trabajadores «de temporada» suscriban un convenio especial por el periodo que medie entre dos temporadas

²⁵ RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero de 1996).

²⁶ RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo de 2009).

²⁷ Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social (BOE de 18 de octubre de 2003).

consecutivas. Ya la Orden de 23 de marzo de 1971²⁸ declaraba situación asimilable a la de alta, en el régimen general de la Seguridad Social, la constituida por los periodos de inactividad propios de los trabajadores de temporada, bajo ciertos requisitos²⁹ y asumiendo el abono de las cuotas tanto del trabajador como del empresario, correspondientes a las situaciones y contingencias protegidas. Y en términos similares se pronuncia la regulación actual pues aun cuando admite la posibilidad de que el trabajador fijo discontinuo quede protegido durante los periodos entre campañas a través del mecanismo del convenio especial, exige el cumplimiento de rigurosos requisitos que dificultan en la práctica su suscripción³⁰. Pues bien, con respecto al alcance de la acción protectora, nada dice el artículo 26 de la Orden TAS/2865/2003 por lo que, en consecuencia, resulta de aplicación la regulación general contenida en el capítulo I de la orden, que restringe, como sabemos, la tutela del convenio a la pensión de jubilación, a la de invalidez y a las prestaciones por muerte y supervivencia que deriven de contingencias comunes.

En resumidas cuentas, del juego de la regla general prevista en el artículo 36.1. 7.º del RD 84/1994, de las normas que desarrollan dicho precepto y de las excepciones apuntadas, se deriva el siguiente panorama:

- El hecho de que el trabajador fijo discontinuo –que no resulte beneficiario de la prestación por desempleo y que no haya suscrito un convenio especial con la Seguridad Social– no se encuentre en situación asimilada al alta durante los periodos de inactividad, no plantea ningún problema desde un punto de vista práctico con

²⁸ Orden de 23 de marzo de 1971, por la que se declara situación asimilable a la de alta en el régimen general de la Seguridad Social la constituida por los periodos de inactividad entre los trabajadores de temporada (BOE de 2 de abril de 1971).

²⁹ Cuando hubieran prestado servicios durante 3 años en los últimos 7 como trabajador de temporada.

³⁰ Así, se requiere:

- a) Que el trabajador lo solicite dentro del mes natural siguiente a aquel en el que se produjo el cese en el trabajo de temporada, el agotamiento de la prestación económica del nivel contributivo por desempleo o el transcurso del periodo de 60 días de subsidio de desempleo de trabajadores fijos discontinuos con derecho a cotización a la Seguridad Social por contingencia de jubilación.
- b) Acreditar cotizaciones, como trabajador de temporada, durante un mínimo de 3 campañas completas en los 7 años anteriores a la fecha del cese en el trabajo o a la fecha de agotamiento de la prestación por desempleo. Pues bien, este requisito de 3 campañas completas no debe ser entendido como 1.095 días de cotización efectiva, sino como una permanencia en el trabajo de la campaña de que se trate durante 3 años naturales en los 7 años inmediatamente anteriores. En consecuencia, el periodo de cotización exigido variará de acuerdo con la duración normal de la campaña en cada concreta actividad (García Ortega, 1990, p. 307); y
- c) Ingresar, a cargo exclusivo del trabajador, el importe de las cuotas correspondientes, mientras se mantenga su vigencia. En tal caso, la base de cotización se corresponderá con la base mínima de cotización por contingencias comunes vigente en cada momento en el régimen general de la Seguridad Social.

respecto a la pensión de jubilación, pues se puede acceder desde una situación de no alta, sin que ello implique un endurecimiento del requisito de carencia (art. 205.3 LGSS).

- Tal conclusión no puede ser la misma con respecto a la pensión de IP y a las prestaciones por muerte y supervivencia pues, aunque cabe devengar ambas pensiones desde una situación de inactividad, se produce una importante penalización en forma de endurecimiento del periodo de cotización exigido³¹. Además, durante los periodos de inactividad, se impediría el acceso a una IP total dado que no se aplica, en tal caso, la exención del requisito del alta.
- Con respecto a las prestaciones por nacimiento y cuidado, la persona trabajadora fija discontinua se encuentra protegida durante el periodo de inactividad (pues expresamente se ha configurado como una situación asimilada a la del alta en los arts. 4.9 y 24.9 RD 295/2009).
- Con respecto a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora fija discontinua no se encuentra protegida entre campaña y campaña porque no concurre la incompatibilidad entre el trabajo y la situación gestante o lactante de la mujer trabajadora. Cosa distinta es que dicha situación se mantuviera cuando la trabajadora debiera incorporarse por reanudación de la actividad. En tal momento emergería la incompatibilidad, de forma que entonces se entendería producido el hecho causante de la prestación y se devengaría el derecho al subsidio.
- Con respecto a la prestación por IT, es importante advertir que el artículo 4.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967³² no prevé los periodos entre campañas como situación asimilada al alta, por lo que los trabajadores se enfrentan a una clara situación de desprotección (aun cuando hubiera suscrito un convenio especial con la Seguridad Social). Ahora bien, si en aplicación del orden de llamada recogido en el convenio, el trabajador se encuentra comprendido en el colectivo de empleados que debe reanudar su trabajo, la empresa tiene la obligación de efectuar el llamamiento y darle de alta en la Seguridad Social, aun cuando en la práctica la reincorporación no pueda hacerse efectiva por encontrarse en situa-

³¹ En efecto, según el artículo 195.4 de la LGSS, la pensión de IP, en los grados de absoluta y gran invalidez derivada de contingencias comunes puede causarse desde una situación de no alta. Pero, en tales supuestos, el periodo mínimo de cotización exigido será, en todo caso de 15 años. Y de acuerdo con el artículo 219.1 de la LGSS también se puede causar la prestación de viudedad por quien no se encontraba en alta o situación asimilada a la de alta, pero siempre que el causante hubiera completado un periodo de carencia de 15 años (frente a los 500 días exigidos con carácter general).

³² Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el régimen general de la Seguridad Social (BOE de 4 de noviembre de 1967).

ción de IT³³. En definitiva, la discontinuidad en el trabajo no supone la extinción de la relación laboral y, en consecuencia, solo cesan las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, no así la obligación empresarial de cotizar y de colaborar en la gestión de la Seguridad Social; colaboración que incluye, entre otras cosas, el pago delegado de la prestación por IT. Efectuada el alta, el empresario mantiene sus obligaciones en materia de cotización y colaboración en la gestión de la Seguridad Social, por lo que el trabajador devengaría el derecho a la prestación económica correspondiente a partir de la fecha de reanudación de la actividad (Fernández Urrutia, 1998, p. 122). Lo que ocurre es que esta obligación de abono de la prestación solo puede imponerse con respecto a una prestación devengada, no así en relación con un subsidio que no llegó a nacer por cuanto no se cumplió con uno de los requisitos exigidos por el legislador en el momento del hecho causante, al no encontrarse el trabajador de alta en la Seguridad Social en la fecha de la baja médica.

En definitiva, tal regulación provoca que un trabajador fijo discontinuo que no puede incorporarse efectivamente a la campaña por encontrarse en situación de IT no tenga derecho a ningún tipo de compensación económica: ni salarial (por no poder trabajar), ni reparadora de dicha imposibilidad de trabajo (dado que el alta en la Seguridad Social se tramitó con posterioridad a producirse el hecho causante de la prestación). Para paliar esta situación de desprotección, se aprecian dos corrientes: a) Una interpretación humanizadora considera el periodo entre campañas como situación asimilada al alta a efectos de devengar el subsidio por IT³⁴; b) Otra corriente, por el contrario, reconoce el derecho de las personas trabajadoras fijas discontinuas a percibir el subsidio a partir del momento en que, finalizado el periodo de inactividad, no pueden reincorporarse al trabajo por encontrarse incapacitadas³⁵. No obstante, no podemos perder de vista que esta prestación tiene por finalidad compensar la ausencia de rentas salariales y, durante los periodos de inactividad, no existen rentas de activo que sustituir (Desdentado Bonete y Mercader Uguina, 1999, p. 503).

Pues bien, aun siendo esta la solución más adecuada –pues en otro caso, nos enfrentaríamos a una clara situación de desprotección en la que el trabajador ni puede percibir un

³³ Resolución de 12 de febrero de 1979 de la Dirección General de Régimen Económico de la Seguridad Social y STS de 14 de julio de 2016 (rec. 3254/2015).

³⁴ Ej. STSJ de Illes Balears de 3 de mayo de 1995 (rec. 201/1995), que entendió que la ausencia de previsión expresa «no puede llevar a la descalificación de este supuesto como situación asimilada al alta, pues ello traería consigo la generalización de situaciones de desprotección [...]». La consecuencia de esta corriente es clara: el trabajador acreditaría el requisito general exigido en el artículo 165.1 de la LGSS, al que se remite el artículo 172 del mismo cuerpo legal, y percibiría el subsidio desde el propio hecho causante de la prestación (desde la baja médica).

³⁵ Eso es lo que se desprende de la STSJ de Murcia de 30 de diciembre de 1993 (rec. 857/1993). El hecho de que el trabajador fijo discontinuo no perciba el subsidio por IT durante el periodo de inactividad ha sido criticado duramente por la doctrina. Vid. Fernández Urrutia, 1998, p. 122).

salario, ni tiene acceso al subsidio—, seguiría sin resolverse el problema de la ausencia de alta en el momento del hecho causante y, por ende, de la no concurrencia de uno de los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de IT.

4.3. Los trabajadores fijos discontinuos y el requisito de carencia

Personas trabajadoras a tiempo parcial con trabajo concentrado. De conformidad con el artículo 65.3 del RD 2064/1995, los trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada deben permanecer en alta en la Seguridad Social a lo largo de todo el contrato, incluso durante los periodos de inactividad laboral. Esta previsión obliga a la empresa a cotizar por el trabajador durante todo el año y, a tal efecto, la base de cotización se determina al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada ejercicio, promediando la cuantía total de las remuneraciones a que tenga derecho el trabajador en ese año entre los meses que comprenda el correspondiente ejercicio, aun cuando en la práctica, el salario únicamente se abone en los periodos de trabajo concentrado. En tal caso, la base mensual de cotización no puede ser inferior al importe de las bases mínimas que resulten de aplicación a los trabajadores a tiempo parcial. Si al final del ejercicio, el trabajador hubiera percibido una remuneración diferente a la inicialmente estimada para determinar la base de cotización, se deberá realizar la regularización pertinente, presentando la correspondiente liquidación complementaria de cuotas (en el caso de que la diferencia sea positiva) o solicitando la devolución de las cuotas que resulten indebidas (de ser negativa).

Por lo expuesto, a efectos de lucrar las prestaciones, todo el año se entiende cotizado, pues con base en el artículo 247 de la LGSS, a efectos de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, IP, muerte y supervivencia, IT y nacimiento y cuidado de menor, se tendrán en cuenta los distintos periodos durante «los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos».

Personas trabajadoras fijas discontinuas. Ya hemos visto que las reglas contenidas en la sección 1.^a del capítulo XVII del título II de la LGSS (titulada «Trabajadores contratados a tiempo parcial») resultan aplicables al contrato fijo discontinuo. Eso supone que, a efectos de prestaciones, únicamente se tengan en cuenta los periodos durante los cuales el trabajador ha permanecido en alta. Y recordemos que los trabajadores fijos discontinuos causan baja durante los periodos de inactividad. Además, a este respecto conviene aclarar que, aunque son perfectamente admisibles los compromisos de ocupación mínima ex artículo 16.5 del ET³⁶, sin embargo, no tendrían cabida los compromisos de cotización mínima³⁷. Al

³⁶ En su virtud, por ejemplo, el convenio colectivo del sector de la hostelería en las Islas Baleares (BOIB de 22 de abril de 2023) reconoce una garantía de ocupación de 6 meses al año para quienes, durante 3 años consecutivos, hayan prestado servicios en la misma empresa por tiempo igual o superior a 6 meses/año.

³⁷ STS de 29 de abril de 2001 (rec. 950/2000).

fin y al cabo, la Seguridad Social escapa de la esfera de la autonomía privada para convertirse en materia de orden público.

La evolución legislativa pone de manifiesto la voluntad del legislador de proteger a los trabajadores a tiempo parcial, equiparándolos a los trabajadores a tiempo completo. El problema es que, en este tránsito, nos hemos dejado por el camino a los fijos discontinuos. Trataré de explicarme. Inicialmente, el ordenamiento jurídico aplicó el principio de proporcionalidad en el cómputo del periodo de carencia y asignó al día cotizado con jornada reducida un valor inferior al día trabajado a tiempo completo. En consecuencia, en los contratos a tiempo parcial, día trabajado no equivalía a día cotizado, pues las horas efectivamente trabajadas debían traducirse en días teóricos de cotización con base en la regla contenida en la disposición adicional séptima de la LGSS de 1994.

No obstante, el legislador introdujo dos mecanismos de corrección del principio de proporcionalidad: el coeficiente multiplicador y la elasticidad del marco de referencia del periodo mínimo de cotización. En virtud del primero, el número de días teóricos de cotización se multiplicaba por 1,5 para acceder a las pensiones de jubilación e IP. En virtud del segundo, el marco de referencia dentro del cual se ha de hallar comprendido el periodo de carencia se incrementaba en la misma proporción en que se reduciese la jornada.

Pero la aplicación de la regla de proporcionalidad, aun corregida, seguía imponiendo una exigencia desproporcionada a los trabajadores a tiempo parcial. En su Sentencia de 22 de noviembre de 2012 (asunto Elbal Moreno), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) entendió que el ordenamiento jurídico español contrariaba el derecho de la Unión pues exigía a los trabajadores a tiempo parcial –en su mayoría mujeres– un periodo de cotización mayor al requerido para los trabajadores a tiempo completo. Y, acogiendo la tesis del TJUE, el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del apartado segundo de la disposición adicional séptima de la LGSS, por cuando representaba un obstáculo desproporcionado en el acceso a las prestaciones (STC 61/2013).

En respuesta, el artículo 5 del RDL 11/2013³⁸ confirió una nueva redacción a la disposición adicional séptima.1. Segunda de la LGSS de 1994 con el propósito de facilitar a los trabajadores a tiempo parcial el acceso a las prestaciones. Con esta reforma, el periodo cotizado por los trabajadores a tiempo parcial no se equiparaba al de los trabajadores a tiempo completo (bajo la premisa «día trabajado-día cotizado»), sino que se modulaba en función del coeficiente de parcialidad. No obstante, el periodo de carencia exigido igualmente se reducía de acuerdo con este porcentaje. Y precisamente por ello, los criterios de corrección anteriormente mencionados (el coeficiente multiplicador y la regla de elasticidad del perio-

³⁸ RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto de 2013).

do de cómputo) fueron derogados. No obstante, se mantuvo la aplicación del coeficiente multiplicador del 1,5 a los efectos de calcular la cuantía de las pensiones de jubilación e IP.

Diez años después, el artículo único.Veintiséis del RDL 2/2023³⁹ ha conferido una nueva redacción al artículo 247 de la LGSS de 2015⁴⁰ y, a partir del 1 de octubre de 2023, se ha equiparado el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial a efectos del cómputo de los periodos de carencia requeridos para el reconocimiento del derecho a prestaciones, por lo que resulta irrelevante la concreta duración de la jornada. Lo que ocurre es que la norma únicamente computa, a efectos de carencia, «los distintos periodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial» (art. 247 LGSS). Y ello tiene una clara incidencia con respecto a los trabajadores fijos discontinuos, pues durante los periodos de inactividad, la persona trabajadora fija discontinua causa baja en la Seguridad Social y decae la obligación de cotizar. En definitiva, la aplicación del criterio «día en alta-día cotizado» resulta especialmente lesivo para los trabajadores fijos discontinuos, introduciendo una diferencia de trato difícilmente justificable con respecto a los trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada, por cuanto estos acreditan un periodo de carencia coincidente con la duración de la relación laboral, mientras que aquellos únicamente acreditan un tiempo coincidente con los periodos de actividad.

En efecto, el legislador –al equiparar tiempo completo y tiempo parcial– ha derogado la modulación del periodo de carencia con base en el coeficiente de parcialidad y esta supresión penaliza a los trabajadores fijos discontinuos, pues, en tal caso, el periodo de carencia no se vincula a la vigencia del contrato, sino al concreto periodo en situación de alta.

Recordemos que, según el derecho de la Unión, el trabajo fijo discontinuo es trabajo a tiempo parcial. Precisamente por ello, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de junio de 2010, asunto Bruno y Pettini, que analiza si una legislación nacional que no contabiliza, a efectos de causar prestaciones, los periodos en los que no se ha trabajado como consecuencia de prestar servicios a través de un contrato a tiempo parcial vertical, vulnera el principio de igualdad y no discriminación. En opinión del tribunal, el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, incorporado como contenido de la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, «se opone a una norma nacional que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico, excluye los periodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a prestación». El principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en

³⁹ RDL 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE de 17 de marzo de 2023).

⁴⁰ Que recogía las reglas de cómputo anteriormente contenidas en la disposición adicional séptima de la LGSS de 1994.

cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a pensión se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los periodos no trabajados. En resúmenes, tal regulación

tiende a hacer menos atractivo el recurso al trabajo a tiempo parcial, incluso puede disuadir a los trabajadores de ejercer su actividad profesional según tal modalidad contractual, en la medida en que dicha elección conduce a retrasar en el tiempo la fecha de adquisición de su derecho a pensión en proporción igual a la reducción de su jornada laboral en relación con la de los trabajadores a tiempo completo comparables. Tales efectos son manifiestamente contrarios al acuerdo marco, que consiste en facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial.

4.4. Los trabajadores fijos discontinuos y la intensidad de la protección

La base reguladora de las prestaciones. Sabemos que la cuantía de las prestaciones de carácter contributivo se obtiene aplicando un determinado porcentaje sobre una base reguladora. Y esta base se calcula sobre la previa cotización del causante (que, a su vez, integra la remuneración que percibe la persona trabajadora), favoreciendo una relación de proporción entre las rentas de activo y las rentas de sustitución. Pues bien, hemos de tener en cuenta que la cuantía de las bases de cotización va a ser diferente en función de si estamos ante trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada o ante personas trabajadoras fijas discontinuas.

En el caso de los trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada, la persona trabajadora acredita una mayor carrera de seguro (pues está en alta todo el año), pero cotiza por un importe menor; concretamente por el promedio de lo percibido durante el año. De esta forma, tiene más facilidad para acceder a las prestaciones contributivas, pero, en contrapartida, se beneficia de una menor intensidad de la acción protectora.

Por su parte, el trabajador fijo discontinuo acredita menos tiempo de carencia, pero cotiza por un importe superior, en la medida en que la retribución anual no se promedia a efectos del cálculo de la base de cotización. Así, la persona trabajadora presenta una mayor dificultad para acceder a las prestaciones, pero cuando se causan, la intensidad de la protección es mayor.

El porcentaje aplicable sobre la base reguladora. La carrera de seguro también puede tener incidencia en la concreción del porcentaje aplicable sobre la base reguladora. Concretamente, a efectos de las pensiones de jubilación y de IP por enfermedad común, el porcentaje aplicable depende del periodo cotizado. Pues bien, a estos concretos efectos, un año

trabajado equivalía a un año cotizado en el caso de los trabajadores a tiempo completo. Sin embargo, para los trabajadores a tiempo parcial, el legislador no partía de esta misma equivalencia, pues el periodo de cotización se corregía en función del coeficiente de parcialidad (que venía determinado por el porcentaje de jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable) y el valor resultante se incrementaba con un coeficiente del 1,5 (art. 248.3 LGSS en su anterior redacción).

La aplicación de este coeficiente reducía, sin duda, la diferencia existente entre una y otra fórmula legal, pero únicamente la anulaba cuando el coeficiente de parcialidad fuese igual o superior al 67 %. En cualquier otro caso, el solicitante de la prestación no tenía derecho al porcentaje total de la pensión. Y de ello se derivaba una diferencia de trato que castigaba, sobre todo, a los trabajadores con menor porcentaje de parcialidad, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo.

Precisamente por ello, la Sentencia del TJUE (STJUE) de 8 de mayo de 2019 (asunto Villar Láiz) entendió que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE se opone a una normativa según la cual el importe de la pensión de jubilación de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando la base reguladora (determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas) por un porcentaje que depende del periodo de cotización; periodo que se ve afectado por el coeficiente de parcialidad. Siguiendo la doctrina sentada por la STJUE de 8 de mayo de 2019, nuestro Tribunal Constitucional concluyó que este trato desigual rompía con el principio de proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de una menor base de cotización, añadía una reducción también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la pensión de jubilación (porcentaje sobre la base), lo que no se hacía con el trabajador a tiempo completo. En consecuencia, el tribunal apreció la inconstitucionalidad del precepto cuestionado no solo por vulnerar el derecho a la igualdad entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial (inciso primero art. 14 Constitución española –CE–), sino también por suponer una discriminación indirecta por razón de sexo (inciso segundo art. 14 CE), en la medida en que conducía a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección social que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos. Pues bien, con posterioridad, la STC 155/2021 ha trasladado la doctrina sentada por la STC 91/2019 al cálculo de la cuantía de la pensión de IP derivada de enfermedad común.

Tras estas dos resoluciones, el RDL 2/2023 ha procedido a la derogación del artículo 248.3 de la LGSS que había perdido, en gran medida, su virtualidad práctica. Y con esta derogación, igualmente ha desaparecido la aplicación del coeficiente del 1,5. La jornada trabajada, a estos efectos es irrelevante. Lo que importa es el periodo en situación de alta. El problema es que esta modificación legislativa nuevamente penaliza a los trabajadores fijos discontinuos, pues ya hemos visto que únicamente se encuentran dados de alta durante los periodos de actividad.

La integración de lagunas. Por lo que respecta a la integración de lagunas, y siguiendo a la doctrina más solvente (Desdentado Bonete y Tejerina Alonso, 1998) se debe diferenciar las (1) lagunas del contrato y las que se producen (2) fuera del contrato. Así es, hay vacíos de cotización que se producen como consecuencia del propio contrato a tiempo parcial que supone, por definición, menos días o menos horas de trabajo. En el contrato a tiempo parcial horizontal o por horas, no habría propiamente lagunas de cotización, sino una reducción de la cuantía de las bases. Pero en los contratos a tiempo parcial vertical o por días, se trabaja menos días y existirían, por tanto, lagunas de cotización. Además, existen otro tipo de lagunas: las lagunas fuera del contrato, que se producen por extinción de este o por situaciones de paro o inactividad.

Pues bien, a efectos de su integración, la ley no considera lagunas de cotización: «las horas o días en que no se trabaje en razón de las interrupciones en la prestación de servicios derivadas del propio contrato a tiempo parcial» (art. 7.2 RD 1131/2002). Dicho de otro modo, quedan excluidos de la integración de lagunas los vacíos de cotización que constituyen lagunas del contrato. En los periodos de inactividad dentro del contrato, no cabe admitir que se dé una propia y verdadera situación de laguna de cotización. Al contrario, se verifica una auténtica cotización, si bien adecuada a la índole y naturaleza del contrato a tiempo parcial. Pretender una ficción jurídica contrariaría el principio de que la base de cotización debe atemperarse a las retribuciones realmente percibidas y prevista, únicamente, para aquellos casos en los que no hay obligación de cotizar, como entiende el Tribunal Supremo⁴¹. En consecuencia, no son lagunas de cotización integrables: a) ni la parte de jornada no cotizada por las personas trabajadoras a tiempo parcial horizontales; b) ni los días sin cotización de las personas a tiempo parcial verticales.

En el caso de los trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada, en la medida en que se mantiene el alta y la cotización durante todo el año, no existe laguna que integrar. Sin embargo, con respecto a los trabajadores fijos discontinuos, los periodos de inactividad se conciben, en el artículo 7.2 del RD 1131/2002, como lagunas de cotización que se deben integrar de acuerdo con las reglas generales contenidas en los artículos 197.4 y 209.1 de la LGSS.

De otro lado, debemos tener en cuenta lo siguiente: con base en el artículo 7.2 del RD 1131/2002, la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo «con la base mínima de cotización de entre las aplicables en su momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o se extinguió la obligación de cotizar». La correcta aplicación de este precepto a los trabajadores fijos discontinuos exige algunas puntualizaciones: en primer lugar, hay que in-

⁴¹ SSTs de 23 de marzo de 2006 (rec. 1353/2005); 31 de octubre de 2007 (rec. 2928/2006); 30 de enero de 2008 (rec. 3677/2006); 10 de marzo de 2009 (rec. 347/2008); 22 de septiembre de 2009 (rec. 4160/2008); 26 de enero de 2010 (rec. 2151/2009). Así lo entiende también Roqueta Buj (2007, p. 1749).

terpretar la norma a la luz de la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley 3/2012⁴², conforme a la cual la integración no se produce necesariamente con el importe la base mínima. En segundo lugar, deviene necesario clarificar qué ha de entenderse por «horas contratadas», teniendo en cuenta que los trabajadores fijos discontinuos de fecha incierta se definen, precisamente, porque su jornada no viene determinada en el contrato, sino que queda a expensas de la duración de cada campaña. Pues bien, en opinión del Tribunal Supremo, el periodo entre campañas se deberá integrar con la base mínima de cotización (o, en su caso, con el 50 % de la mínima) en proporción a la jornada realizada; proporción que se deberá establecer entre las horas efectivamente trabajadas y los días que estuvo vigente la última campaña (y no en relación con los 365 días del año), pues es aquella la jornada de trabajo comparable⁴³.

5. El derecho a la prestación por desempleo y el trabajo fijo discontinuo

Aunque la sección 1.^a del capítulo XVII del título II de la LGSS de 2015 se titula «Trabajadores contratados a tiempo parcial», el régimen jurídico contenido en los artículos 245 a 248 se aplica a todas las prestaciones de Seguridad Social, salvo al desempleo. De ahí que sea necesario dedicar un epígrafe específico a analizar la prestación por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos.

5.1. Los trabajadores fijos discontinuos y la situación legal de desempleo: algunos problemas aplicativos

Originariamente, la protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos únicamente alcanzaba la extinción de la relación laboral y la suspensión contractual o reducción temporal de la jornada durante la temporada o campaña. Así, los periodos de inactividad entre campañas no se consideraban situación legal de desempleo, lo que planteaba un problema de igualdad de trato con respecto a los trabajadores temporales⁴⁴.

⁴² Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio de 2012).

⁴³ SSTS de 25 de junio de 2009 (rec. 2530/2008), 29 de junio de 2009 (rec. 3024/2008), 21 de septiembre de 2009 (rec. 366/2009) y 21 de enero de 2010 (rec. 1265/2009), de conformidad con las cuales el Tribunal Supremo se pronuncia así el contra del criterio del Instituto Nacional de la Seguridad Social que venía a establecer la proporción en función del número de días efectivamente trabajados en el año divididos entre 365.

⁴⁴ Advertido con acierto por Roqueta Buj (2016, p. 23).

Pero con la Ley 45/2002⁴⁵ se aclaró que los trabajadores fijos discontinuos se encontraban en situación legal de desempleo en los periodos de inactividad productiva. Y es que es evidente que, durante ellos, aunque no estamos ante la pérdida de un empleo preexistente, sí que nos enfrentamos a un periodo de desocupación⁴⁶. En tal caso, la situación legal de desempleo se justifica «mediante 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» (art. 1.5 RD 625/1985⁴⁷).

El problema es que esta regulación no resultaba aplicable a los trabajadores fijos periódicos que prestan servicios en fechas ciertas. Cuatro años después, se solventó esta disfunción, pues el RDL 5/2006⁴⁸ dio una nueva redacción al artículo 208 de la LGSS de 1994 e incluyó igualmente los periodos de inactividad productiva de los trabajadores fijos periódicos, entre las situaciones legales de desempleo.

El RDL 32/2021 ha dado una nueva redacción al artículo 267.1 d) de la LGSS y aunque mantiene que los trabajadores fijos discontinuos se encuentran en situación de desempleo durante los periodos de inactividad productiva, sin embargo, ha suprimido la referencia que el texto anterior hacía a los trabajadores fijos periódicos. Esta supresión tenía plena lógica, dado que la distinción entre ambas figuras había desaparecido y su regulación quedaba unificada. En consecuencia, la alusión al trabajo fijo discontinuo debía entenderse igualmente comprensiva del trabajo fijo periódico⁴⁹. Sin embargo, para el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)⁵⁰, la nueva redacción del precepto evidencia que los trabajadores con contrato indefinido a tiempo parcial, aunque tengan la jornada concentrada durante determinados periodos ciertos, «no podrán acceder a la prestación por desempleo».

Lo expuesto evidencia la importancia que tiene delimitar el trabajador fijo discontinuo y el trabajador a tiempo parcial con jornada concentrada, pues mientras los primeros tienen derecho a desempleo durante los periodos de inactividad, los segundos quedan excluidos

⁴⁵ Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE de 13 de diciembre de 2002).

⁴⁶ STS de 29 de septiembre de 2004 (rec. 6032/2003).

⁴⁷ RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE de 7 de mayo de 1985).

⁴⁸ RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE de 14 de junio de 2006).

⁴⁹ En el mismo sentido, Gorelli Hernández (2022, p. 219), para quien la modificación del artículo 267.1 d) de la LGSS y la supresión de la referencia a los trabajadores fijos periódicos es una clara manifestación de la unificación de las dos figuras contractuales preexistentes.

⁵⁰ Instrucción de 13 de mayo de 2022.

de la protección⁵¹. En palabras del Tribunal Supremo, en tal caso, no estamos ante un supuesto de suspensión de contrato, ni reducción de jornada, sino que se ha realizado la totalidad de la jornada contratada,

no constituyendo situación legal de desempleo el resto de jornada hasta alcanzar la jornada a tiempo completo. En efecto, si su contrato es indefinido a tiempo parcial, una vez realizado el periodo de parcialidad convenido, no se genera situación legal de desempleo (STS de 23 de junio de 2021, rec. 877/2020).

Una diferencia de trato que, a nuestro juicio, carece de lógica, pues el hecho de que el artículo 65 del RD 2064/1995 imponga a la empresa la obligación de mantener el alta durante los 12 meses del año y cotizar, no puede constituirse en una condición restrictiva de los derechos de la persona trabajadora⁵². Precisamente por ello, comparto la tesis sostenida por la STSJ de Galicia de 29 de julio de 2024 (rec. 5331/2023), de acuerdo con la cual, las solicitudes que se presenten por los trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada, aunque tengan un contrato 200 (indefinido a tiempo parcial), si la causa del cese es la interrupción de la actividad, «procede reconocer la prestación por desempleo, como hasta ahora».

5.2. La cotización por desempleo durante la fijeza discontinua

Ya hemos visto que los trabajadores fijos discontinuos se consideran en situación legal de desempleo durante los periodos de inactividad. A pesar de ello, se les aplica el tipo reducido de cotización al desempleo: «lo que no deja de ser llamativo a la vista de los riesgos de desempleo a que se enfrentan los trabajadores fijos discontinuos, máxime si se comparan con los trabajadores temporales» (Roqueta Buj, 2016, p. 22). Convendría, por tanto, aplicar el tipo agravado legalmente previsto para los contratos de duración determinada⁵³. No obstante, de incrementarse el tipo de cotización por desempleo, este gravamen adicional debería ser asumido de forma íntegra por la empresa.

⁵¹ SSTs de 23 de junio de 2021 (rec. 877/2020), 22 de marzo de 2023 (rec. 2586/2020), 13 de junio de 2023 (rec. 230/2021) y 14 de junio de 2023 (rec. 548/2020).

⁵² En el mismo sentido, Rivera Sánchez (2022). Sin embargo, para López Fernández (2023, p. 110) no se aprecia, en tal caso, un agravio comparativo, el hecho de que los periodos de inactividad no constituyan situación legal de desempleo para los trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada se ve compensado con permanecer en alta y cotizando durante la totalidad del año, alcanzando así antes el periodo de ocupación requerido para causar derecho a un hipotético percibo.

⁵³ Que, como sabemos, se concreta en un 8,30 %, del que el 6,70 % es a cargo del empresario y el 1,60 %, a cargo del trabajador (art. 31.2 Orden PJC/51/2024, de 29 de enero).

5.3. Requisitos generales de acceso a la prestación

Como toda prestación contributiva, el derecho al desempleo se condiciona al cumplimiento de los requisitos generales de la acción protectora (alta y carencia previa). Pues bien, dichas exigencias presentan las siguientes particularidades con respecto al colectivo objeto de nuestro estudio.

En relación con el requisito de alta, es necesario traer a colación el artículo 2.2 del RD 625/1985 que considera situación asimilada al alta «la de los trabajadores fijos discontinuos que no sean llamados al reiniciarse la actividad correspondiente».

Por lo que respecta al requisito de carencia, debemos tener en cuenta que, a efectos de determinar el periodo de ocupación cotizada, se excluyen del cómputo «los periodos de inactividad productiva a los que se refiere el artículo 267.1 d) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social» (art. 3.4 RD 625/1985, en la redacción conferida por el RD 950/2018⁵⁴). Sin embargo, cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del ET, se computará el periodo durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de estos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.

Antes de la reforma llevada a cabo por el RD 950/2018, a efectos de determinar el periodo de ocupación cotizada, cada día trabajado se computaba como día cotizado, con independencia de la duración de la jornada. El problema es que esta regla introducía un trato desigual con respecto a las diferentes formas en que puede manifestarse la reducción de jornada, beneficiando a los trabajadores a tiempo parcial horizontales (o por horas), frente a los trabajadores a tiempo parcial verticales (o por días). En efecto, la aplicación de esta previsión reglamentaria conllevaba que el periodo computado para el cálculo de la duración de la prestación por desempleo no se extendía a todo el tiempo de duración del contrato, en el que el trabajador permanecía en alta en la Seguridad Social, sino exclusivamente los días realmente trabajados (que se multiplicaban por el coeficiente 1,4 para contabilizar igualmente la parte proporcional de los días de descanso ordinario).

Precisamente por ello, la STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto Espadas Recio, concluyó que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados

⁵⁴ RD 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE de 28 de julio de 2018).

del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el periodo de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres. Corrigiendo esta desigualdad advertida por el tribunal, el RD 950/2018 confirió una nueva redacción al artículo 3.4 del RD 625/1985, de acuerdo con la cual, cuando las cotizaciones se correspondan con un trabajo a tiempo parcial,

se computará el periodo durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.

En definitiva, con esta reforma, se aplica el mismo trato al trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal, pero nuevamente hemos dejado atrás a los trabajadores fijos discontinuos. Esta exclusión, sin embargo, se ha considerado razonable por la doctrina, por cuanto sería un contrasentido considerar, como periodo de ocupación cotizada, un periodo en el que no hay ni ocupación ni cotización. En definitiva, si se considerara cotizado, se generaría derecho a desempleo por periodos en los que hay trabajo (Maldonado Molina, 2018, p. 128). Y es que, ciertamente, el requisito de carencia exigido para causar la prestación por desempleo reviste una importante particularidad. Con carácter general, el requisito de carencia se materializa en la exigencia de determinados periodos de cotización. Pero con respecto a la prestación por desempleo, el legislador condiciona la concesión del derecho al cumplimiento de un determinado periodo «de ocupación cotizada». Surge entonces la duda de si estamos ante dos formas de decir lo mismo o nos enfrentamos a un concepto dispar que añade algún tipo de exigencia adicional al requisito de carencia con respecto a la prestación por desempleo.

Pues bien, ¿qué ha de entenderse por periodo de ocupación cotizada? Sabemos que, con carácter general, cotización y ocupación coinciden, pues de hecho la obligación de cotizar se vincula a la efectiva prestación de servicios (art. 139.1 LGSS). Lo que ocurre es que, en ocasiones, con el propósito de favorecer el acceso a las prestaciones, se aprecian supuestos en los que, o se relativiza el principio de profesionalidad y la cotización se desvincula del trabajo, o se flexibiliza el principio de contributividad y se confiere una suerte de asimilación a tiempo cotizado a periodos en los que no se han aportado contribuciones al sistema. Pues bien, el legislador no explica qué ha de entenderse por periodo de ocupación cotizada y la propia doctrina lo ha calificado como concepto extraño (Alonso Olea y Tortuero Plaza, 2002, p. 232). En opinión del ya extinto Tribunal Central de Trabajo, la ocupación cotizada exigía una correlación entre actividad laboral y cotización, de forma que resultaban inoperantes las cotizaciones que no derivaran de un trabajo efectivo⁵⁵; criterio que ha sido posteriormente acogido por el Tribunal Supremo que considera que este con-

⁵⁵ Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 23 de marzo de 1988 (RTCT 1988\2648), 26 de marzo de 1988 (RTCT 1988\2675) y 19 de julio de 1988 (RTCT 1988\5365).

cepto difiere del empleado con carácter general para las restantes prestaciones del nivel contributivo, pues no basta con el hecho de la cotización, sino que es preciso que exista trabajo efectivo realizado⁵⁶.

Y esta necesidad de que la cotización se corresponda con tiempo de trabajo efectivo provoca las siguientes consecuencias: a) que casi todas las cotizaciones asimiladas o ficticias no alcancen a la prestación por desempleo, y b) que tampoco se computan las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación por desempleo que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa⁵⁷. Precisamente por ello, a efectos de determinación del periodo de ocupación cotizada para causar la prestación por desempleo, el artículo 269.2 de la LGSS advierte que «no se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa», pues se trata, por definición, de un periodo en el que no existe ocupación⁵⁸. Una lógica que se entremezcla con la de evitar la autogeneración de la prestación durante el percibo de la misma⁵⁹.

Lo anteriormente expuesto evidencia, una vez más, la importancia de disponer de una delimitación jurídica precisa de las diferentes modalidades contractuales, pues sus consecuencias son muy diferentes.

5.4. La cuantía de la prestación por desempleo

Ya sabemos que la cuantía de la prestación por desempleo es el resultado de multiplicar un determinado porcentaje por una base reguladora que promedia la cotización correspondiente a los 180 días previos al hecho causante. Pues bien, con respecto a los trabajadores a tiempo parcial vertical, la reforma llevada a cabo por el RD 950/2018 ha favorecido el acceso a la protección por desempleo y ha incrementado la duración de la prestación al tener

⁵⁶ STS de 13 de febrero de 2007 (rec. 5521/2005).

⁵⁷ A estas dos manifestaciones, el Tribunal Supremo añadía una tercera: los periodos de no trabajo de los empleados a tiempo parcial con jornada concentrada (SSTS de 13 de febrero de 2007, rec. 5521/2005; 16 de marzo de 2007, rec. 435/2006 y 17 de abril de 2007, rec. 1/2006). Un criterio que, sin embargo, entendemos superado tras la reforma del RD 950/2018.

⁵⁸ No obstante lo anterior, hemos de tener en cuenta que, a raíz de la reforma operada por la Ley orgánica 1/2004, las cotizaciones efectuadas durante la prestación por desempleo sí integrarán el periodo de ocupación cotizada «cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1 n) ET, tal como establece el artículo 124.5 de esta Ley».

⁵⁹ Y que ha sido destacada por Mercader Uguina y López Cumbre (1995), para quienes el motivo de esta exclusión «parece hallarse en el temor a que pueda generarse un derecho permanente a dicha prestación si durante la percepción de la misma se sigue cotizando por ella (cotización gestora), creándose una cadena interminable de cotización-derecho a la percepción». En sentido similar, Cavas Martínez y Fernández Orrico (2003, p. 1109).

en cuenta, como periodo de ocupación cotizada, los días en que no ha habido prestación de servicios dentro de la vigencia del contrato de trabajo. Pero, en contrapartida, ha disminuido el importe de la base reguladora, pues este se obtiene de la cotización efectuada en los 180 últimos días tenidos en cuenta para el cálculo de la duración del derecho. Por tanto, antes de la reforma, se partía de los últimos 180 días cotizados dentro del periodo de ocupación cotizada. Tras la reforma, se toman en consideración los últimos 180 días naturales, con independencia de si ha habido o no cotización. En consecuencia, se reduce la intensidad de la acción protectora con respecto a los trabajadores a tiempo parcial vertical, pues se incluyen en el cómputo días en los que no se ha trabajado y no se ha cotizado (Maldonado Molina, 2018, p. 124).

Sin embargo, por lo que respecta a los trabajadores fijos discontinuos, en la medida en que los periodos de inactividad se excluyen del cómputo del periodo de ocupación cotizada, la base reguladora se calcula tomando como referencia los últimos 180 días cotizados precedentes al día en que se haya producido la situación legal de desempleo o al del que cesó la obligación de cotizar.

De otro lado, según lo establecido en el artículo 270.3 de la LGSS, ningún beneficiario podrá percibir una prestación cuya cuantía no se encuentre comprendida entre unos límites mínimo y máximo, establecidos por el legislador tomando como referente el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM). Y, a tal efecto, conviene tener presente que estas cuantías mínima y máxima se modulan «en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días».

Pues bien, por lo que respecta a las personas trabajadoras fijas discontinuas, a efectos de calcular la cuantía de la prestación por desempleo, no procede la aplicación de ningún correctivo en función de la jornada anual realizada. En la medida en que la jornada diaria, semanal o mensual no sea también inferior a la habitual, rigen las reglas aplicables a los trabajadores a tiempo completo (Desdentado Bonete y Tejerina Alonso, 1998). En consecuencia, la base reguladora de la prestación se calcula conforme a las bases de cotización correspondientes al periodo de actividad y no se reducen en proporción a la jornada realizada. Distinta sería la solución, como es obvio, si el contrato se hubiera suscrito a tiempo parcial (por permitirlo el convenio sectorial). Sin embargo, en el caso de las personas trabajadoras a tiempo parcial verticales, las cuantías mínimas y máximas se modulan teniendo en cuenta el IPREM en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días, ponderándose así los días trabajados a tiempo completo y a tiempo parcial durante dicho periodo.

5.5. Dinámica de la prestación

En este epígrafe vamos a analizar el impacto que tiene el llamamiento o la falta de este en la prestación por desempleo. A tal efecto, es necesario diferenciar los siguientes supuestos:

En primer lugar, ante la falta de llamamiento, el trabajador fijo discontinuo se encontraría en situación legal de desempleo, por lo que quedaría expedito el derecho a percibir (o a continuar percibiendo) el paro (López Fernández, 2023, p. 105).

En segundo lugar, si tras el llamamiento la persona trabajadora fija discontinua se reincorpora al trabajo, la prestación por desempleo se suspende o se extingue en aplicación de las reglas generales contenidas en los artículos 269.3, 271.1 d), 272 c) y 279 de la LGSS. Y, a este respecto, conviene aclarar que el periodo al que se refiere el legislador («igual o superior a doce meses»), no tiene por qué ser necesariamente ininterrumpido. Dicho en otros términos, para devengar una nueva prestación lo relevante es que se haya cotizado más de 12 meses con independencia de que ninguno de los periodos trabajados alcance ese tiempo de forma individualizada. Así lo interpretó inicialmente el Tribunal Supremo⁶⁰. Y así lo recoge ahora de forma expresa el artículo 269.3 de la LGSS, tras la reforma operada por el RDL 2/2024, en la medida en que dicho periodo se puede alcanzar por realizar uno o varios trabajos «de duración acumulada igual o superior» al mismo.

En tercer lugar, si tras el llamamiento, el trabajador fijo discontinuo no se reincorpora, debemos plantearnos cuál es el impacto a efectos de la prestación por desempleo. Debemos partir al respecto de una premisa: según el propio Tribunal Supremo, en el contrato fijo discontinuo, el llamamiento es fuente de obligaciones para ambas partes, por lo que debe ser efectuado por la empresa y atendido por la persona trabajadora⁶¹. En las gráficas palabras de la STSJ de Andalucía de 18 de octubre de 2012 (rec. 1774/2012):

[...] la empresa tiene la obligación de llamar al fijo discontinuo, pero este tiene que estar disponible y posibilitar el cumplimiento de dicha obligación empresarial por cuanto, llegado el inicio de la campaña, la empresa no puede esperar a que el trabajador se presente sino que su obligación es llamarle y su derecho, de no contactar con él, es realizar las contrataciones que realicen las labores de campaña que precisa.

Precisamente por ello, si tras el llamamiento el trabajador no se reincorpora, estaríamos –en principio– ante un supuesto de baja voluntaria. Por tanto, el trabajador quedaría excluido de la protección, incluso si ya la estuviera percibiendo. Esto es, perdería su situación legal de desempleado conforme al artículo 267.2 a) de la LGSS⁶². Y, a tal efecto, la empresa debería tramitar un alta y una baja con efectos del mismo día, con el objetivo de modificar la clave: de situación de «inactividad de un fijo discontinuo» (clave 94) a situación de «baja voluntaria» (clave 51).

⁶⁰ SSTs de 30 de marzo de 2000 (rec. 2105/1999) y 28 de enero de 2009 (rec. 359/2008).

⁶¹ STS de 23 de abril de 2012 (rec. 3106/2011).

⁶² En el mismo sentido, Duque González (2023b).

De hecho, con base en el artículo 271.1.1) de la LGSS, en la redacción dada por el RDL 2/2024, la falta de incorporación tras el llamamiento es causa de suspensión de la prestación salvo causa justificada. Y aunque esta medida se ha interpretado como una «sorpresa» para los miles de fijos discontinuos que perciben la prestación por desempleo (Esteban, 2024), realmente ya se venía aplicando con carácter previo, pues el artículo 6.5 del RD 625/1985 relacionaba la falta de incorporación como causa de extinción de la prestación. Por tanto, antes y después de la reforma, el beneficiario dejaba de cobrar la prestación por decisión de la entidad gestora. El cambio que se ha producido es que ha pasado de ser causa de extinción a ser causa de suspensión. Y a este respecto, es necesario tener en cuenta que la suspensión permite la reanudación de la prestación durante el tiempo que reste, con arreglo a las bases y tipos que en aquel momento correspondían. Además, no provoca la neutralización de las nuevas cotizaciones efectuadas, que pueden computarse para lucrar un derecho posterior. Sin embargo, la extinción supone perder los derechos generados.

Lo que ocurre es que la ausencia de contestación o, incluso, la ausencia de incorporación tras el llamamiento no siempre puede considerarse como un supuesto de dimisión tácita, pues en ocasiones nos encontraremos ante faltas de asistencia en las que no concurre realmente un ánimo extintivo. Y como bien sabemos, para que exista la causa extintiva es preciso que

se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral.

Por lo tanto, es necesario precisar de forma inequívoca las motivaciones e impulsos que le animan «toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral»⁶³.

Precisamente por ello, plantea serias dudas de legalidad la regulación incondicional prevista en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026⁶⁴, pues considera –sin ningún tipo de excepción o salvedad– que, si el trabajador no

⁶³ STS de 21 de noviembre de 2000 (rec. 3462/1999). Y, aplicando dicha doctrina, las SSTSJ de Madrid de 6 de abril de 2001 (rec. 955/2001) e Illes Balears de 26 de abril de 2005 (rec. 73/2005) llegaron a la conclusión de que estábamos ante supuestos de baja voluntaria. A tal efecto, tomaron en consideración los siguientes indicios: a) el que no se acreditara una causa que justificase la incomparecencia; b) el que el trabajador no se hubiese interesado por su reincorporación, y c) el que hubiera capitalizado la prestación por desempleo y se encontrara dado de alta en el régimen especial de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas.

⁶⁴ BOE de 14 de diciembre de 2022.

se incorpora a su puesto «causa baja en la empresa por dimisión voluntaria, quedando extinguido su contrato de trabajo y, consecuentemente, su relación laboral con la empresa».

En la práctica, para poder determinar si estamos ante una baja voluntaria o ante un despido, deberemos tener especialmente presente la regulación convencional, lo que, lógicamente, generará diferencias de protección, también a efectos de protección social, pese a tratarse de una relación *ex lege*. Así, por ejemplo, según el convenio nacional de perfumería y afines⁶⁵, el contrato fijo discontinuo no queda extinguido por falta de incorporación tras el llamamiento realizado en tiempo y forma, si se alegase de manera debidamente acreditada, hasta un máximo de dos ocasiones en cada año, las siguientes causas: (i) estar cursando estudios para la obtención de un título de carácter oficial; (ii) encontrarse al cuidado de menor de 12 años o persona dependiente, y (iii) estar trabajando en otra empresa. Y de acuerdo con el convenio colectivo para las industrias de turrónes y mazapanes⁶⁶, las personas trabajadoras que acreditasen estar en alta en otra empresa podrán renunciar hasta como máximo una vez cada 3 años al llamamiento sin perder su condición de fijo discontinuo en la empresa. Sin duda, se trata de una norma que facilita el derecho a la búsqueda de mejores oportunidades de empleo de las personas fijas discontinuas, sin por ello alterar su posición respecto a la contratación originaria.

Siguiendo con las particularidades de la prestación por desempleo en lo que hace a la dinámica, debemos recordar que la persona trabajadora fija discontinua puede alternar trabajo y prestación con mayor flexibilidad que el resto de personas empleadas. En efecto, el trabajador fijo discontinuo, aunque no haya extinguido el derecho a la prestación anterior, podrá optar entre reanudar el derecho a prestación anterior o percibir uno nuevo, siempre que acredite nuevos periodos de ocupación cotizada de al menos 360 días, así como el cumplimiento de los requisitos exigidos. Pues bien, cuando opte por reanudar el derecho suspendido, las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no hubiera optado se computarán para el reconocimiento de un derecho posterior⁶⁷. Esta excepcional medida, que se recoge en el clausulado del Acuerdo de 9 de mayo de 2006, no encontró posteriormente reflejo en el RDL 5/2006. El propio texto del acuerdo parece partir de la base de que no se precisa su plasmación normativa, pues la considera aplicable con el solo amparo de las instrucciones que el SEPE debe dictar al efecto. «Pero lo cierto es que es muy dudoso que esta excepción a la regla general contenida en el art. 269.3 LGSS pueda implantarse sin modificación normativa»⁶⁸.

⁶⁵ BOE de 26 de enero de 2023.

⁶⁶ BOE de 13 de diciembre de 2022.

⁶⁷ Un trato privilegiado que es cuestionado por la doctrina más solvente, por cuanto los trabajadores temporales igualmente se enfrentan a sucesivos periodos de trabajo y desempleo (Viqueira Pérez, 2015, p. 718).

⁶⁸ En el mismo sentido, González Ortega (2006, p. 154).

5.6. Prestación por desempleo e IT

Con el objeto de equiparar el trabajo fijo discontinuo y el trabajo indefinido ordinario, el RDL 2/2024 ha añadido un nuevo apartado 3 al artículo 283 de la LGSS, con la siguiente redacción: «Lo establecido en los apartados anteriores será de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos durante los periodos de inactividad productiva».

Como es sabido, el artículo 283 de la LGSS regula el régimen jurídico complejo derivado de las diferentes interacciones que se pueden dar entre la prestación por desempleo y el subsidio por IT. A saber:

- Tránsito al desempleo desde una situación de IT.

Derivada de contingencias profesionales. Según el artículo 283.1 de la LGSS, cuando el trabajador se encuentre en situación de IT derivada de contingencias profesionales y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por IT, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1, y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo sin que proceda descontar del periodo de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de IT tras la extinción del contrato, o el subsidio por desempleo.

Derivada de contingencias comunes. Sin embargo, cuando el trabajador se encuentre en situación de IT derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por IT en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción del contrato de trabajo se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1 de la LGSS y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo o el subsidio por desempleo. En tal caso, se descontará del periodo de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido el tiempo que hubiera permanecido en situación de IT a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo.

- Tránsito a la IT desde una situación de desempleo.

Si la baja es una recaída de un proceso anterior. De conformidad con el artículo 283.2 de la LGSS, cuando el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de IT que constituya recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo. En este caso, y en el supuesto de que el trabajador continuase

en situación de IT una vez finalizado el periodo de duración establecido inicialmente para la prestación por desempleo, seguirá percibiendo la prestación por IT en la misma cuantía en la que la venía percibiendo.

Si la baja no es una recaída de un proceso anterior. Pero si el nuevo proceso morboso no puede calificarse como una recaída de otro proceso anterior y el desempleado continúa incapacitado para el trabajo una vez agotado el periodo de desempleo, la cuantía del subsidio asciende al 80 % del IPREM, excluida la parte proporcional de las pagas extras.

Pues bien, partiendo de la literalidad del precepto –que hacía (sigue haciendo) alusión expresa a la extinción del contrato de trabajo–, las disposiciones del artículo 283 de la LGSS no resultaban de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos durante los periodos de inactividad, por cuanto la relación laboral se mantiene viva. Pero el RDL 2/2024 ha equiparado la fijeza discontinua a la fijeza ordinaria, de manera que, a partir del 1 de noviembre de 2024, los apartados 1.º y 2.º del artículo 283 se aplicarán igualmente al periodo entre campañas.

Como se desprende de lo expuesto, la prestación por desempleo empieza a consumirse desde el momento en el que la relación de trabajo se extingue (o se interrumpe por inactividad), lo que carece de todo sentido. Sabemos que el derecho a la prestación por IT se condiciona, entre otras cosas, a que la alteración de la salud incida en la capacidad de trabajo del beneficiario de forma impeditiva. Por lo tanto, aunque el contrato de trabajo se haya extinguido (o se haya interrumpido), el individuo no se encuentra desempleado, pues por definición solo puede considerarse como tal quien tiene capacidad de trabajo o, dicho en otros términos, quien queriendo trabajar además puede hacerlo. El tránsito entre la IT y el desempleo no debería producirse sino cuando el beneficiario recupere su capacidad de trabajo y se encuentre en condiciones de aceptar una oferta de empleo⁶⁹.

5.7. La prestación por desempleo en el nivel asistencial

En relación con la protección por desempleo de nivel asistencial, la disposición final sexta del RDL 3/2022⁷⁰ derogó el apartado 4.º del artículo 277 y los apartados 2.º y 3.º del artículo 280 de la LGSS, con el fin de garantizar a las personas trabajadoras fijas discontinuas el acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones que las demás personas trabajadoras. Con ello se da cumplimiento a la disposición final sexta del RDL 32/2021 para subsanar la contradicción evidente entre el impulso de las relaciones laborales de carácter indefinido y, en particular, del contrato fijo discontinuo y el déficit de protección asistencial por desempleo que padecía dicho colectivo.

⁶⁹ *In extenso*, Barcelón Cobedo (2002).

⁷⁰ RDL 3/2022, de 1 de marzo (BOE de 2 de marzo de 2022).

Antes de la reforma el artículo 277.4 de la LGSS establecía que, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, la duración del subsidio por agotamiento de la prestación contributiva (con o sin responsabilidades familiares) y del subsidio por cotizaciones insuficientes para acceder a la prestación contributiva, sería equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud. Además, impedía a estos trabajadores el acceso al subsidio para mayores de 52 años del artículo 274.4 de la LGSS.

De otro lado, la reforma da una nueva redacción al artículo 280 de la LGSS, eliminando el apartado que regulaba la cotización a la Seguridad Social por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo por parte de los trabajadores fijos discontinuos. Así, durante la percepción del subsidio para mayores de 52 años, la entidad gestora efectuará la cotización del mismo modo que para el resto de trabajadores.

6. Valoración final

Nuestro sistema de Seguridad Social se ha edificado sobre el paradigma del trabajo indefinido a tiempo completo y se ha ido acomodando, con dificultad, a las peculiaridades del contrato a tiempo parcial y del contrato fijo discontinuo. El RDL 32/2021 realizó una apuesta decidida por la fijeza discontinua con el objeto de reducir la temporalidad de nuestro mercado de trabajo. A tal efecto, el legislador introdujo importantes cambios desde una lógica sustantiva, pero olvidó, en gran medida, el impacto de la reforma en materia de protección social.

Urge por tanto una reforma legislativa que, a efectos de Seguridad Social, logre la plena equiparación entre los trabajadores fijos discontinuos y los trabajadores a tiempo parcial. A tal efecto, lo lógico sería tomar como criterio de alta y cotización el periodo durante el cual la relación de trabajo se mantenga viva (con independencia de los concretos días de prestación de servicios).

En su defecto, resulta acertado que se haya recuperado para los trabajadores fijos discontinuos la aplicación del coeficiente multiplicador del 1,5. Durante la corrección de este artículo, se ha publicado en el BOE el RDL 11/2024⁷¹ que modifica los artículos 247 y 248 de la LGSS con el fin de aplicar dicho coeficiente para los trabajadores fijos discontinuos. Por lo tanto, desde el día 25-12-2024 (fecha de entrada en vigor de la reforma), esta corrección tiene efectos con respecto al cómputo del periodo de carencia necesario para causar derecho a las prestaciones de «jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia». De esta forma, el periodo durante el cual el trabajador fijo discontinuo haya permanecido en alta se multiplicará por 1,5, sin que el número total de días computables como cotizados anualmente por el trabajador pueda superar el número de días naturales de cada año.

⁷¹ RDL 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo (BOE de 24 de diciembre de 2024).

De otro lado, también se ha modificado el artículo 248.3 de la LGSS y, en su virtud, este coeficiente igualmente alcanza a la concreción del porcentaje aplicable a la base reguladora de las pensiones de jubilación y de IP derivada de enfermedad común. Sorprendentemente, sin embargo, el legislador no ha previsto ninguna disposición transitoria para paliar la situación de quienes se han podido ver perjudicados por la reforma anterior; es decir, por la supresión del coeficiente del 1,5 por el RDL 2/2023.

Referencias bibliográficas

- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social* (18.ª ed.). Civitas.
- Arrieta Ildiákez, F. J. (2023). La consideración de los trabajadores fijos discontinuos como trabajadores a tiempo parcial y sus posibles consecuencias. Comentario a la STSJ Galicia de 15 de septiembre de 2023. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 66.
- Ballester Pastor, M. A. (2022). *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*. Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Barcelón Cobedo, S. (2002). El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 66, 207-231.
- Cruz Villalón, J. (1998). Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 85, 32-49.
- Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F. J. (2003). Artículo 210. Duración de la prestación por desempleo. En AA. VV. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. Murcia: Laborum, p. 1109.
- Desdentado Bonete, A. y Mercader Uguina, J. R. (1999). La protección social en el nuevo contrato a tiempo parcial. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 483-515.
- Desdentado Bonete, A. y Tejerina Alonso, J. I. (1998). Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 85.
- Duque González, M. (2023a). El contrato fijo-discontinuo tras el RD-Ley 32/2021: la introducción del trabajo «a llamada» en el ordenamiento español. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 97.
- Duque González, M. (2023b). El contrato fijo-discontinuo tras el RD-Ley 32/2021: la problemática en relación con la prestación contributiva por desempleo. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 98.
- Esteban, J. (14 de noviembre de 2024). Sorpresa del SEPE a los fijos discontinuos: miles dejan de cobrar el paro por rechazar llamamientos. *eEconomista*. <https://www.economista.es/economia/noticias/13082928/11/24/sorpresa-del-sepe-a-los-fijos-discontinuos-miles-dejan-de-cobrar-el-paro-por-rechazar-llamamientos.html>

- Fernández Urrutia, A. (1998). Trabajadores fijos discontinuos y prestaciones de incapacidad temporal y maternidad: peculiaridades relativas al requisito de alta, determinación de la base reguladora y abono de las prestaciones. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 85, 113-132.
- García Ortega, J. (1990). *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*. Bosch.
- García Ortega, J. (2022). El contrato fijo-discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>
- Goerlich Peset, J. M. (2022). Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, 58-72.
- González del Rey Rodríguez, I. (1998). *El contrato de trabajo a tiempo parcial*. Aranzadi.
- González Ortega, S. (2006). Protección y prestaciones sociales en la reforma laboral: Desempleo y Fondo de Garantía Salarial. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 85, 141-164.
- Gordo González, L. (2022). El contrato fijo-discontinuo: nuevo pilar de la contratación laboral estable. *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 13, 39-50.
- Gorelli Hernández, J. (2022). El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma de 2021. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 161, 217-252.
- Lahera Forteza, J. (2024). Regulación y modalidades de contratos de trabajo fijos discontinuos. Apuntes 2024/2025. Fedea. <https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2024/ap2024-05.pdf>
- Lahera Forteza, J. y Vicente Palacio, M. A. (2023). El contrato de trabajo fijo discontinuo estacional o de temporada. En AA. VV. Sempere Navarro (Dir.), *Los contratos de trabajo fijos discontinuos e indefinidos a tiempo parcial*. Aranzadi.
- López Balaguer, M. (2023). El nuevo contrato fijo discontinuo. *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 13(1), 1-31.
- López Fernández, R. (2023). Una visión panorámica de la prestación por desempleo tras los últimos pronunciamientos jurisprudenciales. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 35, 95-112.
- López Gandía, J. y Toscani Giménez, D. (2003). Trabajo a tiempo parcial concentrado y Seguridad Social. Comentarios al Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 311-334.
- Lousada Arochena, J. F. (2024). *El contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral*. Bomarzo.
- Maldonado Molina, J. A. (2018). El desempleo de los trabajadores a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el borrador de reforma. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 15, 109-130.
- Martínez Barroso, R. (2022). Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 251, 153-216.
- Mercader Uguina, J. R. y López Cumbre, L. (1995). Duración de la prestación por desempleo en la nueva Ley General de la Seguridad Social: antiguas inercias y modernas respuestas. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 50.

- Monreal Bringsvaerd, E. (2022). La interpretación de las causas justificativas del contrato temporal por circunstancias de la producción y del contrato fijo discontinuo: problemas de seguridad jurídica. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 62.
- Núñez-Cortés Contreras, P. (2022). El contrato fijo discontinuo: Precisiones conceptuales, requisitos y derechos de las personas trabajadoras. *Revista Derecho Social y Empresa*, 17, 78-101. <https://doi.org/10.18172/redsye.6237>
- Pedrajas Moreno, A. (1994). Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 404-437.
- Rivera Sánchez, J. R. (2022). Acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial con jornada concentrada, durante el periodo de inactividad. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 249, 73-102.
- Roqueta Buj, R. (2007). La jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. En L. López Cumbre (Coord.^a), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (pp. 1737-1754). Iustel.
- Roqueta Buj, R. (2016). La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos y fijos periódicos. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 398, 17-44. <https://doi.org/10.51302/rtss.2016.2268>
- Vicente Palacio, M. A. (2022). La supresión del contrato para obra o servicio determinado y el nuevo papel del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratadas. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 2, 79-99.
- Viqueira Pérez, C. (2015). Protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos. En *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (pp. 709-723). Laborum.

Cristina Aragón Gómez. Profesora titular de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social en la UNED. Doctora en Derecho, Máster en Derecho Privado, Máster en Dirección de Recursos Humanos (especialidad en Relaciones Laborales) y experta universitaria en Jurisdicción Social. Su labor docente e investigadora se ha desarrollado en la Universidad Carlos III de Madrid (2004-2019) y en la UNED (2019-actualidad). Autora de numerosas reseñas jurisprudenciales y legislativas, ha sido ponente en más de 200 jornadas y seminarios de especialización profesional, colaborando a estos efectos con los más prestigiosos centros de formación de empresas. <https://orcid.org/0000-0001-6177-8287>