



ANTRÀS



MAIG 2022

NEWSLETTER

INFORMACIONS LABORALS

Maig 2022



La utilització del contracte fix discontinu.

La Inspecció de Treball ha anunciat l'inici d'una campanya contra l'ús irregular de la contractació temporal i dels contractes fixos discontinus. En aquest sentit, el ministeri ha comunicat que enviarà cartes a més de 83.600 empreses sospitoses d'estar fent un ús irregular d'aquest tipus de contractes i, encara que s'assenyalen com a aspectes subjectes a un especial control el no respecte dels temps de descans, no abonar els salaris o fer-ho amb retard i l'incompliment de les mesures de prevenció de riscos laborals, la veritat és que l'objectiu principal serà la utilització de contractes temporals successius en lloc de la fórmula de fix discontinu.

En relació amb aquesta qüestió convé tenir presents alguns aspectes introduïts amb la reforma laboral del RDL 32/2021:

- La reforma reforça la presumpció del caràcter fix o indefinit dels contractes, i és indispensable, a aquests efectes, que en la formalització dels contractes temporals s'indiqui amb la precisió més gran possible "la causa habilitant de la contractació temporal, les circumstàncies concretes que la justifiquen i la seva connexió amb la durada prevista" (art. 15.1 TRLET).
- La reforma amplia els supòsits en els quals ha de celebrar-se un contracte fix discontinu. Així, al costat de la tradicional utilització per a la cobertura de treballs de naturalesa estacional o vinculats a activitats de temporada, s'hi afegeix ara: 1) aquells

que siguin de prestació intermitent amb períodes d'execució certs, determinats o indeterminats; 2) la prestació de serveis en l'execució de contractes mercantils o administratius que, sent previsibles, formin part de l'activitat ordinària de l'empresa i 3) l'admissió de fixos discontinus en les empreses de treball temporal, per desenvolupar posades a disposició temporals, en la mateixa o en diferents empreses usuàries.

- Tal com indicava el Tribunal Suprem, en una jurisprudència que encara ha de considerar-se aplicable perquè s'ajusta al nou text legal, «existeix un contracte fix de caràcter discontinu quan, amb independència de la continuïtat de l'activitat de l'empresa, es produeix una necessitat de treball de caràcter intermitent o cíclic; és a dir, en intervals temporals separats però reiterats en el temps i dotats d'una certa homogeneïtat» (STS 22 setembre 2011, Rec. 12/2011). Així, per exemple, per al cas dels parcs temàtics, es va considerar que el contracte fix discontinu era exigible per al personal de manteniment i el col·lectiu d'artistes que cada any exercia les mateixes funcions, per ser aquestes habituals al parc (STSJ C. Valenciana 26 maig 2005, rec. 356/2005, sobre un músic de carrer), però, no obstant això, es va qualificar de temporal la contractació d'artistes per a la realització d'un espectacle d'animació diferent cada any (STSJ Catalunya 8 març 2005, rec. 8327/2004).



- Així mateix, s'ha de tenir en consideració que el contracte fix discontinu es reconeix per atendre necessitats empresarials i feines que són, per la seva pròpia naturalesa, discontinues (períodes en els quals es treballa seguits de períodes en els quals no es treballa), però no és el contracte adequat per als casos en els quals la feina és contínua. En aquests últims supòsits, el contracte adequat és el fix continu o ordinari i no el fix discontinu.

- La utilització errònia de contractes temporals per a la cobertura de feines permanents, siguin contínues o discontinues, suposarà la seva conversió en indefinits i una sanció per cadascuna de les persones implicades. Unes sancions per ocupació irregular que poden anar dels

1.000 € fins als 10.000 € per cadascuna de les persones afectades.

- Donada la naturalesa indefinida del vincle que genera el contracte fix discontinu, la terminació de la relació laboral per decisió empresarial per causes objectives requerirà, a diferència del que passava amb els contractes temporals, la tramitació d'un acomiadament objectiu amb l'abonament d'una indemnització de 20 dies per any de servei (davant dels 12 que corresponen per exemple a la terminació d'un contracte temporal d'obra o servei).

- El contracte fix discontinu ha de formalitzar-se per escrit en el model oficial.

La “gran dimissió” i el dret del treball.

El 23 de maig passat, el Govern es reunia amb els agents socials per abordar el que s'ha donat a denominar la “gran dimissió” o la “gran renúncia”, un terme amb el qual es fa referència a una tendència, iniciada als Estats Units en la segona meitat del 2021, per la qual els treballadors abandonen els seus llocs de treball de forma voluntària, i que ha suposat que, després de la pandèmia, més de quatre milions de treballadors d'aquest país hagin abandonat els seus llocs de treball.

A Espanya, i en això existeix una coincidència, no s'ha produït aquesta gran renúncia, però sí que s'ha constatat, especialment en determinats sectors i zones geogràfiques, la falta de cobertura de vacants. I encara que l'impacte és menor a Espanya que en altres països del nostre entorn (aquí la proporció de vacants sense cobrir només és del 0,7%, davant del 2,5% de la mitjana europea o el 3,8% d'Alemanya), es produeix la paradoxa de comptar amb nombrosos llocs sense cobrir malgrat tenir tres milions d'aturats registrats.

Segons dades de l'Institut Nacional d'Estadística (INE), en finalitzar el quart trimestre del 2021 hi havia a Espanya 109.085 vacants sense cobrir, de les quals 95.556 pertanyen al sector serveis; 7.223, a la indústria; i 6.307, a la construcció. En aquest sentit cal assenyalar que, per a l'INE, el concepte de vacant s'identifica amb el lloc de treball creat recentment o que no està ocupat o que està a punt de quedar lliure i per al qual l'empresari està prenent mesures actives per trobar un candidat aliè a l'empresa.

L'existència d'aquestes vacants és un fenomen pluricausal, que obeeix a factors diversos. Segons el nostre parer, no obstant això, l'origen d'aquesta situació es pot situar en dos grans escenaris. Un, posat de manifest pel secretari d'Estat d'Ocupació, Joaquín Pérez Rei, i que afecta intensament el sector de l'hostaleria i de manera molt focalitzada en alguns territoris, com Madrid, Catalunya, la Comunitat Valenciana i Andalusia, està relacionat amb les condicions de treball que existeixen (salaries baixos, jornades laborals que



difficulten la conciliació de vida personal i laboral). L'altre escenari ens situa en l'àmbit de la formació i dels serveis d'intermediació i col·locació. És necessari que hi hagi una adequació més gran entre l'oferta educativa i el mercat de treball, que passa perquè el sistema educatiu tingui en consideració els perfils professionals requerits i per una requalificació dels treballadors per cobrir les vacants que s'estan produint en els sectors tecnològics o TIC (intel·ligència artificial, ciberseguretat, blockchain...). Així mateix, resulta indispensable millorar i modernitzar els serveis d'ocupació i intermediació per tal d'afavorir que es produeixi un contacte real i efectiu entre l'oferta i la demanda.

Els escenaris són diversos, i per això es necessiten actuacions diverses. Pel que es refereix

al dret del treball, i per a aquests sectors i territoris concrets, es requereix el desenvolupament de normatives que adaptin les condicions de treball a les necessitats concretes de les persones treballadores. Si es tracta d'un problema general en aquests àmbits concrets, la solució hauria de passar per una negociació col·lectiva que afectés el conjunt d'empreses i persones treballadores, de manera que tots es beneficiessin i, al mateix temps, tots es veiessin compromesos. En qualsevol cas, també es requereix una actuació del conjunt de poders públics quan el problema deriva de déficits estructurals com podrien ser els que es deriven dels elevats costos que té l'habitatge en determinades zones, les manques de transport públic o la ja esmentada falta de connexió entre el mercat de treball i el sistema formatiu.

Substitució per vacant del representant legal dels treballadors i aplicació de les garanties. És indiferent el coneixement per part de l'empresa.

El Tribunal Suprem, en una sentència recent, ha hagut de pronunciar-se sobre la forma en què es produeix la substitució d'un membre del comitè d'empresa pel seu substitut i com s'aplica la garantia que en matèria d'acomiadament es reconeix a aquests representants. El litigi es va plantejar quan, després de produir-se la renúncia d'un membre del comitè d'empresa, l'empresa va acomiadar disciplinàriament la treballadora que, en les eleccions sindicals, va quedar com la primera suplent de la llista electoral en la qual figurava el representant que va dimitir. La substitució va ser acordada pel comitè, però ni va ser comunicada a l'oficina pública d'eleccions ni a l'empresa. L'acomiadament és declarat improcedent, i el jutjat social reconeix a la substituta la garantia prevista en l'art 56.4 del TRLET de ser ella, i no l'empresa, la que opti entre l'acomiadament indemnitzat o la reincorporació més els salaris de tramitació. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, per contra, va reconèixer que aquella opció corresponia a l'empresa, solució de la qual s'apartarà el Tribunal Suprem.

Per a això, el Suprem parteix d'una interpretació literal de l'art. 67.4 TRLET, en el qual es disposa que, en cas de produir-se una vacant per qualsevol causa en els comitès d'empresa o de centres de treball, aquella serà coberta automàticament pel treballador següent a la llista a la qual pertanyi el substituït. La literalitat d'aquest precepte suposa, segons la sala, que, produït el cessament d'un membre del comitè, immediatament i automàticament adquireix la condició de membre el suplent de la llista, i pot exercir les funcions a partir d'aquest moment; i, d'altra banda, que, adquirida aquesta condició de representant dels treballadors, els drets i les garanties inherents a aquesta condició puguin ser exercides des d'aquest mateix moment. «No en va, el legislador utilitza



l'expressió “automàticament”, la qual cosa exclou qualsevol ulterior gestió, notificació o exigència que condicioni la referida adquisició de la condició de representant dels treballadors». El Tribunal considerarà que, l'exigència continguda en el mateix art 67.5 LET, en virtut del qual «les substitucions, revocacions, dimissions i extincions de mandat es comunicaran a l'oficina pública dependent de l'autoritat laboral i a l'empresari, i es publicarà així mateix al tauler d'anuncis», no té caràcter constitutiu en relació amb l'adquisició de la condició de representant dels treballadors per part del suplent. Això significa que la condició de membre del comitè de la treballadora suplent s'ha adquirit de forma automàtica després de dimitir el titular, i ha produït efectes ‘erga omnes’ amb independència del coneixement de tercers. Ni la norma legal ni el reglament que regula les eleccions a òrgans de representació dels treballadors a l'empresa (Reial decret 1844/1994, del 9 de setembre, BOE, 13) condicionen l'adquisició de la condició de representant dels treballadors al coneixement de l'empresa d'aquesta circumstància. Repercussió directa que impedeix que pugui deixar d'aplicar-se cap de les garanties legals previstes per aquesta falta de comunicació.

La solució final constitueix, segons el nostre parer, la imposició d'un deure de coneixement a l'empresa de difícil compliment, ja que una interpretació rigorosa d'aquesta, l'obligaria, abans de poder adoptar qualsevol decisió que pogués afectar els treballadors que haguessin format part de les llistes electorals, a haver de dirigir-se a l'òrgan de representació unitària amb vista a esbrinar si els treballadors s'han incorporat o no efectivament a l'òrgan de representació legal. En qualsevol cas, haurà d'operar-se amb molta cautela en supòsits com el comentat.

Els efectes de la declaració com a “no apte” pel servei de prevenció.

El Tribunal Suprem, en una sentència recent, ha hagut de pronunciar-se sobre els efectes que té la declaració com a no apte d'una persona treballadora per part dels serveis de prevenció. En el supòsit de fet es tractava d'un encarregat d'obra que, després d'esgotar el període d'incapacitat temporal, va ser donat d'alta per la Seguretat Social sense reconeixement d'incapacitat permanent. L'empresa sotmet el treballador a un reconeixement mèdic per part del servei de vigilància de la salut, que, sense identificar de cap manera les limitacions del demandant, llista genèricament les funcions pròpies de la seva categoria i conclou que aquest no està en condicions de conduir, activitat que suposa el 75% del seu temps de treball, per la qual cosa el qualifica com a no apte per al compliment del seu treball.

A la llum d'aquesta situació l'empresa acomiada el treballador amb la base de l'article 52 a) del TRLET per ineptitud sobrevinguda. A la carta d'acomiadament es llisten i s'expliquen cadascuna de les funcions del lloc de treball d'aquest treballador i, sense identificar les limitacions del demandant, ni raonar per què no pot emprendre les funcions anteriorment descrites, conclou, amb base a l'informe del servei de prevenció, que el demandant no pot conduir, cosa que li impedirà realitzar el 75% de la seva activitat. A la carta s'afirma que no ha estat possible trobar un altre lloc de treball.



El Tribunal Suprem reconeix que en l'acomiadament per ineptitud cal incardinar aquells supòsits en els quals una disminució de les condicions físiques o psíquiques del treballador, o l'absència o disminució de facultats, condicions, destreses i altres recursos personals necessaris, impedeixin el desenvolupament del treball en termes de normalitat i eficiència, entès com a impossibilitat de compliment de totes o almenys les funcions bàsiques del lloc de treball.

No obstant això, considerarà que un informe expedit pel servei de prevenció, a sol·licitud unilateral de l'empresari, no constitueix per si sol un mitjà de prova "imbatible" per acreditar la ineptitud sobrevinguda per al treball del treballador afectat, que justifiqui, sense més proves, l'extinció del contracte de treball per ineptitud sobrevinguda, considerant que és necessari, a aquests efectes, que l'informe identifiqui amb precisió quines són les limitacions concretes detectades i la seva incidència sobre les funcions exercides pel treballador, sense que sigui suficient la simple afirmació que el treballador ha perdut la seva aptitud.

Es pot concloure, d'aquesta manera, que, si bé la pèrdua d'aptitud declarada pel servei de prevenció pot ser causa d'acomiadament per ineptitud sobrevinguda, encara que la Seguretat Social no hagi reconegut cap grau d'incapacitat a la persona treballadora, això només determinarà la procedència de l'acomiadament quan l'informe "identifiqui amb precisió quines són les limitacions concretes detectades i la seva incidència sobre les funcions exercides pel treballador". Una concreció, doncs, que haurà de ser exigida a aquests serveis de prevenció.

S'ha de ressenyar, i això és summament important, encara que només apareix marginalment en la sentència, que ens trobem davant d'un treballador especialment sensible, i això determina que la primera obligació empresarial sigui, conforme a l'article 25 de la Llei de Prevenció de Riscos Laborals, adoptar les mesures preventives i de protecció necessàries. Unes mesures de prevenció i protecció que podrien passar per una mobilitat funcional quan existissin llocs de treball compatibles i vacants. Una obligació d'adaptació que s'incrementa quan es veu afectat un treballador que, pel seu estat de salut, pugui ser considerat discapacitat a l'efecte de la Directiva 2000/78/CE del Consell, del 27 de novembre del 2000. En aquest cas, la no realització d'aquests ajustos raonables podria suposar la nul·litat de l'acomiadament i la comissió d'un il·lícit administratiu per discriminació.