

PODERES EMPRESARIALES
Universidad de Córdoba

PODER DE DIRECCIÓN Y TIEMPOS DE ACTIVIDAD DEL TRABAJADOR EVENTUAL DE CAMPAÑA

STS de 17 de diciembre de 2001

INMACULADA BENAVENTE TORRES*

SUPUESTO DE HECHO: El 9 de octubre de 2000 tiene entrada en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia demanda sobre impugnación de convenio colectivo interpuesta por la Federación de Bebidas y Tabacos de la Región de Murcia-UGT Alimentación-FAYT Murcia, en que se postula la declaración de nulidad del art. 21 del Convenio Colectivo de Manipulado y Envasado de Tomate Fresco de la Región de Murcia (BORM nº 207, miércoles 6 de septiembre de 2000), en la regulación que realiza de ciertos aspectos del contrato eventual por considerarlos contrarios a la regulación específica legal y reglamentaria de dicho contrato, indisponible por Convenio Colectivo [arts. 15.1.b) y 3 ET y art. 3.2 RD 2720/1998]. El referido artículo 21 (que clasifica a los trabajadores de la empresa según su permanencia en la empresa –o, mejor, tipo de contrato– y en el que se incorporan reglas sobre preferencias en la contratación de los trabajadores eventuales en futuras campañas, regulación de la adquisición de la fijeza discontinua por éstos, y límites para la contratación por medio de empresas de trabajo temporal), dispone respecto de la contratación temporal eventual que «los trabajadores que se contraten bajo esta modalidad, bien sea por acumulación de tareas, exceso de pedidos, circunstancias de la producción o mercado, aún tratándose de la actividad normal de la Empresa, deberán suscribir el correspondiente contrato, con duración máxima de 180 días de trabajo efectivo, dentro del período de 365 días, pero serán llamados al trabajo y lógicamente retribuidos, exclusivamente los días en que sean precisos sus servicios a la Empresa, dentro del período pactado, y ello por posibilitarlo así el art. 3º, del RD 2720/98, de 18 de diciembre, que desarrolla el art. 15 del ET, ya que se está en presencia de Convenio Colectivo sectorial, y se establece la duración de estos contratos en la forma expuesta, en atención al carácter estacional de la actividad». El objeto de reclamación por el sindicato se ciñe al

* TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Córdoba

régimen de ocupación o llamada y consiguiente retribución. Desestimada la pretensión anulatoria por la S. TSJ Murcia de 23 de noviembre de 2000 (AS. 3443), se acompaña ésta de voto particular del Ilmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Angel de Domingo Martínez contrario al criterio mayoritario de la Sala. Recurrida la sentencia en casación ordinaria ante el Tribunal Supremo, se resuelve en sentido estimatorio por sentencia de la sala de lo social de 17 de diciembre de 2001 (RJ 2028) acompañada igualmente por voto particular de los Excmos. Sres. D. Antonio Martín Valverde, D. Luis Gil Suárez, D. Joaquín Samper Juan y D. Bartolomé Ríos Salmerón, favorables a la validez del cuestionado precepto del Convenio Colectivo.

RESUMEN: La sentencia del TS de 17 de diciembre de 2001 comienza advirtiendo que, de conformidad con el art. 85 ET el derecho constitucional a la negociación colectiva únicamente puede ser ejercitado con respeto a las leyes. Partiendo de este presupuesto analiza en dos grandes bloques la validez del precepto convencional desde dos perspectivas diferentes: La primera atañe al principio general recogido en el art. 1256 del Código Civil, lo que en definitiva y más concretamente –en nuestra opinión– se conecta con el requisito esencial de validez relativo a la determinación del objeto del contrato de trabajo, así como al carácter sinalagmático del contrato de trabajo. Desde este campo de observación, concluye la sentencia que el art. 21 del Convenio Colectivo vulnera el art. 1256 C.Civ. en lo relativo a los tiempos de actividad del trabajador eventual en cuanto la completa realidad de éste, número, fechas, y su misma existencia queda en manos exclusivamente del empleador, y sin que tal sistema de obligaciones quede cubierto por pacto de suspensión bilateral del contrato del art. 45.1.a) ET; distribución irregular de la jornada, puesto que de hecho no existe una jornada pactada; ni por considerar causa suficiente que justifique la intermitencia, la relativa a «las necesidades de servicios» común a todo contrato. Tal libertad de utilización de la mano de obra por parte del empresario, confrontada a la absoluta disponibilidad del trabajador con impedimento para éste de obtener otro trabajo en el tiempo pactado y hasta de percibir en tal período prestaciones por desempleo, supone, aparte de eludir todas las garantías legalmente establecidas –suponemos que las referidas, principalmente, a las previstas respecto de los medios de adaptación de las plantillas–, la ruptura del equilibrio contractual exigida por la naturaleza sinalagmática del contrato de trabajo. La segunda, atiende al análisis de la regulación de los contratos a tiempo parcial y eventual y al ámbito de actuación que respecto de los mismos le corresponde al Convenio Colectivo. Comienza la Sentencia afirmando categóricamente que «la contratación temporal en nuestro sistema legal de relaciones laborales está sujeta a normas de derecho necesario...» para seguidamente constreñir la negociación colectiva a «los campos que el legislador expresamente haya fijado», más concretamente en el caso del contrato eventual a la duración máxima del contrato, dentro de

los límites fijados, y en el período de referencia dentro del cual podrán celebrarse («El resto de la regulación del contrato eventual, queda sustraída a la posibilidad negociadora de la contratación colectiva»). Por otra parte, los requisitos formales del contrato a tiempo parcial, «tanto antes como después de la reforma operada por la Ley 12/2001», requieren que quede fijado el tiempo de prestación de servicios, lo que se corresponde –o contribuye a tal argumentación– con la prohibición de realización de horas extraordinarias y el régimen jurídico sobre pacto y utilización de las horas complementarias.

Por consiguiente, la necesidad extraordinaria, intermitente e irregular de mano de obra en la campaña no puede ser atendida ni por el contrato fijo discontinuo, por razones evidentes de incompatibilidad, ni por el contrato a tiempo parcial, cuyos tiempos de actividad requieren de concreción, ni por el contrato eventual en cuanto tal intermitencia contraviene a su régimen jurídico, indisponible por convenio colectivo. El voto particular de la sentencia comentada observa la cuestión desde una visión completamente diferente a la mayoritaria de la Sala, concluyendo en la validez del precepto convencional conforme a los requisitos del art. 3.2 y 3.3 ET y principio de norma más favorable. Así niega la contravención de la regulación legal y reglamentaria del contrato eventual, por cuanto el régimen de «trabajo por llamada» que instaura el art. 21 del Convenio Colectivo de Manipulado y Envasado de Tomate Fresco de Murcia no constituye una regulación contraria al art. 3.2.b) RD 2720/98, «sino una regulación sobre una ordenación del tiempo de trabajo no expresamente prevista en la ley». Y la ordenación del tiempo de trabajo escapa a la calificación de derecho necesario para convertir a la autonomía colectiva, por el contrario, en protagonista preferente de la normación de dicho ámbito de condiciones de trabajo (arts. 82 y 85 ET) y más concretamente, en aspectos conexos al régimen de trabajo por llamada (arts. 34.2 ET y arts. 5.1, 6 y 7 RD 1561/1995) que, consiguientemente, no contravienen la regulación legal tampoco desde la perspectiva del tiempo de trabajo. Y, por supuesto, tampoco infringe la prohibición de más de una prórroga del contrato eventual (art. 3.2.d) RD 2720/1998), precepto previsto sólo para el supuesto de sucesión de contratos eventuales sin solución de continuidad, y por las mismas circunstancias del mercado que justificaron su contratación anterior. Además, como segundo requisito de validez de la disposición convencional del «trabajo por llamada», cumple su carácter de norma más favorable por cuanto favorece la estabilidad en el empleo del trabajador eventual durante la campaña al evitar el cese o extinción del contrato a través de la interrupción de la ejecución del contrato.

ÍNDICE

1. Planteamiento de la cuestión
2. Partamos de la realidad: la delimitación jurisprudencial del contrato fijo discontinuo frente al eventual
3. Sobre la validez de la cláusula convencional desde la perspectiva del objeto del contrato
4. La transversalidad objetiva del contrato temporal respecto del fijo discontinuo irregular

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

De la riqueza de contenidos de la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de nuestro comentario así como la transcendencia y actualidad de los mismos da buena prueba el hecho mismo de que junto con su publicación en *Aranzadi Social* se acompañase de cuatro comentarios, en los que se analizan monográficamente cada uno de los grandes temas que se abordan en la misma: contratación a tiempo parcial y fija discontinua¹, contratación eventual², relación Ley-Convenio³ y jornada⁴. Nosotros tampoco pretendemos abarcar en este trabajo un análisis profundo y exhaustivo de todos y cada uno de tales aspectos; nos centraremos principalmente en la dimensión objetiva del contrato eventual “de campaña”.

Desde esa perspectiva, la cuestión fundamental estriba, en nuestra opinión, en la licitud de la transversalidad “objetiva” del contrato eventual de campaña respecto del fijo discontinuo irregular. Repárese que nos referimos a la transversalidad del objeto del contrato entendido ahora como tiempo de prestación, ampliamente jornada, y no, por supuesto, a la transversalidad de ambas modalidades contractuales aunque, como veremos, en la práctica quizá esta última hipótesis no resulta tan disparatada.

¹J. CABEZA PEREIRO, “La perspectiva del tiempo parcial y del trabajo fijo-discontinuo”, *Aranzadi Social*, n° 22, 2002, págs. 23 y ss.

²I. BALLESTER PASTOR, “La anulación del régimen del «trabajo a llamada» nacido vía convencional: una especie de híbrido entre el contrato eventual y fijo discontinuo que no respeta la naturaleza y el objeto de ninguna fórmula de contratación regulada en derecho, en especial, la del contrato eventual por acumulación de tareas”, AS, n° 22, 2002, págs. 31 y ss. Previamente la misma autora publicó un comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Murcia anulada por la sentencia del Supremo [I. BALLESTER PASTOR, “El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajador eventual a disposición o a la carta, un nuevo «invento» de la negociación colectiva”, AS, n° 17/2001, págs. 32 y ss.].

³J. DE VAL ARNAL, “Sobre la historia interminable de la relación ley-convenio colectivo y los principios de aplicación del Derecho del Trabajo: jerarquía normativa, norma más favorable y el papel de la autonomía colectiva en el sistema de Relaciones Laborales”, AS, n° 22, 2002, págs. 46 y ss.

⁴F.J. TOROLLO GONZALEZ, “La ordenación del tiempo de trabajo en el contrato eventual”, *Aranzadi Social*, n° 22, 2002, págs. 54 y ss.

Para comprobar si, efectivamente, el contrato eventual puede asumir el objeto y consiguientes modos de actualización de los tiempos de actividad del contrato fijo discontinuo irregular será necesario, en primer lugar, observar la particular realidad del contrato eventual y fijo discontinuo irregular en el sector de actividad propio del Convenio Colectivo cuyo precepto ha sido impugnado. Ello nos permitirá conocer, no sólo cómo se organiza la actividad en dicho sector y cuales son las peculiaridades a que se pretende adaptar el contrato eventual, sino también cuál es la configuración jurídica de la eventualidad frente a la fijeza discontinua que pueda justificar, provocar o condicionar la “creación” –más bien adaptación– del contrato eventual de campaña irregular y hasta convertirlo, en el conjunto de su normación, en una fórmula más favorable, como efectivamente creemos adscribiéndonos al voto particular, que la común para los trabajadores eventuales del sector.

En segundo lugar, será necesario analizar el objeto del contrato fijo discontinuo a la luz de los requisitos esenciales de validez de los contratos, calificar los períodos de inactividad intra-campañas, y observar igualmente si la justificación de ambos, objeto y períodos de inactividad intra-campañas, son o no trasladables al contrato eventual.

2. PARTAMOS DE LA REALIDAD: LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO FIJO DISCONTINUO FRENTE AL EVENTUAL

Técnicamente, la distinción del contrato fijo discontinuo del eventual es muy clara, es más, probablemente siempre lo ha sido. El contrato de trabajo fijo discontinuo viene a satisfacer necesidades inmersas en el volumen normal de actividad, bien que éste presente incrementos cíclicos que, como tales, se incluyen dentro de la cantidad normal de trabajo en el ciclo de referencia. Por el contrario, el contrato eventual está previsto por el legislador para atender necesidades derivadas de aumentos extraordinarios de la actividad empresarial, y como tales, ocasionales, esporádicos y, hasta cierto punto, imprevisibles⁵.

Lo cierto es que las causas de eventualidad en la contratación, en definitiva, el aumento extraordinario de las necesidades de mano de obra de la empresa, pueden producirse tanto en empresas de actividades continuas como

⁵ Véase, por ejemplo: S. TS. 27-9-1988 (7129). También, entre nuestros Tribunales Superiores de Justicia: SS. TSJ. Baleares 1-3-1991 (1973), TSJ. Andalucía/Málaga 12-4-1991 (2766), TSJ. La Rioja 13-4-1999 (835). Por nuestra doctrina: B. BLASCO SEGURA, “En torno al contrato de trabajo de temporada”, A.L., nº 45, 1985, pág. 2245. Así los párrafos a) y b) del art. 12.3 ET/98 presumen como indefinido el contrato a tiempo parcial celebrado para atender trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa con independencia de que tales no se repitan en fechas ciertas.

discontinuas; respecto de éstas últimas, tanto si su actividad es periódica –en sentido amplio– como si es irregular –en su sentido más estricto de inestabilidad en la cantidad y cualidad de los tiempos de prestación⁶–. Por otra parte, ya se sabe que resulta indiferente para la apreciación de fijeza discontinua de los trabajos de la calificación de la empresa como empresa de temporada, es decir, aquéllas que limitan su funcionamiento a épocas concretas del año⁷, o bien de actividad continuada a lo largo de aquél. Así lo reconoció expresamente el art. 11.1 RD 2104/84, de 21 de noviembre, por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos. También carente de importancia el hecho de que las tareas a desempeñar por el trabajador se correspondan con la única actividad de la empresa o bien que se realicen simultánea o conjuntamente con otras que tengan carácter continuado (vid. art. 11.2 RD 2104/84).

Todo esto supone que el contrato eventual y el fijo discontinuo pueden lícitamente concurrir en las actividades de temporada o campaña irregular y para la realización de las tareas habituales en la misma, lo que señala como único índice de delimitación entre ambas modalidades contractuales la “normalidad del volumen de actividad” que viene a atender el trabajador individualmente considerado en un marco caracterizado por la irregularidad natural o “normal” de dicho volumen tanto dentro de la temporada como entre temporadas. Los criterios utilizados por nuestros Tribunales para delimitar las necesidades extraordinarias frente a la normalidad fija discontinua de las mismas son los de “reiteración homogénea”, lo que a su vez supone descartar por eventuales los aumentos extraordinarios en tanto no se observe en ellos una reiteración periódica de aquéllos de similar intensidad.

⁶ Aún siendo la actividad global de la empresa cíclica no faltan sentencias que, pese a la reiteración en años sucesivos de la contratación de un mismo trabajador en tiempo de temporada alta o campaña, se niega la fijeza discontinua de la relación, dado que la eventualidad puede ser acreditada tanto respecto de industrias de temporada como de empresas de funcionamiento continuado con incrementos de trabajo en determinadas épocas del año [Por ejemplo: SS. TCT 7-10-1986 (9016), 22-4-1986 (2672) y 26-5-1987 (11146) –helados–. En contra, también para actividad de venta de helados S. TCT. 22-2-1989 (1451)], y dado que los Convenios Colectivos pueden prever criterios delimitadores de ambas modalidades o mejor, de conversión en fijos discontinuos, como pueda ser, por ejemplo, la cobertura o no de la campaña completa [S. TCT. 7-10-1986 (9016) –Helados, niega la fijeza discontinua, pese que al menos dos años ha superado la prestación los seis meses, en base a que el CC exige para la fijeza discontinua que la prestación sea por toda la campaña y ésta no está fijada para el supuesto en concreto]. Y es que, una vez identificado el valor –que debería tener en nuestra opinión– de la reiteración de la contratación del trabajador como indiciario o probatorio de la fijeza discontinua de las tareas, quedan aún algunos rasgos de aquélla, exigidos igualmente por los Tribunales y que podríamos englobar bajo el término genérico de la “homogeneidad”.

⁷ J. GARCIA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos”, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 83. Por nuestros Tribunales, por ejemplo: S. TSJ. Andalucía/Málaga 21-4-1992 (2218).

Por lo que se refiere al requisito de la “reiteración”, en la praxis judicial no viene referido a las necesidades de la actividad sino a la contratación del mismo trabajador, por más que tal situación, con el común de la doctrina, nos parezca sumamente criticable⁸, salvo raras excepciones en las que, al menos aparentemente, se ha valorado el historial completo de un mismo puesto de trabajo desempeñado por distintos trabajadores sucesivamente. Cuanto nos hemos referido a la reiteración “homogénea” hemos querido hacer alusión no sólo a la exigencia jurisprudencial de equivalencia cíclica o estacional de los –mismos– trabajos, es decir, la periodicidad de las tareas o cadencia regular de las mismas en el año⁹, la ininterrupción de los “llamamientos” año tras año o ciclo tras ciclo, y la identidad de las tareas, sino que se extiende a la homogeneidad de la duración de la prestación en cada uno de los ciclos e incluso que ésta abarque o coincida con la campaña de referencia.

Así nuestros Tribunales han afirmado que “...si la contratación de los trabajadores interesados ha tenido lugar en épocas coincidentes, durante períodos de extensión análoga, con repetición cíclica y con intensidad similar en cada período y esos trabajadores son distintos a los que componen la plantilla permanente de la empresa, debe serles otorgada a aquéllos la calificación de fijos de carácter discontinuo...” e, incidentalmente, destacan que la contratación y cesación de servicios se hace por «temporada» y por conclusión de «temporada» respectivamente¹⁰. El TCT en su sentencia de 10-9-1986 (7536), y respecto de empresa dedicada a la fabricación de envases para conservas,

⁸De tal forma es frecuente que las sentencias distingan entre los actores en función de la repetición o no de su contratación. Por ejemplo, la S. TCT. 9-12-1987 (27567), que admite la fijeza discontinua de uno de los socorristas en Piscina Municipal atendiendo a la reiteración de la contratación y la eventualidad de la prestación de otro en virtud de la ausencia de aquélla [S. TCT 9-12-1987 (27567)]. El dato de la ausencia de reiteración nuevamente es determinante de la eventualidad de la contratación para labores de hostelería en estación de invierno Sol y Nieve [S. TCT 12-1-1988 (860)]. Claro está, salvo raras excepciones en que se valora el historial completo de un mismo puesto de trabajo. Es el caso –si bien nuevamente se aprecia la reiteración en el llamamiento del trabajador–, de la S. TSJ. Baleares 27-11-1991 (6000) a través del examen del Libro de Matricula. También respecto de trabajador en Hotel contratado sucesivamente a lo largo de los años para la realización de las mismas tareas; la sentencia declara la fijeza discontinua de la relación laboral fundándose entre otros en el hecho de que la necesidad empresarial que satisfacía el mentado trabajador se sigue produciendo como lo demuestra que se haya contratado a otro en su lugar [S. TCT. 16-1-1985 (236)].

⁹No obstante, si bien respecto de Empresa de aderezo de aceituna, la S. TS. 26-5-1997 (4426), que casa y anula la S. TSJ. Extremadura 25-9-1996, afirma que el hecho de que los trabajadores hayan prestado servicio durante todas las épocas del año cuestiona en todo caso la discontinuidad pero no la fijeza de la relación. Similar postura podría mantenerse respecto de las empresas de manipulado y envasado de frutas y verduras [vid.: SS. TSJ. Murcia 11-1-1991 (631) y 19-10-1993 (4436)].

¹⁰SS. TCT 21-5-1986 (3532) y S. TSJ. Madrid 28-2-1990 (685); S. TSJ Extremadura 10-4-1990 (1206); TSJ Extremadura 17-4-1990 (1210).

afirma la eventualidad de la contratación de los trabajadores en virtud de diversos argumentos entre los que cabe mencionar el de no ser homogénea la duración de los contratos ni coincidir necesariamente ni en su inicio ni en su conclusión con la campaña conservera de espárragos, tomate y pimiento respecto de las que, paralelamente a su realización, observa un aumento en su actividad. Indirectamente es apreciable su valoración por las SS. TCT 25-11-1986 (12386) y 4-4-1989 (2587) que destacan, si bien dentro de una empresa de actividad claramente cíclica como es la de manipulación y envasado de productos hortofrutícolas, que la reiterada contratación de las actoras se ha hecho por «campañas» y no por una acumulación de tareas o exceso de pedidos de la propia campaña –causa ésta no invocada en los contratos–. Las sentencias destacan, igualmente, la desaparición del concepto de eventualidad de las razones de temporada a que aludía el art. 2 del RD 2303/80.

De forma extensa, sigue tal línea la S. TSJ Comunidad Valenciana 5-5-1995 (2138), respecto de empresa dedicada a la fabricación de turrone y mazapanes, que reconoce como fijo discontinuo a un trabajador de contratación reiterada por temporadas o campañas, que realiza por tanto trabajos por períodos de tiempo prácticamente coincidentes con el período de duración de la campaña, desde su inicio a su finalización; en tanto el resto de trabajadores reclamantes son eventuales por cuanto su reiterada contratación por lo general ha comenzado sensiblemente después del inicio de la campaña o concluido considerablemente antes de la finalización de aquélla [S. TSJ Comunidad Valenciana 5-5-1995 (2138)]¹¹. En Consorcio de Extinción de Incendios, Salvamento y Protección Civil del Principado de Asturias, no son fijos discontinuos pues las contrataciones, si bien se repiten periódicamente, por un lado no responden a ciclos temporales iguales o semejantes, y por otro, tampoco tienen una duración análoga [S. TSJ. Asturias 23-12-1994 (4701)].

Ante semejante panorama surge una importante paradoja. Según constante doctrina jurisprudencial “la condición de fijo-discontinuo no atribuye al trabajador que la tiene el derecho de ser llamado todas las campañas y menos aún desde el principio de ellas, pues la empresa sólo viene obligada a hacer el llamamiento según sus necesidades de campaña y a hacerlo por rigurosa antigüedad –o el orden que se fije en el convenio colectivo– y sólo por no llamamiento está obligada a obtener autorización de la autoridad laboral en los supuestos de no iniciación de campaña o suspensión de ésta una vez iniciada”¹². Consiguientemente, en el caso de tratarse de fijos discontinuos inestables –en

¹¹ También son fijas discontinuas las labores de vigilancia del transporte escolar –servicios anexas al de enseñanza que es la actividad principal, se desarrollaba en el centro de trabajo, concurriendo el carácter de servicio permanente, inseparable de la actividad docente y cronológicamente coincidente con esta. Prueba es que los sucesivos contratos se suscribieran al comenzar cada curso escolar y finalizaran al acabar este último [S. TSJ País Vasco 8-9-1995 (3449)].

¹² Por todas, S. TSJ. Cataluña 30-6-1995 (2434).

extremo— parece más adecuado, al menos desde un punto de vista equitativo, acudir exclusivamente al criterio de la reiteración como prueba de la permanencia y normalidad de las tareas. Sin embargo, como hemos denunciado y a tenor de la doctrina judicial de nuestros Tribunales, parece exigido para la adquisición de la fijeza discontinua inestable —reservado ahora el término para aquéllas actividades fijas discontinuas en extremo irregulares— la cobertura reiterada del grueso de la temporada o campaña, interpretada la eventualidad como las puntas —no tan— extremas y potencialmente intermitentes de la actividad cíclica irregular. Para tales sectores, caso del que nos ocupa, la incertidumbre respecto de la delimitación del contrato eventual y el fijo discontinuo es, entonces, particularmente importante, y cabe apreciar una amplia franja fronteriza que es y debe ser resuelta por los criterios y compromisos de conversión previstos en los Convenios Colectivos.

Visto todo lo expuesto, en nuestra opinión, la configuración convencional del “híbrido” eventual aparte de ser tan flexible y adaptativa como el contrato fijo discontinuo y, en cuanto tal funcional y atractiva al lado empresarial, favorece, tendencialmente, la estabilidad en el empleo del trabajador eventual durante la campaña —o períodos de ésta más reducidos en que se mantenga el incremento excepcional de actividad aún cuando ésta sea intermitente, y con independencia, en cualquier caso, del total de ocupación efectiva que ello suponga (éste parece el único favor que reconoce expresamente el voto particular); facilita el control del volumen real de trabajo eventual; y, con seguridad, el acceso a la fijeza discontinua, entre otros motivos, puesto que la contratación puede hacerse incluso por “campaña” en los términos que más adelante se exponen. Reconduce, por consiguiente, los tiempos de actividad al concepto de objeto, contenido o jornada del contrato y se convierte así, no sólo un “híbrido”, sino también potencialmente en una “puesta a prueba” o una “sala de espera” de la fijeza discontinua. Además, insistimos, recoge en el precepto impugnado un fuerte bagaje tanto preferencias para la contratación eventual como criterios de conversión en fijos discontinuos acordes con la idea que señalamos de adecuación al sector, delimitación de ambas modalidades contractuales, y fomento de la estabilidad en el empleo¹³ y que debían haberse observado en su conjunto por la sentencia puesto que todo ello junto con la previsión del contrato eventual de campaña obedece a una única visión adaptativa de la confrontación eventual y fijo discontinuo.

¹³Objetivo que reconoce el propio art. 21 CC en nota al tratar el acceso a la fijeza discontinua de los trabajadores eventuales. Con tal finalidad dicho precepto reconoce: a) «...los trabajadores eventuales que presten servicios en las empresas al menos el 30% de la media de los días trabajados por los fijos discontinuos de aquéllas, tendrán preferencia para ser contratados en la misma condición de eventualidad en la segunda campaña»; b) «Los trabajadores eventuales que al término de la segunda campaña hubieran prestado servicios en las empresas que superen el

3. SOBRE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA CONVENCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL OBJETO DEL CONTRATO

El art. 21 CC no pretende desde luego la creación de un contrato de trabajo a tiempo parcial. Ciertamente, como reconoce la sentencia comentada, el contrato de trabajo a tiempo parcial siempre ha exigido, y, en nuestra opinión, aún exige tras la L. 12/2001, la previa determinación de los tiempos de actividad de la jornada ordinaria. Más claro aún tras el RD-L 15/98, régimen legal vigente en el momento de la firma del Convenio Colectivo, en que, como implícitamente recoge el fundamento jurídico Segundo, apartado b), de la sentencia, el legislador reconduce la flexibilidad de la jornada parcial al cauce único del pacto de las horas complementarias en él previstas. Así se deduce del conjunto del art. 12.4.a) ET/98 y del tenor de su redacción, que exige la estricta identificación de la cuantía y distribución horaria pormenorizada del tiempo de trabajo en el contrato de trabajo a tiempo parcial, como de hecho confirmó la modificación que se llevó a cabo en dicho apartado respecto de los fijos discontinuos por la L. 55/99, de 29 de diciembre, de ajuste a las especificidades propias del fijo discontinuo irregular. Unido, desde luego, a la prohibición de horas extraordinarias, a la previsión misma de las horas complementarias, a la excepción del deber de obediencia respecto de aquéllas que no se ajusten a las previsiones legales o convencionales y a la construcción de éstas a los contratos indefinidos y algunos fijos discontinuos¹⁴.

50% de la media de los días trabajados en dicha campaña, adquirirán la condición de fijos discontinuos al inicio de la siguiente campaña, siempre y cuando no se hayan producido una cesación voluntaria en la prestación de servicios, o ausencias injustificadas... Si no se alcanza la media de días anteriormente indicados para la adquisición de la fijeza discontinua, el trabajador mantiene la preferencia a su contratación eventual hasta que, una vez concurren los requisitos fijados, adquiera aquélla. La preferencia estará en función de los días trabajados en la Empresa en su categoría profesional o especialidad. Por la falta de contratación en las siguientes campañas, una vez adquirida la preferencia del 30%, el trabajador no contratado, podrá reclamar en procedimiento por despido»; c) «En el caso de que alguna o algunas empresas no existieran fijos discontinuos a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio, el cálculo de referencia para la consideración de tal figura, será el promedio de los días efectivamente trabajados por los trabajadores eventuales en las dos campañas anteriores y con el mismo sistema de cálculo establecido anteriormente»; d) «Asimismo, deberán ser contratados como fijos discontinuos los trabajadores eventuales que hayan prestado servicios para las empresas con tal carácter en los años 1997, 1998 y 1999, o reúnan los requisitos de los apartados A) y B) desde 1 de enero de 1998; e) «A partir del inicio de la vigencia del presente Convenio, los trabajadores eventuales que presten servicios en las empresas o centros de trabajo durante tres años consecutivos, y ello con independencia del número de días de prestación servicios, serán contratados como fijos discontinuos al término del tercer contrato».

¹⁴S. DEL REY GUANTER y A. VALVERDE ASENCIO, "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenido", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 18, 1999, pág. 34.

Finalmente, y completando la orientación tutelar de las previsiones sobre la jornada parcial en la reforma del 98, no podría dejar de tomarse en cuenta el restablecimiento del umbral del contrato a tiempo parcial. Por tanto, la jornada ordinaria del contrato a tiempo parcial “común” sometido al régimen instaurado a partir del RD-L 15/98 exigía de su absoluta determinación en el contrato, lo que indudablemente lo inhabilita, en gran medida, para satisfacer las necesidades irregulares propias del sector de actividad en cuestión, ya sean fijas discontinuas ya sean eventuales e intermitentes en la campaña¹⁵. De lo que se trata realmente, lo que se persigue, es de la adaptación del contrato eventual y su jornada a las actividades de campaña, en definitiva y como hemos anunciado antes, de la transversalidad del objeto del contrato fijo discontinuo irregular respecto del contrato eventual. ¿Se encuentra realmente indeterminado?

En nuestra opinión, los argumentos del fundamento jurídico segundo de la sentencia comentada relativos al art. 1256 C.Civ. como al equilibrio contractual son impecables cuando del contrato a tiempo parcial se trata. Y resultan sumamente valiosos como instrumento de contención de las pretensiones –de algunos– de asunción del trabajo a tiempo parcial “a llamada”¹⁶ o, por ejemplo, de la utilización del contrato fijo discontinuo como modalidad contractual idónea para fomentar la contratación indefinida en las empresas de trabajo temporal. Sin embargo, en nuestra opinión, tales argumentos no son aplicables, no se les puede extender incondicionalmente al ámbito de actividad que ahora tratamos.

Resulta indiscutido que el tiempo de trabajo es elemento modalizador objeto-prestación de trabajo¹⁷; la deuda de actividad surgida del contrato de trabajo exige a efectos de la determinación del objeto como requisito esencial de validez de todo contrato, de su determinación, y ésta tanto en su cuantía como en su distribución. El art. 1261 C.Civ. exige como requisito esencial de validez de los contratos que el objeto del mismo sea un “objeto cierto”. También el art. 1273 C.Civ. requiere que dicho objeto esté determinado o sea determinable. Con esta última posibilidad nuestro ordenamiento admite la determinación del objeto «primaria o inicial», determinable en un momento posterior conforme a los criterios establecidos por las partes al nacer la obligación y “sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes” (art. 1273 C.Civ.).

¹⁵ Siguiendo el sentido de la sentencia comentada, la cláusula del convenio sería contraria a los requisitos formales del contrato a tiempo parcial: J. CABEZA PEREIRO, “La perspectiva del tiempo parcial y del trabajo fijo-discontinuo”, cit., págs. 24 y 25.

¹⁶ Más en concreto, los magistrados en el voto particular de la sentencia parecen pronunciarse a favor del trabajo “a llamada” a tiempo parcial a partir de la reforma 5/2001.

¹⁷ M.R. ALARCÓN CARACUEL, “La ordenación del tiempo de trabajo”, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 36, 37, 65 a 68.

Ahora bien, no cabe extender la determinabilidad del objeto a cualquier situación y bajo cualquier condicionamiento. La causa de actualización –o, en su caso, modificación– de la prestación tendrá que ser de carácter objetivo¹⁸, independiente de la unilateral voluntad del empresario o de la valoración de los hechos que le sirvan de referente¹⁹, por cuanto nuestro ordenamiento no admite que la determinación se confíe a una de las partes (arts. 1256, 1449 y 1690.2 C.Civil)²⁰. No obstante, la objetividad de la causa, de la determinación del exacto quantum y colocación de la prestación debida, es un criterio necesariamente relativizado en el Derecho del Trabajo, por cuanto difícilmente podrá considerarse la organización de la empresa como “objetiva” o “científica”²¹, así como sus correspondientes necesidades. Por otra parte, la concurrencia sin más de las referidas necesidades tampoco podría ser criterio alguno de determinación por cuanto carecerían en principio de certeza en sí mismas²². Consiguientemente, dicha fórmula de actualización, podría pensarse, sólo puede extenderse a supuestos muy restrictivos²³, y en los que la intervención de la voluntad empresarial a efectos de dicha actualización, está reconocida en el sector de actividad de que se trate como particularmente reducida y condicionada por factores externos de índole objetiva. Tal sería el caso, en nuestra opinión, de los supuestos enmarcables en el clásico fijo-discontinuo de campaña

¹⁸ Si bien desde una perspectiva puramente civil la determinación de la prestación inicialmente indeterminada puede hacerse bien por remisión a circunstancias objetivas, bien que quede confiada a tercera persona (por ejemplo: M. ALBALADEJO, “Derecho Civil”, Tomo II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 25 a 29; L. DIEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pág. 213).

¹⁹ Como indica SAN JULIAN, «los criterios objetivos hacen referencia a la remisión en el contrato a bases, datos o hechos precisos que no dependen de la exclusiva voluntad o valoración humana...» (V. SAN JULIAN PUIG, “El objeto del contrato”, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 283).

²⁰ El art. 1256 C.Civ. no habla propiamente de determinación sino de cumplimiento de los contratos. No obstante, atribuir dicha facultad de determinación unilateral significaría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato (A. HERNANDEZ GIL, “Derecho de obligaciones”, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pág. 110).

²¹ Vid.: S. GONZALEZ ORTEGA, “El tiempo de trabajo”, T.L., n° 4, 1985, págs. 89 y 95. También, respecto de la concepción comunitaria de la empresa y las teorías “tecnocráticas” sobre la justificación de la atribución del poder de dirección al empresario (véase: F. DURAN LOPEZ, “Lecciones de Derecho del Trabajo”, Tomo I, Curso académico 1991/1992, policopiado, respectivamente, en el tema 2, págs. 15 a 19 y en el tema 8, págs. 6 a 8).

²² M^a D. ROMAN DE LA TORRE, “La fijación del horario de trabajo”, en AAVV –coord. L.E. de la Villa Gil–, “Estudios sobre la jornada de trabajo”, ACARL, Madrid, 1991, pág. 601.

²³ Así ROMAN DE LA TORRE limita la licitud de las cláusulas elásticas a la “objetividad” de su necesidad, impuesta por la naturaleza de las actividades que venga a desenvolver el trabajador, y en definitiva, a las características de la actividad empresarial, asimilándolo, a las actividades itinerantes respecto del art. 40 ET., permaneciendo dentro del poder de dirección del empresario en lugar de configurarse como modificaciones sustanciales (M^a D. ROMAN DE LA TORRE, “La fijación del horario de trabajo”, cit., págs. 600 a 602).

incierta, cuya prestación está demarcada por factores cíclicos o estacionales de reiteración periódica en los que la voluntad del empresario y la actividad está externa y objetivamente matizada²⁴, y cuyo régimen jurídico integra suficientemente el contenido de la prestación.

Es en este ámbito en el que tiene que explicarse la particular conformación del objeto del contrato fijo discontinuo de temporada irregular, y cuyo régimen particular se informa en sus variadas consideraciones de un principio en extremo flexible que pretende la acomodación del objeto contractual según los dictados imperativos de la realidad objetiva y tendencialmente sectorial que viene a satisfacer, sin que con ello se oculte que en la concurrencia de tales necesidades intervienen, por supuesto, las diversas opciones de gestión que asuma el empresario²⁵.

La flexibilidad del fijo-discontinuo irregular, desde la perspectiva del volumen de jornada contratada, no deja lugar a dudas ya en su especificidad reconocida a nivel legal. El deber/derecho de ocupación efectiva del art. 4.2.a) ET depende de la concurrencia de las circunstancias objetivas en virtud de las cuales se define su objeto, y que se integran por la actualización y evolución de la campaña, en definitiva, por las necesidades empresariales “objetivadas”, así como por el orden de llamamiento que correspondiese conforme a las previsiones del Convenio Colectivo de aplicación (art. 15.8 ET)²⁶. De tratarse, como es el caso, de un supuesto incardinable en los “fijos discontinuos de campaña”, la flexibilidad del fijo discontinuo podría alcanzar su grado máximo, según se conformase el objeto del contrato. En tal supuesto, el objeto temporal del contrato se acuerda como determinable en función de la actualización de las necesidades a cubrir y del orden de llamamiento que corresponda; el deber empresarial de dar ocupación, por consiguiente, se delimita en virtud de dichos criterios. En este caso, la flexibilidad del objeto del contrato incide tanto en la cantidad de jornada dentro de la campaña, como en su distribución, de suerte que puede llegar a configurarse como un “contrato a llamada” con jornadas diarias de entidad oscilante²⁷ e interrupciones estructurales internas causalizadas como

²⁴ En este sentido se expresa GARCIA ORTEGA, que abiertamente identifica la temporada con índices de carácter objetivo, consustanciales a la actividad, y la determinabilidad del período de ejecución del contrato relacionada con la naturaleza y circunstancias que concurren en el trabajo y que proporcionan «índices objetivos» para establecer su duración aproximada (J. GARCIA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de seguridad social de los trabajadores fijos discontinuos”, Bosch, Madrid, 1990, particularmente en las págs. 85, 89 a 91, 93 y 94).

²⁵ Por todos: B. RIOS SALMERON, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, DL, nº 16, 1985, pág. 52.

²⁶ Es más, la relatividad del deber de ocupación efectiva del fijo discontinuo, en función de la cual la ausencia de llamamiento provocada exclusivamente por la intensidad de volumen de actividad no es constitutiva de despido, es predicada por nuestros Tribunales principalmente respecto de actividades caracterizadas por la variabilidad de su volumen de actividad.

²⁷ Así lo reconoce, por ejemplo, la S. TSJ. Murcia 26-9-1990 (2508).

objetivas por “razones estacionales” al igual que las inter-campañas²⁸ y que no requerirán de autorización de la autoridad laboral. La flexibilidad también es máxima desde la perspectiva entre campañas, de manera que la actualización de las necesidades atendidas por el trabajador particularmente considerado determinará no sólo el volumen de prestación de trabajo, sino su existencia misma.

Pues bien, nuevamente fijados así los términos del objeto contractual, si tales necesidades intermitentes en la campaña se consideran suficientemente objetivas, externas a la voluntad empresarial en el sector de actividad del manipulado y envasado del tomate fresco, como para ser criterio de determinabilidad del objeto del contrato y, consiguientemente, de la actualización de los períodos de actividad intra-campaña, ¿qué razón puede esgrimirse para considerar, por el contrario, rotundamente indeterminado y contrario al art. 1256 C.Civ. dicho objeto cuando de un contrato eventual se trata? No nos parece que haya ningún motivo que, al menos categóricamente, pueda negar la licitud de la extensión de la fórmula de determinación de la jornada dentro de la campaña del fijo discontinuo al contrato temporal eventual²⁹. Es más, no hace sino responder a las mismas razones de incertidumbre sobre la definitiva jornada y su distribución, a realizar por el trabajador –eventual– de campaña, que justificaron en su momento las especialidades en materia de formalización contractual y subsiguiente determinación de la jornada del fijo discontinuo irregular respecto del macrocontrato a tiempo parcial en que estaba inmerso. Razones que, desde luego, no son exclusivas del fijo discontinuo.

Ahora bien, como ya hemos advertido, el fijo discontinuo no sólo ve integrado su objeto contractual con la referencia a los factores objetivos de la actividad. Estos criterios se completan con la fijación de un orden de ocupación/desocupación de los fijos discontinuos que resulta imprescindible para completar dicho objeto y externalizar la fórmula de actualización de los períodos de actividad de tales trabajadores. Sin embargo, el art. 21 del Convenio Colectivo no incorpora –ni nos consta que exista a través de otros medios– una regla similar para estos trabajadores eventuales, con lo que la única referencia de especificación objetiva de los períodos de actividad se remite a «los días en que sean precisos sus servicios a la empresa» lógicamente, entendemos, por razones estructurales atinentes a la naturaleza de la actividad empresarial –en definitiva, causa de actualización o ejecución de la obligación y no causa de temporalidad como entiende la sentencia³⁰–, lo

²⁸J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo”, PPU, Barcelona, 1991, págs. 162 y 163.

²⁹En contra, niega que tales necesidades puedan constituir un elemento objetivo que permita considerar suficientemente determinado el objeto del contrato: F.J. TOROLLO GONZALEZ, “La ordenación del tiempo de trabajo en el contrato eventual”, cit., págs. 58 y 59.

³⁰También lo observa como causa de eventualidad: F.J. TOROLLO GONZALEZ, “La ordenación del tiempo de trabajo en el contrato eventual”, cit., pág. 58.

que podría resultar del todo insuficiente, en nuestra opinión, para excluir la dejación en las exclusivas manos del empresario del cumplimiento del contrato, provocando la consiguiente insatisfacción del requisito de determinación del objeto y vulneración de los referidos artículos del Código Civil. Finalmente, tampoco se puede prescindir de que el grado de incertidumbre en la efectiva actualización de los tiempos de actividad del trabajador eventual es superior, en abstracto, a la de los fijos discontinuos, y no ya por el carácter pretendidamente “extraordinario” de las necesidades –diferencia entre contratos que ya hemos relativizado–, sino porque éstos se encuentran en el último grado del escalafón a que puede acudir el empresario para la atención de las necesidades de actividad. Por tanto, podría ocurrir, teóricamente, que en casos concretos y por la escasa prestación a realizar por el trabajador, efectivamente el objeto contractual en la práctica quedase indeterminado y con una desproporcionada disponibilidad y quiebra del equilibrio contractual. Realmente, en tales casos, la efectiva indeterminación del objeto, tendría probablemente como presupuesto la inexistencia real, cierta y actualizada –no una mera expectativa– de las necesidades imprevisibles que son causa –aún cuando sean inciertas en la cantidad de jornada y distribución– de dicha contratación eventual, con la consiguiente vulneración de su normativa. Parece, entonces, más razonable limitar esta fórmula de contratación híbrida sólo a aquellos supuestos en que sea funcional a sus finalidades tanto de flexibilización de la jornada como de política de empleo; en definitiva y pragmáticamente, sólo en aquéllos supuestos en que en el período contratado pudiese garantizarse un mínimo razonable de actividad aún cuando éste no sea equivalente al que en su caso se prevea para regular las preferencias para futuras contrataciones o de transformación.

4. LA TRANSVERSALIDAD OBJETIVA DEL CONTRATO TEMPORAL RESPECTO DEL FIJO DISCONTINUO IRREGULAR

Es claro que no se puede predicar la transversalidad de la contratación temporal y la fija discontinua sino más bien la factible o no cobertura de las necesidades fijas, discontinuas o periódicas, a través de contratos sometidos a límite temporal³¹. Desde esta perspectiva no cabe duda de la compatibilidad de

³¹ Adecuadamente MARTINEZ ABASCAL habla de “trabajo fijo discontinuo” o bien “prestación de este trabajo” y “contratación temporal” (V.A. MARTINEZ ABASCAL, “El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico”, REDT., n° 36, 1988, págs. 605 y ss.).

los contratos coyunturales –también los de prácticas y el híbrido que fue de lanzamiento de nueva actividad– y la fijeza discontinua de las tareas³². Tampoco resulta problemática la posibilidad de concertación de un contrato de interinidad para cubrir un puesto de trabajo cuyas tareas son fijas discontinuas; la temporalidad del contrato está en razón de la duración limitada de la necesidad, no de su objeto³³. También respecto del contrato de obra cabe afirmar ocasionalmente su transversalidad con las tareas “fijas” discontinuas. Una vez aceptado jurisprudencialmente el contrato de obra o servicio determinado que tenga por objeto la realización de una contrata³⁴, lo razonable es que, puesto que el objeto es aquélla, la duración del contrato se vincule a la misma y no a las unidades discontinuas que aquélla contenga y que carecen de autonomía y sustantividad propias dentro de la misma. La solución debe ser idéntica caso de prórroga de la contrata. Esta extraña situación tiene como fundamento también la excepcional configuración del supuesto; la temporalidad de los contratos no está en función de los trabajos, que muy bien pueden ser permanentes para la empresa principal, sino de la necesidad limitada en el tiempo de la empresa contratista. La solución que proponemos no es del todo desconocida por nuestros Tribunales³⁵.

³² V.A. MARTINEZ ABASCAL, “El contrato de trabajo fijo...”, cit., págs. 608 a 610; B. RIOS SALMERON, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., págs. 21 y 22. Por el contrario, TARRAGA POVEDA mostró sus dudas respecto de la cobertura de las necesidades fijas discontinuas a través de contratos coyunturales (J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., págs. 73 a 78). [Argumento que utiliza la S. TSJ. Baleares 22-10-1991 (5799) respecto de la compatibilidad del contrato de lanzamiento de nueva actividad y la prestación fija discontinua]. También admiten el contrato temporal de fomento del empleo en actividades fijas discontinuas, por todas: S. TSJ. Andalucía/Granada 21-9-1989 (305); S. TSJ. Andalucía/Málaga 18-5-1993 (2289). Parece negar el contrato temporal de fomento del empleo para trabajos fijos discontinuos en un contexto de petición de subsidio de desempleo la S. TSJ. Andalucía/Granada 30-6-1993 (2851).

³³ J. CRUZ VILLALON, “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la Ley 32/1984”, R.L., n° 6, 1985, pág. 1041; B. RIOS SALMERON, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 21. Sobre contrato de interinidad y trabajos fijos discontinuos, véanse: SS. TS. 27-9-1988 (7129) y 23-10-1995; S. TSJ. Cataluña 17-1-2000 (79); S. TSJ. Andalucía 28-1-2000 (94); S. TSJ. Galicia 29-2-2000 (486); S. TSJ. Galicia 31-10-2000 (3545); S. TSJ. Navarra 22-6-1998 (2533); S. TSJ. La Rioja 12-12-1994 (4712); S. TSJ. Castilla y León/Burgos 27-7-1994 (2944); S. TSJ. Navarra 27-2-1992 (626); S. TSJ. Andalucía/Sevilla 10-1-1992 (1046).

³⁴ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000 (RJ. 1422) continúa la línea jurisprudencial mantenida a partir de su sentencia de 15 de enero de 1997 (RJ. 497) y confirmada por la sentencia de 25-6-1997 (RJ. 6133) de licitud del contrato para obra o servicio determinado cuyo objeto sea la realización de trabajos durante la vigencia de una contrata.

³⁵ Vid.: S. TS. 23-6-1998 (5483). También la S. TSJ. Cataluña 17-1-2000 (79) respecto de utilización del contrato de obra para tareas fijas discontinuas en una cobertura de vacante. Así mismo parece que lo aplica la S. TSJ. Andalucía/Málaga 25-6-1999 (1856), en un supuesto de contrato de interinidad para labores de extinción respecto de las que niega la fijeza discontinua y, las califica en cambio, como labores propias del contrato de obra o servicio determinado. Sin embargo, en virtud de dicho contrato de interinidad, se llama al trabajador en las sucesivas temporadas. No obstante, otras sentencias niegan el derecho a ser nuevamente contratadas en la siguiente concesión [S. TSJ. Aragón 9-3-1994 (1320)].

Todos estos casos, entonces, son distintos al que se plantea respecto del contrato eventual ya que, por definición, no puede tener por objeto actividades fijas discontinuas, a diferencia de los supuestos anteriores. Sin embargo, si los antevistos contratos temporales han podido asumir el régimen jurídico del contrato fijo discontinuo, y con éste, su objeto y modos de actualización de la actividad es claro que no son exclusivos de éste, sino que atienden a la realidad, a las tareas fijas discontinuas que están en su base objetiva y con ellas, también de sus peculiaridades dentro de la campaña. Realidad intra-campaña –única que ahora nos interesa– que puede ser común, como hemos querido hacer ver, al contrato eventual en el sector de actividad puesto en cuestión. ¿Es la determinabilidad objetiva de las necesidades intra-campaña exclusiva, no ya del contrato fijo discontinuo según hemos visto, sino de las tareas indefinidas discontinuas? No hay razón para limitar tal fórmula de determinabilidad a las tareas permanentes, puesto que ésta tiene como fundamento las particularidades de la actividad propia del sector y atiende a los tiempos de ejecución de la prestación, jornada y distribución, y no –salvo abuso o fraude de ley– a la duración del contrato. Los periodos suspensivos intra-campañas no cabe que se califiquen como término, como viene a reconocer el voto particular en contra de la sentencia impugnada³⁶ y, quizá, ni siquiera como suspensiones o interrupciones del contrato permitidas implícitamente por el art. 7 RD 2720/1998 en tanto que derivan del propio objeto del contrato. Considerada la suspensión, según definición de VIDA SORIA, ya clásica, como una «situación anormal por la que el contrato atraviesa, caracterizada por la interrupción temporal de la ejecución de las prestaciones fundamentales y la continuidad del vínculo jurídico»³⁷, difícilmente podría atribuirse la “anormalidad” de la no prestación de trabajo dentro de la campaña cuando ésta no es sino estructural al objeto del contrato lícitamente pactado, como estructural se considera en el caso del fijo discontinuo³⁸. En

³⁶En tanto la S. TSJ. Murcia 28-11-2000 considera que la cláusula tiene apoyo en el art. 3 RD. 2720/1998 como modo de duración no incompatible, en el voto particular los magistrados advierten que la «modificación» del período dentro del cual puede celebrarse es el legal de doce meses; las intermitencias no son enmarcables en la duración del contrato ni, desde luego, en las prórrogas (en contra: I. BALLESTER PASTOR, “El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajador eventual a disposición o a la carta...”, cit., págs. 32 y ss.), sino en el ámbito de la ordenación de la jornada.

³⁷J. VIDA SORIA, “La suspensión del contrato de trabajo”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 27.

³⁸J. YANINI BAEZA, “La contratación para trabajos fijos discontinuos”, Mc Grau-Hill, Madrid, 1988, págs. 98 y 139; B. RIOS SALMERON, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, DL, nº 16, 1985, pág. 49. En contra, TARRAGA POVEDA que califica de suspensión estructural la inter-campañas admite, no sin cierta ironía, que la anormalidad de la suspensión estacional es tan “normal” como el fijo discontinuo (J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., págs. 146 y 149)]. Tampoco cabría calificar el espacio inter-campañas como

cualquier caso, defendida la no abusividad de dicho objeto y su vinculada causa suspensiva, podría entenderse inmerso en el art. 45.1.b) ET. Una última precisión, muy breve, respecto de los pretendidos perjuicios que a nivel de prestación de desempleo pudiese causar a tales trabajadores “eventuales discontinuos” frente a los “eventuales sucesivos”. En nuestra opinión, la situación intra-campaña de tales trabajadores podría muy bien integrarse en el supuesto de situación legal de desempleo de los arts. 208.1.4) LGSS. y 1.5 RD 625/85, por cuanto éste último califica como tal tanto la suspensión intercampañas –«finalización»– como la «interrupción» intracampañas. A ello no debe ser obstáculo la referencia de dicho artículo a los “fijos discontinuos” del art. 15.8 ET.como han reconocido nuestros Tribunales, bajo la versión anterior al RD-L. 5/2002, respecto de los trabajadores interinos³⁹. Rechazamos, por consiguiente, la afirmación del voto mayoritario según el cuál durante la vigencia del contrato en cuestión el trabajador no podrá recibir prestaciones de desempleo. Pero lo hacemos en un sentido diverso al de CABEZA PEREIRO puesto que propugnamos prevalentemente la suspensión de la prestación en los períodos de actividad del trabajador y no la compatibilización de su prestación de desempleo propia del contrato de trabajo a tiempo parcial⁴⁰, consistentes nosotros como él con la diversa postura que mantenemos.

interrupción temporal de la ejecución de las prestaciones fundamentales del contrato; propiamente dicho no puede haber suspensión de aquéllas como tampoco interrupción, puesto que, sencillamente, no se adeudan [J. GARCIA ORTEGA, “Las relaciones laboral y de Seguridad Social...”, cit., págs. 206 y 207; B. RIOS SALMERON, “La contratación de trabajadores fijos discontinuos”, cit., pág. 50. En contra, por considerar que la falta de obligación de prestar salario y retribución trae su causa en la suspensión de la relación obligatoria (J. TARRAGA POVEDA, “Los fijos discontinuos...”, cit., pág. 148).

³⁹ Así, en esta situación legal de desempleo del art. 208.1.4) TRLGSS y art. 1.5 RD 625/85 también se encuentra el trabajador fijo discontinuo en régimen de interinidad por terminación o interrupción de la actividad de campaña puesto que: en primer lugar, el fijo discontinuo se define en función de la naturaleza o características de la actividad para la que es contratado; en segundo lugar, concurre una innegable situación de necesidad similar a la que se suscita respecto del fijo discontinuo, con involuntariedad en el cese; en tercer lugar, las condiciones del sustituto no deben ser inferiores que las del sustituido; y, por último, en interpretación favorable al trabajador en caso de duda razonable respecto de los efectos jurídicos vinculados a una determinada situación fáctica [S. TSJ Galicia 27-9-1999 (3227). En el mismo sentido: S. TSJ Galicia 28-2-2000 (486) y 31-10-2000 (3545)].

⁴⁰ Vid.: J. CABEZA PEREIRO, “La perspectiva del tiempo parcial y del trabajo fijo-discontinuo”, cit., pág. 29. Sobre los perjuicios que en materia de prestación por desempleo puede causar la elección del contrato a tiempo parcial frente a la concertación de sucesivos contratos temporales eventuales por días alternos de trabajo, véase también la S. TSJ Cataluña 20-10-2000 (3746) y el comentario de A. ZAPIRAIN BILBAO, “Prestación contributiva de desempleo y contrato eventual para la realización de guardias médicas hospitalarias. ¿Supuesto de suspensión del derecho o de compatibilidad entre prestación y trabajo a tiempo parcial?, Aranzadi Social, n°18, 2001, págs. 53 y ss.